

## AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra pela oportunidade que me foi dada de pesquisar o tema objeto desse trabalho, assim como de ter despertado em mim a necessidade de romper com as velhas convicções frente aos novos paradigmas do Direito e da Justiça.

Aos professores Mário Alberto Pedrosa Reis Marques, Maria Benedita Urbano e Alexandra Aragão, que me proporcionaram importante aporte cultural ao longo do período letivo das cadeiras de Filosofia dos Direitos Humanos, Direitos Políticos e Direito do Ambiente, respectivamente.

À minha orientadora Suzana Tavares da Silva, que não mediu esforços ao longo desses dois anos de orientação científica, e, principalmente, por ser a responsável de uma expressiva renovação do meu pensamento sobre o futuro dos direitos fundamentais.

À servidora Maria do João Lopes, dos serviços acadêmicos, que sempre prestou as informações necessárias em tempo hábil.

À servidora Maria Ângela Barbosa Lopes, secretária acadêmica da Escola Superior da Magistratura do Tocantins, a quem confiei a revisão gramatical.

À minha mãe Araci de Magalhães, que tanto sonhou compartilhar comigo a alegria deste dia, mas que por força do destino nos acompanha no descanso da eternidade.

Ao meu pai Floripes Antônio Magalhães, que sempre me estimulou romper as fronteiras do conhecimento.

Às minhas irmãs Gabriela Magalhães e Keyla Christina Magalhães, assim como à minha família em geral, que nunca negaram apoio, amor e carinho nos momentos mais difíceis.

Às tias amadas Dina Magalhães e Ray Magalhães, que nunca cessaram de orar por mim nas longas travessias do Atlântico rumo à Coimbra.

À tia e advogada Jasmira Barbosa Magalhães, que desde muito cedo me inspirou no mundo jurídico.

Às inúmeras amigas que construí ao longo da minha estada em Coimbra, especialmente àqueles que nunca deixaram de atender ao meu chamado nos momentos de solidão.

Aos conterrâneos da pequena comunidade de Alvorada do Norte, onde tive a oportunidade de trilhar os primeiros passos na busca do conhecimento.

Enfim, mas principalmente, a Deus que nos proporciona a dádiva da vida.

## SIGLAS

CADHP - Convenção Africana dos Direitos do Homem e dos Povos

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CArDH - Carta Árabe de Direitos Humanos

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

OMS - Organização Mundial do Comércio

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI - Tribunal Penal Internacional

## ABREVIATURAS

*c.f* - Vem do latim confer, «confronte, confira, confirme»

*e.g* - vem do latim *exempli gratia*, «por exemplo»

*i.e* - vem do latim *id est*, «isto é»

*v.g* - vem do latim *exempli gratia*, «por exemplo»

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO 1 – O LIVRO DE GÊNESES</b>	<b>7</b>
1.1 O direito Natural e o Jusnaturalismo	7
1.2 Thomas Hobbes e o Leviatã	11
1.3 Rousseau e o Contrato Social ( <i>por adesão?</i> )	13
1.4 “A domesticação jurídica do Leviatã”: o Estado liberal	14
1.5 O Compromisso Firmado: as Declarações de Direitos Americana e Francesa	16
1.6 A Revisão do Compromisso Firmado: a Inclusão dos Excluídos	20
1.7 A Utopia do Paraíso na Terra: o Estado Social	23
1.8 A Desterritorialização dos Direitos do Homem	25
1.9 Conclusões parciais	27
<b>CAPÍTULO 2 – O LIVRO DA GLOBALIZAÇÃO</b>	<b>29</b>
2.1 O Processo de Globalização	29
2.2 O Efeito Político: Soberania	32
2.2.1 <i>Seria o Fim do Estado-Nação?</i>	34
2.3 O Efeito Sociocultural: Multiculturalismo	37
2.4 O Efeito Socioeconômico: Sustentabilidade	39
2.5 Conclusões parciais	42
<b>CAPÍTULO 3 – O LIVRO DOS NOVOS PARADIGMAS</b>	<b>45</b>
3.1 A quebra dos paradigmas e a emergência de um neoconstitucionalismo	45
3.2 Direito em rede	47
3.3 A Sociedade de Tribunais	50
3.4 Conclusões parciais	57
<b>CAPÍTULO 4 – O LIVRO DA INTERCONSTITUCIONALIDADE E DO TRANSCONSTITUCIONALISMO</b>	<b>58</b>
4.1 Repensar a Constituição	58
4.2 A Teoria da Interconstitucionalidade	60

4.2.1	<i>Interconstitucionalidade e o Problema do Déficit Democrático</i>	63
4.2.2	<i>Interconstitucionalidade e o Problema da Supremacia Constitucional</i>	65
4.3	A Teoria do Transconstitucionalismo	66
4.3.1	<i>O Transconstitucionalismo e a Constituição Transversal</i>	67
4.3.2	<i>O Transconstitucionalismo e os problemas de direitos fundamentais</i>	69
4.4	O Diálogo Judicial	72
4.5	Conclusões parciais	80
<b>CAPÍTULO 5 – O LIVRO DA MAGISTRATURA E OS DESAFIOS NA</b>		<b>82</b>
<b>ARENA GLOBAL</b>		
5.1	A Expansão Global do Poder Judiciário	82
5.2	O Protagonismo Judicial	85
5.3	A Redemocratização do Poder Judiciário	92
5.3.1	<i>Entre o Convencional e o Novo</i>	96
5.3.2	<i>Entre o Burocrata e o Gestor de Conflitos</i>	101
5.3.3	<i>Por uma Nova Concepção de Acesso ao Direito e à Justiça</i>	104
5.3.4	<i>O desafio da celeridade e da eficiência</i>	107
5.3.5	<i>A reconstrução dos canais de comunicação com a sociedade</i>	112
5.3.6	<i>A formação jurídica e capacitação contínua</i>	116
5.3.7	<i>As fronteiras da independência do Poder Judiciário</i>	121
5.3.8	<i>Um novo ato de julgar atento aos “olhares da humanidade”</i>	124
5.4	Conclusões parciais	127
<b>CONCLUSÃO</b>		<b>130</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>		<b>138</b>

## INTRODUÇÃO

É com inestimável prazer que apresento este trabalho, fruto do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Resultado de uma investigação científica circunscrita aos desafios da magistratura frente aos novos paradigmas do direito constitucional, nomeadamente no que toca aos direitos fundamentais, o material que ora se submete à banca científica certamente não coloca fim às questões que se pretendeu responder<sup>1</sup>.

Ao logo dos últimos três anos, quando pela primeira vez pousei em solo português, com destino ao *Ius Gentium Conibrigae*, para me unir à turma de alunos do 13º Curso de Direitos Humanos, tive o privilégio não só de explorar o universo bibliográfico disponibilizado por essa Universidade, como também de conhecer e debater com grandes investigadores, mestres e doutores das ciências jurídicas.

Encantado pelas possibilidades científicas alocadas na cidade que respira cultura, Coimbra me proporcionou não só concluir este sonho que remonta às cadeiras do primeiro ciclo de direito, como também promoveu uma guinada em meu pensamento acerca do Direito e da Justiça. Para tanto, imprescindíveis foram os aportes doutrinários dos doutores Mario Reis Marques, Alexandra Aragão, Maria Benedita Urbano e Suzana Tavares da Silva, respectivamente das cadeiras de Filosofia dos Direitos Humanos, Direito do Ambiente, Direitos Políticos e Direitos Fundamentais, respectivamente.

Ao final do primeiro ano letivo do mestrado, quando então precisa delimitar um tema de investigação científica, de início optei por estudar as implicações do processo de globalização sobre os direitos fundamentais. Para que o recorte fosse mais preciso e delimitado, avancei na proposta de estudar os desafios do Poder Judiciário no contexto de uma sociedade culturalmente diversificada, onde a moral e a ética sofrem fissuras ante a insensibilidade do vetor econômico da globalização.

Ao me deparar com conceitos do tipo “arena global”, “rede de regulação”, “reconstrução sustentável”, “nova socialidade”, “soberania partilhada”, “intercâmbio judicial transfronteiriço”, “interconstitucional ou internormatividade”, “transconstitucionalismo”, entres inúmeros outros, todos eles circunscritos à problemática dos direitos fundamentais, a questão que mais ofuscou meus pensamentos foi saber como e de que forma o Poder Judiciário deve se posicionar diante dessa realidade que não é nova, mas que se agrava exponencialmente.

---

<sup>1</sup> A propósito dessa colocação: “(...) Mas nem sempre se deve esgotar tanto um assunto, que nada se deixe para o leitor fazer. Não se trata de fazer ler, e sim de fazer pensar”. Fonte: MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 196.

Certamente o fato de integrar os quadros da magistratura brasileira tenha sido a causa desse recorte, o que, todavia, não exclui a relevância do tema, especialmente em uma época onde a procura de respostas judiciais cresce em números alarmantes.<sup>2</sup>

Estabelecidos os limites da investigação, e seguindo a linha de orientação da ilustre doutora Suzana Tavares da Silva, dei início ao trabalho investigativo, que, a toda evidência, não terá se findado com o depósito dessa dissertação, nomeadamente pela complexidade das questões que me foram surgindo.

Em suma, o presente trabalho é uma tentativa de responder às seguintes indagações: não será necessário repensar a legitimidade democrática do Judiciário, para oferecer soluções aos velhos e novos problemas não resolvidos pelas outras esferas de poder público e privado? O Judiciário estará capacitado a enfrentar os desafios dos novos paradigmas? Ou seja, o Judiciário estará em condições de se reposicionar na arena global do direito em rede, da internormatividade, do transconstitucionalismo, cujos comandos originam-se de um sistema de regras invisíveis, fundadas em larga medida no princípio da maximização dos lucros, da autorregulação do mercado e da estabilização das inclinações humanas? Num roteiro em que o Judiciário é alçado ao papel protagonista, em que intercâmbio e diálogo judicial se intensificam mundo afora, estará o Poder Judiciário em condições de resguardar e fazer cumprir as promessas de dignidade e liberdade? O Poder Judiciário estará apto a observar os limites necessários à manutenção e preservação da ordem vigente, de modo a tanto avançar quanto se conter diante dos problemas políticos, sociais e econômicos postos sob sua análise?

Para dirimir essas questões e oferecer um rol de respostas plausíveis, optei por uma trajetória que remonta às origens do Estado moderno, onde basicamente são formuladas as primeiras noções de direitos fundamentais. Num segundo momento a globalização foi a pedra de toque da investigação, especialmente pelas transformações que tem operado na sociedade hodierna. Na sequência a preocupação foi trabalhar alguns dos novos paradigmas da atualidade, assim como as fórmulas que têm sido empregadas mundo afora na tentativa de minimizar os problemas de direitos fundamentais, que já não mais se limitam às fronteiras do nacional. Por fim, o último capítulo do trabalho é dedicado exclusivamente a pensar e repensar o Poder Judiciário no contexto de uma nova realidade que desafia.

Este é o produto inacabado do saber acerca do que se expõe. Certamente a crítica remediará suas deficiências. É dessa forma que o homem e a humanidade evoluem.

---

<sup>2</sup> No Brasil, por exemplo, no ano de 2013 tramitavam na justiça brasileira 95 milhões de processos, que correspondem a um aumento de mais de 3% em relação a 2012. Além disso, também no ano de 2013 foram distribuídos 28,3 milhões de processos novos, que corresponde 1, 2% a mais que o ano anterior. Fonte: Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29706-ministra-nancy-andrighi-abre-evento-do-cnj-para-divulgacao-do-justica-em-numeros>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

# CAPÍTULO I

## 1. LIVRO DE GÊNESES

### 1.1 O Direito Natural e o Jusnaturalismo

Estudar a gênese dos **direitos do homem** pressupõe, necessariamente, invocar a noção de direito natural. Não há modo de prosseguir em tal investigação restringindo-se ao direito positivado em regras codificadas, pois, por meio da análise dos direitos naturais, encontra-se os fundamentos da legitimação política<sup>3</sup>. Assim, seja qual for a ordem jurídica objeto de investigação, sempre haverá de o investigador descer às raízes que sustentam o sistema jurídico.

A ideia de que as leis da natureza se articulam com as dos homens tem sua origem na antiguidade, tanto no campo da religião quanto no da filosofia. A justificativa religiosa da proeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta<sup>4</sup>. Segundo o relato bíblico da Criação, o mundo não surge pronto e acabado das mãos do Criador; pelo contrário, segundo o Livro de Gênesis, as criaturas vão se adicionando, umas às outras, como etapas de um amplo projeto da Divindade. O homem e a mulher só entram em cena na última fase da obra divina, quando todos os demais seres terrestres já haviam sido criados. Também segundo as escrituras bíblicas, o homem foi criado à semelhança de Deus; porém tirado da terra, ou seja, situado entre o Céu e a Terra, como um ser a um só tempo espiritual e terreno<sup>5</sup>. A fé monoteísta e o cristianismo desenvolvem a relação entre homem e a exigência de amor universal<sup>6</sup>. Na tradição bíblica, Deus é o modelo de pessoa para todos os seres humanos; e Jesus de Nazaré, a concretização perfeita

---

<sup>3</sup> RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 98.

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1. Ademais, como afirma Catarina Santos Botelho, nas Repúblicas Islâmicas do Paquistão e do Irã, a dignidade do homem é salvaguardada em estreita conexão com a sua responsabilidade perante Deus. Daí que conste do preâmbulo da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, que os deveres e obrigações têm prioridade sobre os direitos. Já na Coreia do Norte a dignidade está intrinsecamente associada ao cumprimento estrito das leis do Estado socialista. Fonte: BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos direitos fundamentais. Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, pág. 76-112.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, 2007, pp. 5-6. Cf. também: BÍBLIA. *Bíblia do estudante de aplicação pessoal*. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995, Gênesis 1, v. 26.

<sup>6</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, pp. 10-11.

do modelo ético de pessoa<sup>7</sup>. Assim, é nesse contexto que São Paulo levou o universalismo do evangelho às últimas consequências, ao afirmar que, diante da comum filiação divina, “já não há nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher”<sup>8</sup>. Em suma, a compreensão da dignidade humana, no plano divino, parte da constatação de que a igualdade entre os seres humanos, apesar de suas múltiplas diferenças individuais e grupais, não é senão a verdade de um Deus que é pai, filho e espírito santo<sup>9</sup>.

No campo das explicações filosóficas, impende salientar que no século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia, o saber mitológico da tradição modifica-se em saber lógico da razão. A tragédia grega, experiência fundante para o saber racional, transforma o homem em problema. Os textos trágicos constituem a primeira imersão na alma humana ao apresentar as paixões, os sentimentos e as emoções, de caráter irracional e incontrollável. *i. e.* um obstáculo à compreensão, uma dificuldade proposta à razão humana<sup>10</sup>. É um dar-se conta de si mesmo numa perspectiva desconhecida e instigante. O ser humano é o laboratório de si. No estoicismo, a lei natural englobava o homem e a natureza, numa espécie de simbiose normativa entre o que é natural e o que é humano em termos de normas de sobrevivência. Segundo essa filosofia, a dignidade do homem decorria de sua filiação para com Zeus, razão por que possuía direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as diferenças individuais e grupais<sup>11</sup>. São Tomás de Aquino, com arrimo na definição de Boécio<sup>12</sup>, também contribuiu significativamente para o conceito de pessoa, que para ele seria um composto de substância espiritual e corporal<sup>13</sup>, pelo que se pode neste particular afirmar a aproximação entre as compreensões filosóficas e religiosas

---

<sup>7</sup> BÍBLIA. *Bíblia do...*, João 12, v. 12.

<sup>8</sup> Cf. os escritos bíblicos: “Porque todos sois filhos de Deus pela fé em Cristo Jesus; porque todos quantos fostes batizados em Cristo já vos revestistes de Cristo. Nisto não há judeu nem grego; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus. E, se sois de Cristo, então, sois descendência de Abraão e herdeiros conforme a promessa”. Fonte: BÍBLIA. *Bíblia do...*, 1995, Gálatas 3, v. 26-29.

<sup>9</sup> BÍBLIA. *Bíblia do...*, 1995, Marcos 1, v. 9-11: “E aconteceu, naqueles dias, que Jesus, tendo ido de Nazaré, da Galiléia, foi batizado por João, no rio Jordão. E, logo que saiu da água, viu os céus abertos e o Espírito, que, como pomba, descia sobre ele. E ouviu-se uma voz dos céus, que dizia: Tu és o meu Filho amado, em quem me comprazo”.

<sup>10</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 10.

<sup>11</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 16.

<sup>12</sup> Para Boécio, a pessoa já não é mera exterioridade, como a máscara do teatro grego, mas a própria substância do homem, no sentido aristotélico; ou seja, a forma (ou fôrma) que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade. A substância é a característica própria de um ser. Fonte: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 20.

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 20. Cf. também: HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: PIAGET, 1993, pp. 75 e ss.

numa só tentativa de explicar a natureza do ser humano, seu conceito e sua essencial dignidade.

Contudo, a ideia de lei natural só adquiriu valor científico (e autônomo) à medida que se foi afirmando a distinção entre a Igreja e o Estado. Nesse contexto se destaca a elaboração filosófica kantiana do conceito de pessoa<sup>14</sup>. Segundo o imperativo categórico - «age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral» - o indivíduo, submetendo-se às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal. Desse modo, ao abordar a humanidade como um “fim” em si, indica o dever de defender, tanto quanto possível, o “fim” de outrem<sup>15</sup>, nomeadamente porque a dignidade humana encontra-se assentada num ideal comum, v. g., num conjunto universal e indivisível de valores e preceitos básicos inerentes ao indivíduo antes mesmo de qualquer organização política, social ou jurídica<sup>16</sup>.

Ao longo da história dos direitos naturais duas escolas surgem: a escola do direito natural cristão, fundamentada no pensamento cristão medieval que fortaleceu o direito natural antigo pela ideia da criação<sup>17</sup>; a escola do direito secularizado que busca sua inspiração ao lado das ciências exatas e do desenvolvimento das ciências do homem, psicologia, sociologia, biologia etc.<sup>18</sup>. A “trinalidade” das leis divinas, naturais e humanas foi substituída pela “dualidade” das leis naturais e humanas, unidas sob a égide da razão<sup>19</sup>. O pensamento jurídico moderno começou a ser desenhado por Hugo Grotius que desfez a unidade tomista entre razão e fé do ponto de vista dos direitos naturais<sup>20</sup>. Também em Rousseau é possível constatar noções básicas de um direito natural anterior ao direito

---

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 20.

<sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 20.

<sup>16</sup> “Kant descreveu as intenções que subjazem a qualquer acto humano como máxima. A máxima é o princípio geral subjacente à acção”. Ademais, “Kant acreditava que, como seres humanos racionais, temos certos deveres. Estes deveres são categóricos: por outras palavras, são absolutos e incondicionais – deveres como deves sempre dizer a verdade ou nunca deves matar ninguém. Estes deveres são válidos sejam quais forem as consequências que possam advir da sua obediência. Kant pensava que a moral era um sistema de imperativos categóricos: mandamentos para agir de determinadas maneiras”. Por fim, “Kant pensava que, para que uma acção seja moral, a máxima subjacente teria de ser universalizável. Teria de ser uma máxima que se aplicaria a todas as outras pessoas em circunstâncias análogas. Não devemos erigir-nos como uma exceção, mas antes ser imparciais. Assim, por exemplo, se o leitor roubar um livro, agindo segundo a máxima Rouba sempre que fores demasiado pobre para comprar o que queres, e para que este seja um acto moral, esta máxima teria de aplicar-se a qualquer outra pessoa que estivesse na sua situação”. Fonte: WARBURTON, Nigel. *Elementos básicos de filosofia*. Lisboa: Gradiva, 2007, pp. 78-79.

<sup>17</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, p. 101.

<sup>18</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, p. 101.

<sup>19</sup> SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, 79.

<sup>20</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 96/97.

convencional dos homens, nomeadamente quando fala em certo ponto de sua obra que uma vez violado o pacto social cada indivíduo “reentra em seus primeiros direitos e retoma a primeira liberdade natural, perdendo a liberdade convencional”<sup>21</sup>. Para este autor, “o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que tenta e pode alcançar”<sup>22</sup>.

Com efeito, as doutrinas do direito natural foram as primeiras e, durante muito tempo, continuaram a ser as únicas reflexões sobre o direito. Sobre tudo que o homem pretendia fazer sempre havia um retorno aos fundamentos do seu agir. Primeiro buscou tais fundamentos num direito natural de origem divina, celestial ou cósmica. Com a virada das Luzes e inversão de lugares, tornando-se o homem o centro de atração universal, será nas ciências exatas que o direito natural buscará sua inspiração fundante. Contudo, tanto no primeiro quanto no segundo caso, dúvidas nunca houve quanto à impossibilidade de o direito natural enunciar um rol das normas que deveria obrigatoriamente conter. Mas, se por um lado o direito natural não pode contemplar o indivíduo com um rol bem definido de direitos, por outro não há como negar que seu reconhecimento ao longo dos últimos séculos tem-no colocado em condições de avaliar a partir de onde determinada ordem jurídica atua, ou não, na legitimidade.

Esse é o grande trunfo do direito natural, o de caminhar o mais próximo possível da ideia de legitimidade, razão por que nem sempre o que é legal é legítimo, nomeadamente porque inúmeras foram as experiências ao longo dos séculos de violações aos direitos do homem mesmo em ordens jurídicas falsamente democráticas<sup>23</sup>.

Em suma, a noção de direito natural implica a ideia de que certos princípios legitimam, ou não, certos dispositivos do direito positivo, ou seja, de que este está subordinado ao direito natural. E ante esta constatação, Haarscher propõe as seguintes indagações: “se o direito positivo está subordinado a um direito natural anterior, porque nasceu a sociedade política? Qual é a razão, no quadro problemático aqui desenhado, dessa espécie de *desdobramento do direito*, isto é, dessa passagem do estado de natureza (reino do direito natural) ao estado político (reino do direito positivo submetido ao direito natural)?”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social* (1762). *Domínio Público*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>. Acesso em 25 de março de 2013, pp. 9-10.

<sup>22</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato...*, pp. 9-10.

<sup>23</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, p. 102.

<sup>24</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, pp. 20-21.

## 1.2 Thomas Hobbes e o Leviatã

O homem em si sempre foi um mistério a ser desvendado. Das antigas escrituras aos dias atuais, o homem sempre tentou discernir seu fundamento, refletir sobre si próprio, sobre a fragilidade da sua razão, sua essência, natureza, dignidade etc.<sup>25</sup> Objeto de suas próprias indagações, durante séculos o homem se questiona perante o sobrenatural, ou seja, ante um Deus criador dos céus e da terra e julgador último de todas as ações humanas.

Mas se num primeiro momento o homem se questiona diante de um Deus todo poderoso, com o período das Luzes este mesmo Deus é retirado de cena e então o homem passa a ser objeto de suas próprias inquietações. O temor advindo das profecias religiosas é colocado de lado, e o homem é alçado ao centro das atenções universais. O questionamento a partir de então é do homem para com o seu semelhante; do homem para com as coisas apropriáveis; do homem para com o trabalho e seus ofícios. Se antes o homem era instado a obedecer às leis divinas ditadas pelas autoridades religiosas e em nome de Deus, com a virada das Luzes o homem passa a obedecer aos ditames das verdades evidentes em si mesmas.

Uma das principais características do período das Luzes talvez tenha sido bem delinear o homem como sujeito de direito e objeto de conhecimento. O homem é a espécie que individualmente se distingue de todos os demais animais da natureza, possui uma subjetividade que lhe é própria, além de uma personalidade que evolui ao longo da vida na proporção dos conhecimentos adquiridos. A sua natureza, segunda Hobbes, “é solitária, miserável, sórdida, brutal e curta”<sup>26</sup>. Em seu estado de natureza o homem vive em constante guerra de todos contra todos, de modo que em tais condições não pode gozar de suas faculdades como o fruto do trabalho e nem mesmo da propriedade, pois só pertence ao homem aquilo que é capaz de conservar, e num constante estado de guerra dificilmente o homem conseguirá sustentar a propriedade de suas pertencas por muito tempo<sup>27</sup>.

Diante desse quadro de trevas, para que o homem possa usufruir e gozar de suas faculdades, bem como levar uma vida de paz e harmonia duradouras, é que Hobbes propõe a reunião da multidão de homens em uma só pessoa, *i.e.*, num homem artificial que se chama República, na qual a condução do bem comum é atribuição do Soberano, de quem

---

<sup>25</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 28.

<sup>26</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 109.

<sup>27</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã...*, p. 111.

todos os demais são súditos e devedores<sup>28</sup>. Mas, para que este ente moral criado pelos homens possa ser o salvador dos homens é preciso ainda lhe atribuir poderes ilimitados. Assim, Hobbes propõe que o Soberano seja a representação ilimitada do poder que busca a todo custo a preservação da paz, de modo que os homens possam gozar de suas faculdades e colocarem-se ao trabalho. Por inconveniente que seja qualquer excesso praticado pelo Soberano, ainda assim será melhor submeter-se aos seus comandos a retornar ao estado de natureza.

Não caberia ao Soberano a preocupação com a liberdade de compra e de venda, da realização de contratos mútuos; da escolha da residência, alimentação e profissão e de instrução dos filhos e coisas semelhantes que garantiriam a liberdade dos súditos<sup>29</sup>. O modelo proposto por Hobbes possui forte carga repressiva, donde se pode extrair a ideia de uma República criada com poderes ilimitados para garantir a paz e continuidade das relações humanas, fortemente influenciada pela ideia de propriedade, que anos mais tarde viria se destacar no pensamento liberal da Revolução Francesa.

O homem no estado de natureza de Hobbes possui traços radicalmente individualistas<sup>30</sup>, ou seja, movido pelo instinto de autoconservação, procura a todo custo precaver-se da agressão, da discórdia, da guerra e do conflito com o mais forte que ele. Além do mais, como o futuro é sempre imprevisível, o homem é tentado a acumular cada vez mais poder, de modo que possa sempre reagir às agressões futuras. E é por essas razões, talvez, que Hobbes pretendeu dotar seu Leviatã de poderes ilimitados, razão por que sua teorização não pode ser entendida como teoria da limitação do poder, a qual, no seu entendimento, teria o defeito maior de enfraquecer o Soberano e, por conseguinte, impedir o resultado pretendido: a segurança<sup>31</sup>. É na vontade e no poder ilimitado do Soberano que se expressa o estado do absoluto de Hobbes.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã...*, p. 147.

<sup>29</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã...*, pp. 181-182.

<sup>30</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 91.

<sup>31</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 91.

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant. Tradução de Alfredo Fait*. São Paulo: Mandarim, 2000, pp. 19-20.

### 1.3 Rousseau e o Contrato Social (*por adesão?*)

Ao contrário de Hobbes, Rousseau viu o estado de natureza com marcante otimismo. Enquanto que para Hobbes a condição do homem no estado de natureza é de permanente discórdia e guerra, para Rousseau o homem no estado de natureza nasce livre, porém predestinado a associar-se aos seus semelhantes na busca da autopreservação. Enquanto em Hobbes o Soberano exercia poderes ilimitados em nome do povo, em Rousseau o que se vê é a associação de homens por meio de uma convenção pela qual “cada um, unindo-se a todos, não obedeça senão a si mesmo”, e permaneça tão livre como anteriormente<sup>33</sup>.

Segundo Bobbio, desde a Idade Média haviam sido elaboradas duas teorias para explicar a passagem voluntária do poder do povo para o príncipe: a) a teoria da *translatio imperii*, com base na qual o povo despojava-se completamente da sua própria soberania originária para investir nela o príncipe, teoria esta que bem se alinha aos ideais de Thomas Hobbes; b) a teoria da *concessio imperii*, com base na qual o povo transmitia ao príncipe não a efetivação do direito de soberania, mas somente o seu exercício segundo certas condições e num certo período de tempo, tal como proposto por Rousseau<sup>34</sup>.

Ou seja, o contrato social narrado por Rousseau tem por objetivo a conservação dos contratantes, porém, ao contrário do Leviatã de Hobbes, este pacto social não é mais que uma associação civil por meio da qual os homens se unem em busca de um mesmo fim, sem abrir mão dos seus direitos naturais<sup>35</sup>. Enquanto para Hobbes o poder ilimitado do Soberano se justificava como instrumento de proteção e segurança da República, em Rousseau o que se vê claramente é a consolidação da filosofia individualista dos direitos do homem.

Em suma: no estado de natureza descrito por Hobbes, o homem tem os direitos naturais, mas não garantidos. De outro modo, no estado civil ou convencional descrito por Rousseau, o homem não perde os seus direitos naturais, mas conserva-os. Eles são

---

<sup>33</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato...*, pp. 9-10.

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, p. 31.

<sup>35</sup> Cf. Como bem salienta Rousseau, o pacto social “ao invés de destruir a igualdade natural, substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima a desigualdade física que a Natureza pode pôr entre os homens, fazendo com que estes, conquanto possam ser desiguais em força ou em talento, se tornem iguais por convenção e por direito.” Fonte: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato...*, pp. 12-13.

garantidos pelo poder supremo, a “perfeição do Estado”, delegado pela “vontade geral”.<sup>36</sup> Por meio do contrato social, cada indivíduo aceita alienar uma parte da liberdade absoluta de que se beneficia no estado de natureza, deixando, assim, de autogovernar e de se autojulgar totalmente, de modo que, ao transferir parcela de sua liberdade à autoridade estatal, espera e aguarda que possa ser mais bem protegido em seus direitos, sem se sujeitar às imprevisibilidades da natureza. No entanto, uma vez violado o contrato social, mesmo pelo Estado, o indivíduo tem direito de reclamar seus direitos e liberdades. Na visão de Haarscher, os princípios individualistas, ou seja, os direitos naturais modelam o poder, portanto, “implica um primado da moral sobre a política”.<sup>37</sup>

#### **1.4 “A domesticação jurídica do Leviatã”: o Estado liberal**

Segundo Hobbes, o Estado tem o monopólio do exercício da força, da coação física no seu território e os súditos sentem-se obrigados a obedecerem aos órgãos que instituiu. Como se verifica, em Hobbes, tem-se um Estado dotado de amplos e irrestritos poderes ante os súditos. O Estado é o todo poderoso que tem a finalidade de assegurar a paz e a coexistência pacífica entre os indivíduos. E para que possa exercer essa função com maestria é preciso dotá-lo de amplos poderes, pois a multidão dispersa jamais seria capaz de enfrentar os perigos próprios do estado de natureza. O estado de natureza é o estado das trevas, da guerra, do medo e da discórdia, e somente um Estado todo poderoso será capaz de impedir o mal maior. Mesmo que em certas circunstâncias o poder ilimitado do Estado possa se mostrar inconveniente aos súditos, estes devem respeitá-lo pela simples afirmação de que assim se evitará o pior. Com efeito, o que se constata na filosofia do Leviatã é uma tentativa de Hobbes justificar a existência do Estado absoluto; do Estado todo poderoso, cuja atuação irrestrita encontra-se justificada pela busca do bem comum.<sup>38</sup>

Em Rousseau, defronta-se com um Estado que não é ilimitado, nem todo poderoso. Pelo contrário, o Estado é a associação de indivíduos que unidos por um objetivo

---

<sup>36</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, p. 31.

<sup>37</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 39.

<sup>38</sup> Cf. “O Estado absoluto nasce da dissolução da sociedade medieval, que era de caráter eminentemente pluralista (...). Contra a sociedade pluralista medieval, as grandes monarquias absolutas do início da Idade Moderna se formam através de um duplo processo de unificação: 1) unificação de todas as fontes de produção jurídica na *lei*, como expressão da vontade do soberano; 2) unificação de todos os ordenamentos jurídicos superiores e inferiores ao Estado no *ordenamento jurídico estatal*, cuja expressão máxima é a vontade do príncipe”. Fonte: BOBBIO, Norberto. *Direito...*, pp. 17-18.

comum convencionam ser representados por uma autoridade estatal a qual, por sua vez, não pode mais do que representar a vontade geral dos associados. Segundo Rousseau, “o poder soberano, todo absoluto, todo sagrado, todo inviolável que é, não passa nem pode passar além dos limites das convenções gerais”<sup>39</sup>. Ainda segundo o citado autor, “o direito, dado pelo pacto social ao soberano sobre os vassallos, não ultrapassa, como já o disse, os limites da utilidade pública”<sup>40</sup>.

Os marcos históricos que implicam a formação do Estado Moderno são: a) o período das guerras religiosas, especialmente na França, no final do século XVI; b) a guerra civil e a assim chamada revolução pacífica na Inglaterra; c) a Revolução Francesa<sup>41</sup>. Dentro desse quadro histórico, as doutrinas jusnaturalistas que fundamentaram a conquista do Estado liberal são divididas em duas grandes categorias: a) a suprimibilidade dos direitos naturais: na passagem do estado de natureza para o estado civil extinguem-se ou transformam-se os direitos naturais. O estado civil se sobrepõe completamente o estado de natureza; b) a preservação dos direitos naturais: na passagem do estado de natureza para o estado civil conserva-se o que existe de melhor no estado de natureza.<sup>42</sup>

Hobbes e Rousseau podem ser enquadrados na primeira categoria. Todavia, é pertinente esclarecer que a obra desses dois autores não especificamente significou uma bandeira de luta pelo Estado liberal. Apesar de defenderem a existência de direitos naturais, ou seja, de direitos inerentes à condição humana, ambos sustentavam em termos gerais a necessidade de um Estado soberano, forte e ilimitado. O que diferencia os dois é a natureza da ordem ou comando político: no Estado idealizado por Hobbes o comando é heterônomo (Soberano *vs.* súditos), enquanto que no de Rousseau é autônomo (o Soberano é a vontade geral)<sup>43</sup>.

Na segunda categoria de jusnaturalistas encontram-se Locke e Kant, os principais nomes da filosofia que fundamentou a conquista do Estado liberal. *O Segundo tratado sobre o governo civil* (1690), de Locke, pode ser considerado como a “primeira” e “mais

---

<sup>39</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato...*, p. 66.

<sup>40</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato...*, p. 66.

<sup>41</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, p. 64.

<sup>42</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, p. p. 64.

<sup>43</sup> “Se quisermos nos expressar com outras palavras, tanto Hobbes quanto Rousseau concebem o contrato social como um *contrato de alienação* dos próprios direitos. Mas enquanto para Hobbes a alienação acontece em favor do soberano, considerado como uma entidade distinta da multidão que o investe dos próprios direitos (tratando-se, portanto, de um verdadeiro *pactum subiectionis*), para Rousseau a alienação acontece em favor da comunidade inteira, ou do *carpo político*, do qual é manifestação suprema a *vontade geral* (razão pela qual se deve falar de um *pactum societatis* em lugar de *subiectionis*), que é exatamente a vontade dos indivíduos contraentes”. Fonte: BOBBIO, Norberto. *Direito...*, pp. 72-73.

completa formulação do Estado liberal”<sup>44</sup> sob a perspectiva do jusnaturalismo, o que não quer dizer que se restringe apenas à conservação da vida, mas também à preservação de outro direito natural fundamental: a propriedade<sup>45</sup>. Immanuel Kant, na obra intitulada *Metafísica dos Costumes*<sup>46</sup>, de 1797, propõe que o fim do Estado “Perfeito” é garantia a todos do desenvolvimento da liberdade individual<sup>47</sup>. O Estado liberal concebido por Kant não tem por tarefa prescrever os fins para cada indivíduo e sim a obrigação de atuar de forma que cada indivíduo possa livremente alcançar seus objetivos, seus projetos, a felicidade<sup>48</sup>. Para Kant, a felicidade – “condição na qual sua constituição se conforma o mais plenamente aos princípios do direito”<sup>49</sup> – é um fim que deve prescindir totalmente da constituição do Estado, e, portanto, esta é a primordial característica do Estado liberal. O Estado não pode obrigar o indivíduo a ser feliz, já que ela depende da faculdade de desejar de cada um, mas possibilita que o indivíduo realize a própria felicidade<sup>50</sup>. Cada indivíduo é o único árbitro da própria felicidade.

A história evolutiva do Estado aponta a “domesticação jurídica do Leviatã e do antagonismo de classes” pelos ideais liberais dominantes<sup>51</sup>. O Estado antes concebido como todo poderoso e soberano aos poucos se viu limitado pelos ideais de liberdade e igualdade, cujas causas primeiras perpassavam pelos interesses da burguesia capitalista ansiosa por progresso dos seus negócios atravancados pela estrutura burocrática do Estado monárquico e absolutista. Esta é, portanto, a gênese do Estado liberal.

### **1.5 O Compromisso Firmado: as Declarações de Direitos Americana e Francesa**

A história do constitucionalismo liberal moderno tem suas raízes, podendo-se assim definir, nas lutas contra a intolerância religiosa e pelo direito de expressar livremente a opinião por meio da imprensa escrita. Também a igualdade tornou-se a grande bandeira da classe burguesa emergente que pleiteava tratamento igualitário entre os homens. A

---

<sup>44</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, p. 59.

<sup>45</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, p. 60.

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, p. 82.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, p. 212.

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, pp. 212-213.

<sup>49</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes (1797)*. São Paulo: Universidade de São Paulo - USP, 2003, p. 160.

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, p. 197.

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 148.

igualdade tal como a liberdade nada mais representava senão as duas faces de uma mesma moeda, *i.e.*, da moeda que consolidaria a economia de mercado e de lucro.

Segundo Comparato, a eclosão da consciência histórica dos direitos do homem só se deu após um longo período preparatório, centrado em torno da limitação do poder político<sup>52</sup>. Em sua obra, *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*, o autor faz um relato minucioso desse fenômeno ligado à limitação do poder político-estatal<sup>53</sup>, contudo, por questões de delimitação temática adiante serão relatados os fatos históricos que mais recentemente se vinculam à progressiva positivação e universalização dos direitos, *v.g.*, dos direitos humanos e fundamentais<sup>54</sup>.

Inicialmente, tem-se que “a declaração de direitos norte-americana, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representam a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”<sup>55</sup>. No entanto, como adverte Comparato,

“(…) é preciso reconhecer que o terreno, nesse campo, fora preparado mais de dois séculos antes; de um lado pela reforma protestante, que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria moral e religião;

---

<sup>52</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 41.

<sup>53</sup> Nesse sentido, deve-se reconhecer que a proto-história dos direitos humanos começa nos séculos XI e X a. C., quando se instituiu, sob Davi, o reino unificado de Israel, tendo como capital Jerusalém, onde se estabeleceu a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama Deus nem se declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina. Surgia, assim, o embrião daquilo que muitos séculos depois se chamaria de Estado de Direito. Essa experiência notável de limitação institucional do poder de governo foi retomada no século VI a. C., com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas e, no século seguinte, com a fundação da República Romana. A democracia ateniense e a república romana foram destruídas pela vaga imperial que se estabeleceu a partir do século IV antes de Cristo: primeiro, com Alexandre Magno e em seguida com Augusto e seus sucessores. Com a extinção do Império Romano do Ocidente, em 453 da era cristã, iniciou-se uma nova civilização baseada nos valores cristãos e costumes germânicos. Entre os séculos XI e XII, volta a tomar corpo a ideia de limitação do poder dos governantes. Ou seja, contra os abusos da concentração de poderes nas mãos do clero e da nobreza imperial que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na península ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a Magna Carta de 1215. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 41.

<sup>54</sup> Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, “ao final de mais de meio século de extraordinária evolução do presente domínio de proteção, o Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se em nossos dias, como inegável vigor, como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria”. Fonte: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Vol. I*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 38.

<sup>55</sup> Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 53. Cf. também: HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 15. Ainda no mesmo sentido são as palavras de Jorge Miranda, segundo o qual as grandes revoluções do século XVIII, a americana e a francesa, marcam uma nova fase da história da humanidade, história esta que coincidiria com o liberalismo burguês, com o nacionalismo romântica e com o apogeu do poderio ocidental. Fonte: MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. Parede: Principia, 2012, p. 11.

de outro lado, pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo, como se viu sobretudo na Itália renascentista”<sup>56</sup>.

Nas lições de Haarscher, os direitos humanos, consagrados nas declarações norte-americana e francesa, nada mais são senão o produto de uma filosofia individualista e liberal. Ou seja, o indivíduo, com os seus direitos, “constitui o fim da associação política, o que religa a concepção dos direitos do homem à ideia de um poder fundamentado no contrato social”<sup>57</sup>. Para o mesmo autor, este contratualismo que se desenvolveu na época moderna possui em geral quatro características mais importantes: «o estado de natureza, o direito natural, o contrato propriamente dito, e o racionalismo»<sup>58</sup>.

A propósito do racionalismo, com respaldo em Locke<sup>59</sup>, tem-se que todos os direitos naturais são reconhecidos por evidência, ou seja, por todo o indivíduo capaz de utilizar a sua razão, característica esta que o distingue de todas as demais espécies de seres vivos. Em outras palavras, a “universalidade do direito natural deriva da presença da faculdade racional em todo o homem”<sup>60</sup>, pelo que vale para todo o indivíduo e impõe-se como uma verdade “às luzes da nossa Razão”<sup>61</sup>.

Destarte, até aqui se pode concluir que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, e como tais são anteriores a todas as formas de organização política. Nesse sentido, não é demais afirmar que, apesar das justas distinções entre as declarações de direitos norte-americana e francesa, ambas representam a primeira condensação dos valores e preceitos básicos da proteção do ser humano contra toda espécie de violência.

Com efeito, as declarações de direitos do final do século XVIII traduzem fielmente o ideal liberal, nomeadamente a filosofia do liberalismo encontrada em Locke e Kant. Ou seja, no limiar da modernidade a liberdade corresponde à bandeira de uma nova classe emergente: a burguesia. Essa classe não só reivindicava a liberdade de ir e vir como também liberdade de imprensa e de religião.

Mas falar em direitos do homem também pressupõe tratar do imperativo categórico kantiano, o qual nas palavras de Habermas sugere que o “respeito pela

---

<sup>56</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 53.

<sup>57</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 16.

<sup>58</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 16.

<sup>59</sup> LOCKE, John *Apud* HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 26.

<sup>60</sup> GROTIUS, Hugo. *Apud* HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 26.

<sup>61</sup> GROTIUS, Hugo. *Apud* HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 26.

dignidade humana de todas as pessoas interdita o Estado de dispor de qualquer indivíduo como meio para outro fim, mesmo que seja para salvar a vida de muitas outras pessoas”<sup>62</sup>. Ainda segundo esse autor, “a dignidade humana é um sismógrafo que indica o que é constitutivo de uma ordem jurídica democrática”, ou seja, “a dignidade humana constitui, por assim dizer, o portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o direito”<sup>63</sup>.

A vulgar, porém didática divisão dos direitos do homem em gerações de direitos dá uma noção exata do que efetivamente são esses direitos que soergueram as bandeiras das Luzes. Está-se aqui a tratar dos direitos de matriz individualista, cuja pretensão primeira não foi além de liberar os caminhos do desenvolvimento do ser humano e das suas possibilidades econômicas. Nesse sentido, precisas são as palavras de Haarscher:

“(…) esta primeira geração define-se a partir de um individualismo comum – ou que deveria ser – a toda a concepção dos direitos do homem (liberdades fundamentais: de religião, de consciência, de expressão, de circulação, de domicílio etc.), e ao mesmo tempo a partir de um individualismo específico, que tem a marca de uma época especial da histórica econômico-social da Europa (direito de propriedade, do não confisco pelo Estado etc.)”<sup>64</sup>.

Contudo, completa o mesmo autor:

“(…) tomados globalmente, os direitos do homem da primeira geração caracterizam-se por um traço comum: são liberdades reivindicadas contra ou face ao Estado; com efeito, como se trata de preservar para o indivíduo um espaço de liberdade agora especificado, pode-se dizer que, num sentido essencial se pede ao Estado que limite o seu poder, que fique à porta do círculo reservado à autonomia do indivíduo”<sup>65</sup>.

Com efeito, se de um lado a primeira geração de direitos do homem obstaculiza o Estado de intrometer-se nas coisas privadas e libera os cidadãos para o desenvolvimento segundo a sorte ou possibilidade econômica de cada indivíduo; de outro se pode afirmar, também, tratar-se de direitos cujo reconhecimento estatal se traduz em autolegitimação do

---

<sup>62</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 29.

<sup>63</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 37.

<sup>64</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 45.

<sup>65</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, p. 47.

poder exercido pela autoridade política. Isto é, a autoridade estatal só se legitima quando reconhece a primazia desses direitos; quando permite aos homens que se valham da liberdade de ir e vir, de escolher o seu domicílio ou sua religião, de expressar sua opinião e de praticar a circulação de riquezas sem obstáculos estatais.

Mas como afirma Haarscher, essa noção de legitimação do poder não é tão evidente, pois ela só “emergiu muito progressivamente ao longo da história europeia até encontrar a sua formulação mais explícita por ocasião das grandes Declarações dos direitos americanos e franceses de finais do século XVIII”<sup>66</sup>. Ademais, pode-se também afirmar que tais Declarações de direitos consubstanciam-se em verdadeiros consensos ou acordos de valores vigentes à época, todos eles voltados à afirmação da filosofia dos direitos do homem como fundamento ao seu desenvolvimento. Como afirma Vieira de Andrade, o constitucionalismo liberal foi o primeiro consenso histórico da modernidade, cuja pretensão primeira não foi mais que encontrar um modo de organização do poder político capaz de conter o poder estatal e garantir as liberdades fundamentais.<sup>67</sup>

## 1.6 A Revisão do Compromisso Firmado: a Inclusão dos Excluídos

As linhas fundamentais do constitucionalismo liberal, que desencadearam a Revolução francesa e o movimento de independência na América são de matriz lockeana e kantiana, ou seja, fundavam-se na ideia de liberdade como autonomia do indivíduo; uma liberdade que se justificava empiricamente pela autodeterminação do ser humano. Ocorre, porém, que essa definição de liberdade não gozou de unanimidade, tendo como um dos seus principais críticos o filósofo Hegel. Na exposição “*Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*” (§33 e ss), encontra-se o contraponto “mais articulado ao individualismo metodológico e ao paradigma liberal e contratualístico do Estado constitucional”<sup>68</sup>.

Ou seja, se num primeiro momento se pode analisar o ideal liberal sob a perspectiva kantiana de uma liberdade projetada moral e formalmente para o indivíduo, a quem é atribuído o dever de buscar a felicidade; de outro tem-se na filosofia hegeliana o ideal de liberdade material e objetiva, em termos especulativos, o que, por consequência,

---

<sup>66</sup> HAARSCHER, Guy. *A filosofia...*, pp. 13-15.

<sup>67</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Conclusões*. In: *35º Aniversário da Constituição de 1976. Vol. I*, por AA. VV., 175-189. Lisboa: Coimbra Editora, 2012, p. 176.

<sup>68</sup> LAMEGO, José. *O essencial sobre a filosofia do direito do idealismo alemão*. Coimbra: Coimbra, 2011, pp. 38-39.

vem colocar à prova toda fundamentação humanista até então defendida pelos grandes autores modernos, nomeadamente Locke e Kant. Em outras palavras: se num primeiro momento revolucionário a conquista das liberdades passava necessariamente pela conquista da propriedade privada mediante o reconhecimento de direitos naturais como a liberdade e a igualdade; num segundo momento, bem narrado por Hegel, vê-se que o início da conquista da liberdade passa pela concreta distribuição de riquezas, razão por que sua filosofia passa a ser a grande bandeira dos movimentos sociais do proletariado e das classes menos favorecidas<sup>69</sup>.

Fortemente influenciado pela filosofia aristotélica, Hegel parte de uma “noção de individualidade como manifestação do geral, reformulando, nessa base, a antiga concepção aristotélica sobre a prioridade lógica da *polis* em relação ao indivíduo singularmente considerado”<sup>70</sup>. Nas palavras de Lamego, para Hegel “o erro das Luzes tinha consistido em privilegiar a reflexão e em ignorar a substância da vida ética”<sup>71</sup>. Isto é, para Hegel o ideal liberal nada mais representou senão a apropriação do Estado pelos interesses dominantes da classe burguesa.

Nesses termos iniciais, tem-se então um conceito de liberdade em Hegel totalmente distinto na visão kantiana ou na dos filósofos liberais da modernidade. Para Hegel, a concepção de liberdade objetiva se torna concreta na família, na sociedade e no Estado. Ao contrário dos contratualistas, não é pela propriedade privada que se conquista a liberdade, ou que esta seja fundamento para se alcançar aquela. Liberdade na concepção hegeliana parte do ideal de ordem política, do paradigma “comunitarista”, que prestigia os valores comunitários da vida social, cuja realização incumbe aos autores sociais<sup>72</sup>.

Ainda em termos especulativos, como bem leciona Lamego, “Hegel recusa os critérios transcendentais e não se refere à liberdade como mero postulado ou fato da razão: a sua filosofia do Direito é-nos apresentada como consciência da liberdade, na sua

---

<sup>69</sup> Nesse sentido: “(...) Durante muito tempo, do século VXI ao século XIX, o trabalho da doutrina consistirá em desenlaçar, um a um, os fios da solidariedade que ligavam os homens entre si por intermédio das coisas partilhadas. Em breve, a legítima reivindicação das liberdades passará pela conquista da propriedade privativa – poder-se-ia igualmente dizer “propriedade privada”, privada de uma rede complexa de direitos e obrigações determinados pelo uso, com vista a assegurar a harmonia ecológica e a solidariedade laboriosamente, por meio de leis e regulamentações sempre ressentidas como constrangimento externo. Com a propriedade privada os outros se tornam, em linguagem jurídica, “terceiros”; terceiros, de ora em diante “excluídos” do usufruto comum, do mesmo modo como a lógica cartesiana (...)”. Fonte: OST, François. *A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 58.

<sup>70</sup> LAMEGO, José. *O essencial...*, pp. 38-39.

<sup>71</sup> LAMEGO, José. *O essencial...*, p. 32.

<sup>72</sup> LAMEGO, José. *O essencial...*, p. 9.

existência efetiva”, daí porque se falar em liberdade objetiva<sup>73</sup>. Para Hegel, “é no Estado (na monarquia constitucional), como realização do espírito objetivo, que a liberdade da subjetividade adquire uma realidade substancial”<sup>74</sup>. E se a liberdade dessa forma não é realizada então todo indivíduo tem direito de contestar a realidade posta e buscar os meios de se afirmar perante os semelhantes<sup>75</sup>.

O que de fato norteia o conceito de liberdade segundo Hegel é a necessidade de desconstruir a teoria do contratualismo, da ideologia liberal capitalista, pois, como afirma Albuquerque, esta teoria “perpetua a ideologia da igualdade formal e da liberdade de contratar, mas mascara a desigualdade contratual e mantém incólume o poder de privilégio de certas classes sociais ou das entidades com poder”<sup>76</sup>. Daí porque o que se pretende até o momento demonstrar não é mais que a real confrontação do ideal de liberdade sob duas perspectivas: a kantiana de caris formal e a hegeliana que mais se aproxima do ideal material de liberdade, ou seja, da liberdade em termos substanciais<sup>77</sup>.

Daí porque a filosofia de Hegel ter se tornado uma alternativa ao discurso tradicional clássico dos liberais que sustentaram a Revolução francesa e o movimento independentista americano. A filosofia de Hegel reclama uma «substancialização» do direito formal, assim como um conceito de Estado político-material capaz de dar respostas às exclusões sociais.<sup>78</sup> Contudo, por outro lado, a filosofia hegeliana “condensa como nenhuma outra os ingredientes filosóficos da rebelião contra a sociedade industrial, tecnológica e individualista”, tal como nos adverte Lamego.<sup>79</sup>

Em suma, o ponto crucial da filosofia hegeliana foi justamente colocar em xeque toda ideologia liberal dominante no ambiente revolucionário e independentista dos séculos XVIII e XIX. A crítica principal de Hegel foi direcionada para a liberdade abstrata fundada num universalismo jurídico, que em termos especulativos não responde aos reclamos das

---

<sup>73</sup> LAMEGO, José. *O essencial...*, p. 39.

<sup>74</sup> LAMEGO, José. *O essencial...*, p. 56.

<sup>75</sup> “(...) A Revolução pretendia multiplicar os pequenos proprietários, nos quais via os melhores sustentáculos do novo regime. No entanto, no imediato ela favorecia os mais poderosos e os mais prudentes, que, por meio da especulação sobre os cereais, por exemplo, enriqueciam em poucos meses. Robespierre notou perfeitamente a contradição: a propriedade, como direito natural universal, devia igualar as condições, mas a liberdade econômica, sustentada pela propriedade, gerava rapidamente as desigualdades”. Fonte: OST, François. *A natureza...*, p. 61.

<sup>76</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Antonio. *O futuro das expectativas: a teoria do direito e as formas de constitucionalização da sociedade contemporânea*. In: *O direito e o futuro. O futuro do direito*, por António José Avelã Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pp. 212-222. Coimbra: Almedina, 2008, p. 223.

<sup>77</sup> LAMEGO, José. *O essencial...*, p. 63.

<sup>78</sup> LAMEGO, José. *O essencial...*, p. 63.

<sup>79</sup> LAMEGO, José. *O essencial...*, pp. 80-81.

classes excluídas do contrato originário e dos compromissos firmados nas grandes Declarações de direitos.

### 1.7 A Utopia do Paraíso na Terra: o Estado Social

A evolução conceptual do Estado denota suas aspirações ideológicas de cada momento. Desde a sua invenção no Ocidente medieval, passando pela sua separação da religião, o Estado atingiu seu apogeu na Revolução das Luzes em 1789, momento áureo da ideologia liberal dominante. Contudo, será no século XX, pela revolução industrial e pelas lutas políticas e sindicais, que pela primeira vez nos tempos modernos o Estado terá sua legitimidade contestada<sup>80</sup>.

Como leciona Supiot, “a primeira resposta a esta crise foi a das ideologias totalitárias, que consideraram o Estado um instrumento nas mãos de um partido único, o que, por consequência, retira do Estado sua legitimidade que é transferida para outros símbolos: a raça, a classe etc...”<sup>81</sup>. A segunda resposta consistiu em “restaurar a legitimidade do Estado confiando-lhe novas responsabilidades”<sup>82</sup>, ou seja, confiando-lhe atribuições e responsabilidades perante a coletividade, passando o Estado a ser o garante dos anseios coletivos e sociais; um Estado de providência que devia preocupar-se com o bem-estar social da população. Habermas descreve que o Estado social é uma conquista tardia da modernidade<sup>83</sup>.

Com efeito, não há como pressupor um Estado social sem uma constituição social. Um Estado que se dispõe a intervir nas diferenças e solucionar as distorções causadas pelo excesso de liberalismo, inevitavelmente terá uma constituição dirigente, destinada à consagração não só de direitos sociais positivados como também de políticas públicas destinadas às classes sociais vulneráveis. Nas palavras de Canotilho, esse “dirigismo constitucional pressupõe um Estado Social, com políticas e um severo caderno de imposições econômicas, sociais e culturais”<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 178.

<sup>81</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 178.

<sup>82</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 178.

<sup>83</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 148.

<sup>84</sup> Cf. “Daí que o abandono da teoria da constituição dirigente signifique para muitos o desaparecimento do Estado socialmente programador”. Fonte: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos" e interconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 142.

As constituições dirigentes, também conhecidas como constituições programáticas, revelam uma crise de eficácia e efetividade, pois nem tudo que se propõe, em termos de direitos sociais, é possível de realização num Estado carente de recursos financeiros. Portanto, as constituições dirigentes padecem de um “pecado original”, qual seja, o de conduzir a coletividade à má utopia do sujeito que projeta<sup>85</sup>. Ocorre que, após a consagração de um catálogo de direitos sociais sob a chancela da Constituição utópica, a simples impossibilidade de satisfação de um e outro direito nela contido já coloca por terra qualquer argumento de que seja a Constituição a solução de todos os problemas sociais<sup>86</sup>. Além do mais, a constituição dirigente “é perturbada pela crise de reflexividade”, ou seja, da impossibilidade de a constituição “gerar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas ou exigências oriundas *do* ou constituídas *no* sistema social”.<sup>87</sup> Portanto, não se pode dizer que Estado social poderia regular todo o sistema social a partir de um catálogo racional de direitos e obrigações, desprezando-se, prematuramente, todas as circunstâncias alheias à regulação positiva.

Mas a desmistificação do Estado social não implica dizer que tenha de todo fracassado. Não quer dizer que o Estado social e a Constituição dirigente de nada tenham contribuído. A “desmistificação” do Estado Social representa uma mudança de paradigmas<sup>88</sup>. A análise do Estado por meio do paradigma jurídico-político deverá ser substituída pelo paradigma econômico<sup>89</sup>. O paradigma econômico “obrigará a uma revolução da organização interna da administração pública através de esquemas de *Management* e orçamentação privados”<sup>90</sup>, pelo que faz resurgir a ideia do Estado mínimo, mas agora supervisor e regulador.<sup>91</sup>

Mas se o Estado novamente evolui de um adjetivo a outro, *i. e.*, do Estado liberal ao social, e agora deste ao Estado mínimo, regulador e supervisor, tudo isso não quer também dizer que o Estado social tenha morrido. Como bem ilustra Canotilho, o que

---

<sup>85</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos"...*, p. 107.

<sup>86</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos"...*, p. 107.

<sup>87</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos"...*, p. 217.

<sup>88</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos"...*, p. 144.

<sup>89</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos"...*, p. 144.

<sup>90</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos"...*, p. 144.

<sup>91</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos"...*, p. 144.

“morreu foi a Constituição metanarrativa da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes”<sup>92</sup>.

## 1.8 A Desterritorialização dos Direitos do Homem

Os direitos do homem possuem forte natureza dogmática, e, como tal, toda reflexão sobre esse tema demanda uma carga de dogmatismo<sup>93</sup>. Ou seja, é impossível tratar dos direitos do homem sem descer aos confins da consciência humana. Sua intangibilidade refluí especialmente da sua natureza dogmática, de ciência voltada para o ser e o dever-ser, para o *ego* e o *alter ego*.<sup>94</sup> Assim, é por conter uma forte carga dogmática que a “invocação dos direitos humanos alimenta-se da indignação dos ofendidos face à violação da sua dignidade humana”<sup>95</sup>, o que por vez também explica a fonte moral dos direitos do homem.

Supiot considera os direitos do Homem como um “recurso comum da humanidade, aberto às contribuições de todas as civilizações”,<sup>96</sup> razão por que sua interpretação não deve ser arbitrária. Nesse sentido, devem as instâncias de decisão respeitar e reconhecer a prevalência dos valores inerentes à dignidade humana. Para Habermas, “a dignidade humana, enquanto conceito jurídico moderno, associa-se ao estatuto que os cidadãos assumem na ordem política criada por eles próprios”<sup>97</sup>. Ou seja, o que se vê neste ponto acerca dos direitos do homem é justamente a ideia de contrato, de pacto social firmado entre os indivíduos que, unidos por um só objetivo, pleiteiam viver em comunhão de valores dominantes, como, por exemplo, o respeito à vida, à liberdade, à dignidade humana etc.

Mas o resguardo e proteção dos direitos humanos pressupõem um Estado, não qualquer Estado, mas um Estado de direitos humanos, isto é, um Estado em que o poder

---

<sup>92</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 156.

<sup>93</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 212.

<sup>94</sup> Cf. Acerca da natureza dogmática dos direitos do homem, relevantes são as palavras de Supiot, segundo o qual “(...) o Homem dos Direitos humanos tem o rosto do homem intemporal e universal ao qual se referem todas as nossas declarações de direitos (...). Ele tem os traços do *imago Dei*, ele é antes de mais, um indivíduo único e indivisível (...). O Homem dos direitos humanos é, em segundo lugar, um sujeito soberano, titular de dignidade própria, dotado de razão e titular de direitos. Mas ao mesmo tempo que é soberano também é subordinado às próprias leis que cria (aqui uma ambivalência) (...). Finalmente, o Homem dos Direitos humanos é uma pessoa, que detém uma personalidade que deve ser reconhecida em todo o lado (...)”. Fonte: SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 215.

<sup>95</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 32.

<sup>96</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, pp. 231-232.

<sup>97</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 44.

político seja exercido de forma legítima e não arbitrária. Ocorre, porém, que o “Estado de direitos humanos é sempre um modelo incompleto, aberto e imperfeito de sociedade política ao serviço do ser humano”<sup>98</sup>. Como adverte Otero, “o Estado de direitos humanos nunca é uma conquista irreversível e a sua edificação e aprofundamento recomeçam sempre cada novo dia”<sup>99</sup>.

Talvez o principal desses recomeços tenha sido o fim da II Guerra Mundial, da experiência do III Reich, cuja lição primordial foi ensinar ao mundo que o direito também pode ser um instrumento de opressão e de terror. A ordem jurídica do III Reich “separou” e “dividiu” a sociedade, com o pretexto de “forjar a unidade do povo”<sup>100</sup>. O contexto do pós-II Guerra Mundial trouxe um novo projeto: a garantia internacional de direitos humanos por meio da Carta das Nações Unidas, de 1945, isto é, “reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, bem como das nações, grandes e pequenas”<sup>101</sup>.

Com efeito, foram as atrocidades da Primeira e Segunda Guerra Mundial que despertaram, no contexto mundial do pós-guerra, a necessidade de se criarem mecanismos capazes de limitarem a atuação dos Estados, nomeadamente no que tange às ações violadoras dos direitos humanos. Isso porque, não obstante a positivação no âmbito nacional de um rol de direitos inerentes à dignidade humana, o que se viu ao longo do século XX em diversos países foram violações e atrocidades cometidas sob o pálio da ordem jurídica vigente.

Nesse contexto, constata-se ao longo do século XX, especialmente na segunda metade, crescente internacionalização dos direitos do homem, a começar pela Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH), de 1948, que reafirma os valores dominantes de um Estado de direitos humanos. Mais tarde, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) constituem os dois documentos mais importantes no âmbito da sensibilização dos Estados quanto ao “reconhecimento e o respeito pelos direitos e liberdades dos indivíduos enquanto expressão do valor da dignidade da pessoa humana”<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> OTERO, Paulo. *Direito Constitucional. Vol. I*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 31-34.

<sup>99</sup> OTERO, Paulo. *Direito...*, pp. 31-34.

<sup>100</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, pp. 137-138.

<sup>101</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011, p. 19.

<sup>102</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 19.

## 1.9 Conclusões parciais

Superados os tópicos antecedentes, finalmente a conclusão do capítulo, local dos mais apropriados para reunir os resultados parciais obtidos ao longo da investigação. Dessa forma, sem descartar as várias conclusões apresentadas ao longo do capítulo, abaixo seguem aquelas entendidas como de maior relevância para o trabalho em sua integralidade:

a) A noção de direito natural implica a ideia de que certos princípios legitimam, ou não, certos dispositivos do direito positivo, ou seja, de que este está subordinado ao direito natural;

b) A melhor e mais coerente expressão do Estado absoluto encontra-se no pensamento político de Thomas Hobbes, segundo o qual a única fonte de direito é a vontade do Soberano;

c) O contratualismo implica um primado da moral sobre a política: os princípios individualistas e os direitos naturais do homem constituem, por assim dizer, a moldura externa do poder, sem a qual a civilização se transforma em barbárie, o homem político em tirano;

d) O Estado antes concebido como todo poderoso e soberano aos poucos se viu limitado pelos ideais de liberdade e igualdade, cujas causas primeiras perpassavam pelos interesses da burguesia capitalista, ansiosa por progresso dos negócios entravados pela estrutura burocrática do Estado monárquico e absolutista;

e) As declarações de direitos do final do século XVIII traduzem fielmente o ideal liberal, nomeadamente a filosofia do liberalismo encontrada em Locke e Kant;

f) Se num primeiro momento se pode analisar o ideal liberal sob a perspectiva kantiana de uma liberdade projetada moral e formalmente para o indivíduo, a quem é atribuído o dever de buscar a felicidade; doutro lado tem-se na filosofia hegeliana o ideal de liberdade material e objetiva, em termos especulativos, o que, por consequência, vem colocar à prova toda fundamentação humanista até então defendida pelos grandes autores modernos, nomeadamente Locke e Kant;

g) A filosofia de Hegel reclama uma «substancialização» do direito formal, assim como um conceito de Estado político-material capaz de dar respostas às exclusões sociais;

h) O problema principal da Constituição dirigente, e porque não dizer também do Estado social, foi puramente achar que poderia regular todo o sistema social a partir de um

catálogo racional de direitos e obrigações, desprezando-se, prematuramente, todas as circunstâncias alheias à regulação positiva;

i) Foram as atrocidades das duas grandes guerras mundiais que despertaram, no contexto mundial do pós-guerra, a necessidade de se criarem mecanismos capazes de limitar a atuação dos Estados, nomeadamente no que tange às ações violadoras dos direitos humanos, pois, não obstante a positivação no âmbito dos Estados nacionais de um rol de direitos inerentes à dignidade humana, o que se viu ao longo do século vinte foram violações e atrocidades cometidas sob o pálio da ordem jurídica vigente.

## CAPÍTULO II

### 2. LIVRO DA GLOBALIZAÇÃO

#### 2.1 O Processo de Globalização

Globalização é o processo pelo qual determinada entidade local estende a sua influência a todo o globo<sup>103</sup>. Não se trata de um fenômeno recente, pois remonta ao comércio de especiarias e ao período das grandes navegações, quando as nações então existentes, em especial as da Península Ibérica, travaram disputas históricas pela conquista dos mares nunca antes navegados, que posteriormente culminaria na conquista e dominação do novo mundo<sup>104</sup>. Ao longo dos séculos que se seguiram ao período do descobrimento, a globalização se caracterizou pela dominação das colônias pela metrópole, pelo acúmulo de riquezas da metrópole por meio das trocas comerciais, pela troca de informação entre a colônia e a metrópole etc.<sup>105</sup>

Um segundo momento marcante da globalização se identifica com o processo de internacionalização, ou seja, pela abertura das fronteiras dos Estados em prol de “interesses comuns” e a “criação de instâncias inter e supranacionais de âmbito predominantemente político e jurídico”<sup>106</sup>. Em um terceiro momento, a globalização refere-se à integração das atividades produtivas e comerciais global e na multiplicidade de relações e interconexões entre os Estados<sup>107</sup>. Desse modo, o fenômeno pressupõe a abertura e a liberdade dos mercados financeiros<sup>108</sup>, de modo que o sentido atual da globalização está intimamente centrado numa ordem econômica que desconsidera as fronteiras do Estado-nação, mormente porque sua meta principal é a dominação dos mercados onde quer que estejam.

Nos dias de hoje, como sugere Suzana Tavares da Silva, vive-se numa verdadeira arena global. E o termo arena aqui deve ser empregado mesmo no sentido de arena de

---

<sup>103</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Contexto Internacional, vol. 23, nº 1, janeiro/junho, 2001, pp. 7-34, p. 9.

<sup>104</sup> FONTANEL, Jacques. *A globalização em análise*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 7.

<sup>105</sup> FONTANEL, Jacques. *A globalização...*, p. 7.

<sup>106</sup> SILVA CRUZ, Bárbara Maria da. *Constitucionalismo. Desafios emergentes na era da globalização*. In: *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo*, por António Manuel Hespanha, pp. 11-33. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 21-22.

<sup>107</sup> FONTANEL, Jacques. *A globalização...*, p. 7.

<sup>108</sup> FONTANEL, Jacques. *A globalização...*, p. 8.

disputas, de lutas e de conflitos. Uma arena em que o mercado e a globalização econômica retratam o fenômeno da “nova arrumação da questão social.”<sup>109</sup> Já não vivemos nos tempos de Montesquieu, que em sua época defendia o particularismo das leis de cada nação de modo que dificilmente as leis de uma serviriam qualquer outra<sup>110</sup>. Para Violante:

“(…) esta visão compartimentada dos sistemas jurídicos em função da respectiva nacionalidade assentava não apenas na questão da legitimidade democrática do soberano para a criação do Direito – sendo a mesma exclusiva – mas também no facto de que cada nação apresentaria especificidades tais que impossibilitariam a importação ou exportação de normas”<sup>111</sup>.

Montesquieu pode até ter tido razão naquela época, mas o mundo de hoje em muito se distancia dessa visão compartimentada ou provinciana<sup>112</sup>. Se no período das grandes navegações e dos séculos que se seguiram o fator econômico já predominava nas relações entre as grandes nações, na atualidade não é diferente, porém, com um mero detalhe: o Estado perdeu forças e hoje não é o principal agente da globalização. Hoje o Estado é apenas mais um ator da arena global, cujos comandos originam-se de um sistema de regras invisíveis e orientadas pela maximização do lucro, autorregulação do mercado e estabilidade das inclinações humana<sup>113</sup>.

Como adverte Supiot, “o contratualismo já não assenta hoje numa teoria política do Contrato Social, mas na certeza cientificamente garantida de que o Mercado dita a lei à escala do planeta”<sup>114</sup>. A intensificação do processo de globalização nos últimos tempos provocou o abandono da ideia de um direito natural e, por consequência, a análise econômica da sociedade passou a ditar as regras do discurso fundador da nova ordem global, restando ao direito a “magra partitura dos direitos humanos”<sup>115</sup>.

---

<sup>109</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 99.

<sup>110</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 16.

<sup>111</sup> VIOLANTE, Teresa. *A adjudicação constitucional e o direito comparado*. In: *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo*, por António Manuel Hespanha, 337-359. Coimbra: Almedina, 2011, p. 338.

<sup>112</sup> VIOLANTE, Teresa. *A adjudicação...*, p. 338.

<sup>113</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 89.

<sup>114</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 111.

<sup>115</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 111. Cf. Acrescente-se, ainda, que segundo Canotilho: “A globalização é, como salientam vários autores”, um processo policêntrico, que envolve vários domínios de actividade (economia, política, tecnologia, militar, cultural, ambiental). O policentrismo explica a função de *vários*

Com efeito, trata-se de um processo de emancipação que não se mostra em totalidade. Se por um lado o mercado se emancipou, por outro não deixou de depender do direito de origem estatal. O que aconteceu foi uma emancipação mercadológica e econômica que condiciona o direito e se autocondiciona. Ocorre, porém, que no final acaba condicionando mais o direito que se autocondicionando. Nesse contexto, a ideia principal que se deve reter é a da emancipação dos mercados financeiros do alcance dos próprios Estados<sup>116</sup>. Em paralelo à emancipação dos mercados e da intensificação das trocas globais, vê-se nos dias atuais que a problematização das sociedades se desgarraram do Estado-nação, vale dizer, desterritorializaram-se. A política “já não enfrenta problemas sociais apenas no quadro institucional dos Estados nacionais.”<sup>117</sup> É a relação “entre política e sociedade como tal que está em debate.”<sup>118</sup>

Nesse contexto, tem-se uma nova arena global, uma arena ocupada por diversos atores, públicos e/ou privados. E diante dessa nova arena de debate e conflito, a nova agente política mundial se volta à busca de respostas e soluções à crise instalada, qual seja: a de saber se os potenciais conflitos internacionais podem ser dominados a ponto de ser possível desenvolver normas e processos eficazes a partir de uma cooperação das potências mundiais – improvável até a data –, bem como capacidades políticas de ação consentâneas à escala global.<sup>119</sup>

Neste ambiente, marcado pelo conflito e pela fragmentação da sociedade à escala global, Habermas propõe que, aliado ao processo de globalização econômica, deveria seguir-se uma coordenação política global, propondo ainda uma “maior juridicização das relações internacionais”, de modo que, assim, pudesse buscar o ponto de equilíbrio entre mercado e política, entre direito e economia. Para o citado autor, só a busca desse equilíbrio será capaz de evitar a desarticulação da rede de solidariedade necessária à boa convivência entre os diversos membros da comunidade política.<sup>120</sup>

Contudo, não obstante a proposição de Habermas, o que se tem visto é, de um lado, o avanço da globalização econômica; e, do outro, a problematização da sociedade por meio da contestação de velhos conceitos como o de soberania, cidadania, cultura nacional

---

*subsistemas globais autônomos*, articulados com a política internacional e em rede com outros subsistemas parciais globais”. Fonte: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., pp. 294-295.

<sup>116</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 115.

<sup>117</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 117.

<sup>118</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 117.

<sup>119</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 117.

<sup>120</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 144.

etc., a qual, aliada à limitação de recursos financeiros dos Estados, só tem dificultado a reunião de soluções, tal como se pretende demonstrar nos capítulos seguintes.

## 2.2 O Efeito Político: Soberania

Ninguém melhor que Hobbes descreveu as características de um genuíno poder soberano. Na sua obra *Leviatã*, ao tratar dos poderes anexos ao poder soberano, este autor não economizou palavras para afirmar, ao final, que o poder soberano é indiscutível, ilimitado, irrenunciável e absoluto. Ainda segundo Hobbes, o poder soberano é o mesmo que instaura a guerra e promove a paz.<sup>121</sup> Por sua vez, Rousseau, partindo de uma visão contratualista, atribuiu à soberania a característica pela qual, em função desta, nenhum Estado poderia jamais obrigar-se perante terceiros alheios ao pacto social. Por força da soberania, nenhum corpo político poderia se submeter a outro soberano, pena de restar violado o pacto.<sup>122</sup>

Em tempos de intensa globalização econômica e da emancipação dos mercados, o problema da soberania é o problema da legitimidade, ou da legitimação. A problemática agora é a de saber, por um lado, quem detém e exerce o poder soberano, e, do outro, a de obter a justificação da titularidade e exercício desse poder. Os governos nacionais perderam *poder* porque não estão habituados a exercê-lo sobre relações transnacionais, o que, por consequência, tem enfraquecido o princípio democrático<sup>123</sup>.

O aumento do poder das organizações internacionais enfraquece os procedimentos democráticos, já que as funções dos Estados nacionais são transferidas paulatinamente para o nível de governação transnacional.<sup>124</sup> Nesse contexto, de intensa transferência de poder entre os atores da arena global, vê-se a força política e econômica articular-se em três dimensões: a do direito interno, a do direito internacional clássico e, por derradeiro, a das

---

<sup>121</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã...*, p. 154.

<sup>122</sup> Segundo Rousseau, se Esparta e Roma pereceram, também o Estado moderno poderia chegar ao fim. Daí porque ser necessário constituí-lo de maneira fortificada, sob os pilares da soberania. Para o citado autor, “a constituição do homem é obra da Natureza; a do Estado é obra da arte. Não depende dos homens a prolongação de sua vida; mas depende deles prolongar a do Estado tanto quanto possível, dando-lhe a melhor constituição que possa existir”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato...*, p. 11.

<sup>123</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 292.

<sup>124</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 77.

práticas judiciais globais. Ou seja, está-se diante de um confronto de culturas a demandar nova estratégia de atuação e de enfrentamento dos novos problemas da globalização.<sup>125</sup>

Em outra perspectiva, a descentralização do Estado, ou seja, a transferência de suas competências para o âmbito internacional ou supranacional, como fenômeno típico da globalização do pós-guerra, não deve ser entendida apenas como transferência de parcela da soberania do Estado para outros entes da arena global, mas também como nova relação política representada por uma sociedade policêntrica.<sup>126</sup> Ou seja, “numa sociedade de múltiplas legitimidades, já nenhum agente, público ou privado, pode pretender encarnar sozinho o interesse geral.”<sup>127</sup>

Diante desse quadro, o problema se agrava porque, se por um lado, o Estado enfraquece, por outro não há dúvida de que também a Constituição nacional segue o mesmo caminho. Daí a necessidade de se reconstruir a Constituição, tal como propõe Silva Cruz, segundo a qual, a Constituição reconstruída já não é aquela que objetiva “repartir os poderes do Estado e distribuir a competência própria dos órgãos deste.”<sup>128</sup> A nova realidade da arena global exige uma Constituição aberta ao diálogo e ao processo de legitimação para além das fronteiras nacionais, isto é, de uma Constituição sensível à ordem de valores e ideologias predominantes numa realidade global repleta de atores dispostos a defenderem seus interesses.<sup>129</sup>

Mas há quem sustente também ser objetivo da nova ordem global o enfraquecimento dos Estados, que por vezes poderiam ser obstáculos às realizações da economia globalizada, do mercado livre e da concorrência selvagem. Na análise feita por Brandão, os Estados seriam “facilmente reduzidos ao (útil) papel de distritos policiais locais”, que garantiriam o sucesso das trocas globais sem, contudo, oferecer qualquer resistência ao interesse maior da globalização econômica<sup>130</sup>. Ou seja, “a globalização das matérias, exigindo globalização das soluções, demonstrou a inevitável internacionalização

---

<sup>125</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 65.

<sup>126</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas. Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 246.

<sup>127</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 247.

<sup>128</sup> SILVA CRUZ, Bárbara Maria da. *Constitucionalismo...*, p. 16.

<sup>129</sup> SILVA CRUZ, Bárbara Maria da. *Constitucionalismo...*, p. 16.

<sup>130</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Futuro do direito e direito do futuro: reflexão sobre a flexibilização dos direitos fundamentais*. In: *O direito e o futuro. O futuro do direito*, por António José Avelã Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pp. 513-534. Coimbra: Almedina, 2008, p. 517.

da soberania dos Estados”<sup>131</sup>, o que, por consequência, tem provocado a redução do conceito de soberania, tal como o poder de influência de “certos” Estados em questões locais de relevância internacional<sup>132</sup>.

Contudo, é bom ressaltar que o objeto de transferência é o exercício, não a titularidade do poder soberano. Segundo Lamego, “a transferência tem apenas um objetivo limitado e determinado de maneira expressa, para lá da qual não pode ser exercida”, razão por que pode ser revogada<sup>133</sup>. No entanto, é ilusório achar que tais condições garantam, por si mesmas, a impermeabilidade da soberania não compartilhada, *v. g.*, não transferida.<sup>134</sup> Quanto mais intensa for a interação do Estado na arena global, mais intenso será o processo de formação das soberanias compartilhadas, em que todos soberanos se autovinculam, muitas vezes ao arripio da vontade democrática nacional.

### 2.2.1 Seria o Fim do Estado-Nação?

A par de tudo que até aqui foi tratado, especialmente no que toca à limitação da soberania dos Estados como consequência primeira do processo de globalização econômica, de domesticação do direito pelas ciências econômicas, poder-se-ia cogitar a ideia de que o Estado estaria marchando para o fim; de que terá a globalização do capital e a emancipação dos mercados arquitetado o aniquilamento total do Estado.

Para Supiot, “o Direito nasceu muito antes do Estado e há razões para pensar que lhe sobreviverá.”<sup>135</sup> Daí porque, para o citado autor “a razão do poder já não é procurada numa instância soberana transcendendo a sociedade (o Estado), mas em regras de funcionamento inerentes a esta”.<sup>136</sup> Logo, diante de tais afirmações, tem-se que de fato a existência do Estado esteja em risco, o que, todavia, não nos leva à entender que o Estado seja um ator descartável do embate global, da arena global.

A duas grandes guerras mundiais do século passado mostrou a capacidade mortífera do poder irracional do homem e das organizações. Como adverte Supiot, “elas também ensinaram aos povos da Europa continental uma coisa *inaudita*: os Estados podem

---

<sup>131</sup> SILVA CRUZ, Bárbara Maria da. *Constitucionalismo...*, p. 16.

<sup>132</sup> OTERO, Paulo. *Direito...*, pp. 127-128.

<sup>133</sup> LAMEGO, José. *O essencial...*, p. 14.

<sup>134</sup> LAMEGO, José. *O essencial...*, p. 14.

<sup>135</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 175.

<sup>136</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 175.

morrer”, e por isso “era preciso refundar o Estado”, uma refundação sem fechar os olhos para o passado. Era preciso refundar o Estado segundo atributos de autoridade e legitimidade que não a simples afirmação de soberania.<sup>137</sup>

O direito internacional, as relações internacionais, as trocas comerciais e as práticas globais, ainda que exercidas à margem do direito interno, sem este não se consolidam. Nas palavras de Rigaux, “uma vez que é inter-estatal na sua origem, o direito internacional não derroga radicalmente o monopólio de que o Estado se arroga na produção das fontes de direito e na sua capacidade de as questionar.”<sup>138</sup> Ou seja, uma coisa está ligada a outra. A arena global só existe existindo o Estado. O Estado é o ator capaz de influenciar a tendência, o fator preponderante do diálogo universal. Compete ao Estado cumprir o seu papel na defesa das garantias mínimas dos cidadãos. É claro que existirão Estados mais ou menos articulados, mais ou menos influenciadores. Existirão inclusive aqueles Estados que se furtaram do debate, do diálogo: aqueles que se fecharam para o processo irremediável da globalização e, por essa atitude, terão de arcar com as mais diversas consequências de ordem política, econômica, cultural e social.

O Estado, como acima afirmado, é ator indispensável na arena global, no diálogo entre organismos internacionais, empresas transnacionais que, a par de sua atuação para além das fronteiras, internamente buscam impor, com autoridade e legitimidade, na condição de ordenador, articulador e coordenador de políticas públicas. Como afirma Canotilho, “o Estado é, hoje, um herói local,”<sup>139</sup> e quem quiser compreendê-lo terá de “apelar para um patriotismo constitucional de inclusividade”<sup>140</sup>. Ou seja, terá de compreender a necessidade de um novo olhar constitucional, isto é, da “constituição aberta a outros espaços, aberta a outras pessoas, aberta a outras normas, aberta a conflitos e consensos, aberta a sobreposição experiencial de consensos”<sup>141</sup>.

Para Vieira de Andrade, “o Estado é ainda hoje o lugar próprio para assegurar a dignidade e a liberdade das pessoas e a existência de uma comunidade democrática”. Se de um lado existem muitos poderes em diferentes níveis, por diversas formas e múltiplos atores; de outro lado não se pode “ignorá-los” ou “menosprezá-los politicamente”. Com

---

<sup>137</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 175.

<sup>138</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, p. 27.

<sup>139</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 197.

<sup>140</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 197.

<sup>141</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 197.

efeito, incumbe a todos defender que cabe à Constituição e ao Estado “assegurar um conjunto de valores fundamentais”<sup>142</sup>.

Nas palavras de Vieira de Andrade:

“(…) os Estados vivem em contextos transterritoriais, regionais e mundiais, e estão mais fracos, mas o Estado, com a sua Constituição, continua a existir como a entidade e a realidade mais capaz de assegurar a realização de um conjunto de valores culturais e civilizacionais das comunidades de pessoas”<sup>143</sup>.

Ainda segundo Vieira de Andrade, a democracia pode ter outras formas de manifestação que não seja a do Estado-nação, o que, a toda evidência, afasta a presunção de superioridade democrática do paradigma estadual. Todavia, não é por isso que se deve menosprezar o papel do Estado e da Constituição no contexto da globalização, mormente quando em jogo a realização e concretização dos direitos fundamentais<sup>144</sup>.

Ademais, é pertinente destacar a existência de áreas próprias de atuação do Estado-nação, como a persecução criminal, as decisões fundamentais em matéria fiscal e tributária, no campo da cultura e da educação, nos meios de comunicação social etc., as quais, permanecendo no campo da soberania nacional, continuam a ser desempenhadas única e exclusivamente pelo Estado, e pouco chamam a atenção dos demais atores da cena global. Por isso, como afirma Vieira de Andrade, “o Estado é uma realidade histórica que, apesar de tudo, não morreu, está enfraquecido no contexto da sociedade global, mas continua a ser uma forma de organização da comunidade política que não pode ser subestimada.”<sup>145</sup>

Não obstante o enfraquecimento do Estado, que inevitavelmente leva ao discurso que projeta o seu fim, nas palavras de Habermas, só no contexto do Estado nacional é que se pode alcançar a validade positiva dos direitos fundamentais. Ainda segundo o mesmo autor, a pretensão universalista dos direitos humanos só seria possível de se cumprir “numa comunidade inclusiva à escala mundial”<sup>146</sup>, ou seja, pela união coerente de diversos autores

---

<sup>142</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Conclusões...*, p. 177.

<sup>143</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Conclusões...*, p. 177.

<sup>144</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Conclusões...*, p. 181.

<sup>145</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Conclusões...*, pp. 181-182.

<sup>146</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 50.

da arena global, dentre os quais o Estado continua a ter importante atuação política e econômica.

Portanto, em linhas derradeiras, não se mostra crível assumir o discurso que leve ao desmantelamento total do Estado-nação, tal como concebido pelo constitucionalismo liberal, já que ele continua a desenvolver importante papel no diálogo da globalização. Com efeito, o Estado de hoje enfraqueceu. Enfraqueceu também sua soberania e, por consequência, sua Constituição. Mas não se pode encarar esse fenômeno sob uma perspectiva apocalíptica. Muito pelo contrário, esse quadro demanda renovação das instituições, a construção de um novo conceito de soberania, pós-vestefaliano,<sup>147</sup> que, sem negar os efeitos da globalização, seja capaz de se reerguer na arena do diálogo global.

### **2.3 O Efeito Sociocultural: Multiculturalismo**

Um dos mais visíveis efeitos da globalização foi colocar em xeque o postulado da universalidade dos direitos humanos. A globalização, como processo de interação entre variados atores da arena global, produziu a redução das distâncias por meio do progresso tecnológico. Hoje um cidadão brasileiro acompanha, em tempo real, as manifestações dos estudantes de Coimbra contra a redução do quantitativo de bolsas de estudos. Executivos portugueses se reúnem com empresários brasileiros via teleconferência, e ali mesmo, no ambiente virtual, entabulam seus negócios. Com o avanço da tecnologia de aviação é possível acordar no Ocidente e dormir no Oriente, isso tudo em um só dia. As fronteiras foram rompidas. Elas ainda existem, contudo, não mais como no século passado.

Hoje a interação de culturas na arena global é uma realidade inegável, porém muitas vezes conflituosa. Se de um lado as fronteiras são rompidas; de outro não se pode afirmar o mesmo em relação à cultura de cada povo. Um cidadão iraniano que se desloca para fazer negócios na França não deixa de ser iraniano e muito menos de prestar honrarias a sua cultura nacional. De outro modo, o americano, ao receber o imigrante latino, não está disposto a se adequar à cultura latina, tampouco em se tornar um latino. Nesse contexto, observa-se que, ao longo dos últimos anos, essa interpenetração de culturas diversas tem sido a causa de inúmeros conflitos socioculturais.

---

<sup>147</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Conclusões...*, pp. 181-182.

Nota-se que na arena global o universalismo se opõe ao relativismo cultural. Paradoxalmente, seja na sua formação básica ou no discurso atual dos direitos humanos, a universalidade destes continuam na pauta de discussões. Trata-se do princípio da universalidade, que mais que realidade não passa de pretensão que clama efetividade. E por ser um princípio e não uma regra, pertinente esclarecer que o seu conteúdo não deve ser interpretado sob um critério de admissão ou exclusão.<sup>148</sup>

Isto é, não se está a defender que, com base na universalidade dos direitos do homem, deva existir um código de consenso comum, irrenunciável e intransponível entre todas as culturas da arena global, mas sim de que existe uma “geometria variável na titularidade dos direitos.”<sup>149</sup> Uma geometria que proporciona a construção de padrões mínimos de observância e respeito aos direitos do homem.<sup>150</sup>

A universalidade dos direitos do homem não pode neutralizar a interculturalidade. O respeito pela dignidade da pessoa humana pressupõe reconhecer e respeitar a diversidade cultural,<sup>151</sup> pois, do contrário, fica violado o conteúdo mínimo dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, seja ele um cidadão do Ocidente ou do Oriente, da Europa ou da América, do Brasil ou de Portugal.

Minimalismos ou maximalismos à parte, a questão que todos reconhecem no diálogo intercultural é que o pluralismo é uma realidade intransponível; e que a tolerância é sem dúvida o princípio da pacificação universal. Se por um lado o pluralismo e a tolerância alicerçam a “neutralidade” do Estado, posto irradiarem um comando de não associação a determinado grupo, partido ou ideologia, a verdade é que, por outro lado, essa mesma “neutralidade” não pode nunca impor uma atitude de indiferença por parte do Estado<sup>152</sup>.

Em suma, seja sob a vertente que busca os valores mínimos ou máximos de proteção aos direitos do homem, no final de tudo o que sempre se deve esperar do Estado é uma conduta que traduza sua vinculação a uma ordem de valores que decorrem da dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica é que se deve rejeitar todo e qualquer “pluralismo justificativo” ou “tolerância” que aceite atentados aos direitos humanos, pois a neutralidade e a tolerância ante aos atentados à dignidade humana será sempre sinônimo de

---

<sup>148</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 27-28.

<sup>149</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, pp. 27-28.

<sup>150</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, pp. 27-28.

<sup>151</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 28.

<sup>152</sup> OTERO, Paulo. *Direito...*, p. 67.

cumplicidade e colaboracionismo.<sup>153</sup> E quando se fala numa nova ordem de valores, está-se também a falar de uma ordem que se constrói pelo diálogo conjuntural, pelo diálogo que se inicia no Estado nacional, mas que se projeta para o âmbito global, seja pelas soluções diplomáticas para os problemas comuns, seja por intermédio de organismos supranacionais ou internacionais, fundados a partir das soberanias compartilhadas entre os diversos atores do debate global.

## 2.4 O Efeito Socioeconômico: Sustentabilidade

A arena global projetada pela globalização não se reduz ao local de embate, debate e diálogo sobre as questões volvidas à transferência de parcela da soberania às instituições supranacionais ou internacionais. Tampouco é local apenas da problematização da diversidade, do universalismo e do relativismo cultural. A arena global é também o palco da sustentabilidade, do desenvolvimento com responsabilidade e da procura por soluções que minimizem o caos provocado pelo capitalismo selvagem.

A sustentabilidade financeira dos Estados, a justiça intergeracional e a intervenção econômico-social são apenas alguns exemplos dos novos problemas das sociedades que se globalizaram ao longo dos últimos anos. O discurso da atualidade não se resume ao modelo econômico ou à eficácia dos direitos fundamentais, nomeadamente dos direitos sociais. A questão outra na pauta de discussões globais é o da incapacidade financeira de o Estado atender à integralidade das demandas sociais. Hoje, mais do que nunca, tem-se a consciência da impossibilidade de se esperar do Estado a solução de todos os problemas gerados pelas sociedades.<sup>154</sup>

Não que o Estado tenha falhado na concretização de um extenso rol de direitos individuais e coletivos. Aqueles direitos reafirmados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, aos quais, em 1966, somaram-se os direitos sociais, econômicos e culturais. Com efeito, o que se verifica na atualidade é o desmoronamento de uma ideologia um tanto utópica. É o descumprimento de uma promessa mitológica,<sup>155</sup> razão por que ser aceitável, como diz Garapon, que o estado social tenha avançado longe demais ao “desapossar os sujeitos do seu próprio destino, cumprindo a célebre profecia de

---

<sup>153</sup> OTERO, Paulo. *Direito...*, p. 67.

<sup>154</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, pp. 99-100.

<sup>155</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "*Brançosos*"..., p. 143.

Tocqueville que pensava que ele acabaria por nos retirar por completo o trabalho de pensar e a pena de viver.”<sup>156</sup>

Como adverte Suzana Tavares, “não se trata mais de uma questão meramente ideológica, mas sim da verificação da impossibilidade efectiva de manter o actual estado da arte em matéria de socialidade.”<sup>157</sup> E um dos grandes problemas criados por essa verificação, porque não dizer o maior, é justamente o descontentamento generalizado das sociedades ante o incumprimento das promessas catalogadas em diversos instrumentos jurídico-políticos, nacionais, supranacionais ou internacionais.

Segundo leciona Suzana Tavares, “ao procurar afirmar-se em diversas arenas o Estado foi ganhando qualificativos”.<sup>158</sup> Primeiro prometeu subordinar-se ao direito e à vontade popular; depois, ser social e atender aos reclamos de mínima dignidade a todo ser humano. Na arena internacional procurou ser “cosmopolita” e “liberal”, mas em casa prometeu regular e garantir o bem-estar social conquistado. Enfim, prometeu buscar a paz universal e a felicidade nacional<sup>159</sup>. Ou seja, excedeu-se nas promessas e tornou-se pesado e burocrático, insustentável em termos de capacidade financeira. Uma vítima de sua própria ambição de liberdade, igualdade e fraternidade<sup>160</sup>.

Mas se a constatação remete ao Estado incapaz de cumprir a promessa de felicidade universal, o que resta, então, diante do cenário de caos que progressivamente se vem instalando? Segundo Suzana Tavares, é justamente esse cenário que deve remeter o Estado ao diálogo que busca soluções.<sup>161</sup> Se por um lado o Estado falhou em sua missão; por outro não há dúvida quanto aos avanços em termos de realização dos direitos fundamentais. O Estado pode ter se afiançado por demais; contudo, em muitos setores conseguiu se desvencilhar dos entraves burocráticos e das limitações de caixa, tendo alcançado em diferentes áreas elevados níveis de garantias mínimas de dignidade ao ser humano.

Ou seja, são indúvidos os avanços em termos de liberdades civis e mesmo no que toca aos direitos sociais, económicos e culturais. E é justamente por esses avanços, que o Estado não pode se amedrontar na busca de soluções, muitas vezes recuando a um

---

<sup>156</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 224.

<sup>157</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 100.

<sup>158</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 105.

<sup>159</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 105.

<sup>160</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos"...*, p. 216.

<sup>161</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 106.

discurso conformador e ilegítimo. Daí porque ser ilegítimo o discurso “centrado” nas “categorias e nos institutos tradicionais dos direitos econômicos, sociais e culturais, mormente, na proibição do retrocesso social e na reserva do possível”.<sup>162</sup>

Nessa senda, o que importa na atual arena global não é o discurso voltado à qualificação das normas constitucionais em programáticas ou de eficácia imediata. O diálogo que se deve propor na busca de soluções responsáveis, que se preocupa com o desenvolvimento sustentável, não deve ter como pauta a intervenção mínima ou máxima do Estado nas relações econômicas e sociais. Esse novo discurso fundado no diálogo pressupõe intervenção reguladora, de articulação e coordenação, por meio da qual o Estado seja capaz de garantir o bem-estar social sem retroceder quanto aos avanços realizados.<sup>163</sup>

Mas empreender uma agenda regulatória, que proponha novo plano de ação estatal não é tarefa fácil. Passar de um Estado dirigente, que pretende ter o controle de tudo, para um Estado regulatório, cuja função primordial é articular e coordenar os diversos setores da sociedade num só sentido, demanda quebra de paradigmas. Ou seja, deve o Estado deixar de ser um território de afirmação de ideologias políticas para se constituir em um Estado fundado e orientado por um “neoconstitucionalismo sustentável.”<sup>164</sup> A discussão central desse novo paradigma não se reduz a um projeto de direção econômica, mas de um projeto de diálogo reflexivo e construtivo, que visa dinamizar a economia e construir novos esquemas de distribuição de serviços públicos e prestações sociais. Nesse novo modelo, os destinatários dos serviços públicos e das prestações sociais passam, obrigatoriamente, a contribuir ativamente para o resultado que se projeta.<sup>165</sup>

Contudo, para o sucesso desse novo paradigma, é preciso que o Estado saiba se posicionar na “rede regulatória”, ou, como dito alhures, na arena global, que mais não é senão uma arena de regulação.<sup>166</sup> Como afirma Suzana Tavares, a diferença dessa nova resposta é que esta se coloca num nível distinto ao do território nacional, em que pese ser uma resposta para os problemas locais. E é por isso que a resposta pretende estruturar um

---

<sup>162</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 106.

<sup>163</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 109.

<sup>164</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 112.

<sup>165</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 116.

<sup>166</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 125.

novo nível de regulação para solução de problemas compartilhados por diversas nações mundo a fora<sup>167</sup>.

Não que esta nova resposta prescindia do Estado. Pelo contrário, é o Estado um dos agentes da construção desse novo paradigma.<sup>168</sup> A “reconstrução sustentável” de uma “nova socialidade” perpassa pelo reposicionamento do Estado no contexto das relações globais. E essa re colocação pressupõe também uma nova realidade, qual seja: a realidade da rede de regulação, de uma “rede jusnormativa” devidamente ajustada para o diálogo global, v.g., o diálogo que reconhece no outro a identidade que aproxima<sup>169</sup>.

Em linhas derradeiras, se de um lado pode-se afirmar não ser o fim do Estado-nação, de outro é bom que se diga, em bom e alto som, que compete ao Estado buscar o quanto antes sua requalificação na arena global. Um Estado que se fecha em seu território às transições globais e que se afugenta na utopia de uma soberania supostamente intocável pela falsa segurança de uma constituição provinciana não vencerá. Ou o Estado se renova diante dos novos paradigmas da globalização, ou fatalmente se consolidará como instrumento de dominação daqueles que se prepararam para o embate do diálogo que impera na arena global.

## 2.5 Conclusões parciais

Superados os tópicos antecedentes, finalmente chega-se à conclusão do capítulo, local dos mais apropriados para reunir os resultados parciais obtidos ao longo da investigação. Dessa forma, sem descartar as várias conclusões apresentadas ao longo do capítulo, abaixo seguem aquelas entendidas de maior relevância para o trabalho em sua integralidade:

a) O processo de globalização está intimamente centrado numa ordem econômica que desconsidera as fronteiras do Estado-nação, mormente porque sua meta principal é a dominação dos mercados onde quer que estejam;

b) A intensificação do processo de globalização nos últimos tempos provocou o abandono da ideia de um direito natural e, por consequência, a análise econômica da sociedade passou a ditar as regras do discurso fundador de uma nova ordem universal;

---

<sup>167</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 126.

<sup>168</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 126.

<sup>169</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 133.

c) Hoje o Estado é apenas mais um ator da arena global, cujos comandos originam-se de um sistema de regras invisíveis, fundadas em três axiomas: o princípio da maximização, a autorregulação do mercado e a estabilidade das inclinações humanas;

d) O avanço da globalização econômica se soma à problematização da sociedade por meio da contestação de velhos conceitos como o de soberania, cidadania, cultura nacional etc.;

e) Em tempos de intensa globalização econômica e de emancipação dos mercados, o problema da soberania é o problema da legitimidade, ou da legitimação democrática, posto ser cada vez mais visível o contínuo processo de transferência de competências do âmbito nacional para o internacional;

f) A descentralização do Estado, ou seja, a transferência de suas competências para o âmbito internacional ou supranacional, como fenômeno típico da globalização do pós-guerra, não deve ser entendida apenas como transferência de parcela da soberania do Estado para outros entes da arena global, mas também como uma nova relação política representada por uma sociedade policêntrica;

g) A nova realidade da nova arena global exige uma Constituição aberta ao diálogo e ao processo de legitimação para além das fronteiras nacionais, isto é, de uma Constituição sensível à ordem de valores e ideologias predominantes numa realidade global repleta de atores dispostos a defenderem seus interesses;

h) Mas há quem sustente também ser objetivo da nova ordem global o enfraquecimento dos Estados, que por vezes poderiam ser obstáculos às realizações da economia globalizada, do mercado livre e da concorrência selvagem;

i) Tem-se que de fato a existência do Estado esteja em risco, o que, todavia, não leva a entender que o Estado seja um ator descartável do embate global, da arena global. O Estado é o ator capaz de influenciar a tendência, o fator preponderante do diálogo universal. O Estado é ator indispensável na arena global, no diálogo entre organismos internacionais, supranacionais e empresas transnacionais;

j) Não se mostra crível assumir o discurso que leve ao dismantelamento total do Estado-nação, tal como concebido pelo constitucionalismo liberal, já que ele continua a desenvolver importante papel no diálogo da globalização. Com efeito, o Estado de hoje enfraqueceu. Enfraqueceu também sua soberania e, por consequência, sua Constituição. Mas não se pode encarar esse fenômeno sob uma perspectiva apocalíptica. Muito pelo

contrário, esse quadro demanda renovação das instituições, a construção de um novo conceito de soberania, pós-vestefaliano, que, sem negar os efeitos da globalização, seja capaz de se reerguer na arena do diálogo global;

l) No mundo globalizado de hoje o respeito pela dignidade da pessoa humana pressupõe reconhecer e respeitar a diversidade cultural. Minimalismos ou maximalismos à parte, a questão que todos reconhecem no diálogo intercultural é que o pluralismo é uma realidade intransponível; e que a tolerância é sem dúvida o princípio da pacificação universa. Seja sob a vertente que busca os valores mínimos ou máximos de proteção aos direitos do homem, no final de tudo o que sempre se deve esperar do Estado é uma conduta que traduza sua vinculação a uma ordem de valores que decorrem da dignidade da pessoa humana;

m) A arena global é também o palco da sustentabilidade, do desenvolvimento com responsabilidade e da procura por soluções que minimizem o caos provocado pelo capitalismo selvagem. A questão outra na pauta de discussões globais é o da incapacidade financeira de o Estado atender à integralidade das demandas sociais. Hoje, mais do que nunca, tem-se a consciência da impossibilidade de se esperar do Estado a solução de todos os problemas gerados pelas sociedades. É preciso que o Estado saiba se posicionar nessa nova realidade, ou seja, na “rede regulatória”, porque não dizer na nova “arena global”, que mais não é senão uma arena de regulação. A “reconstrução sustentável” de uma “nova socialidade” perpassa pelo reposicionamento do Estado no contexto das relações globais;

n) Compete ao Estado buscar o quanto antes sua requalificação na arena global. Um Estado que se fecha em seu território às transições globais e que se afugenta na utopia de uma soberania supostamente intocável pela falsa segurança de uma constituição provinciana não perdurará. Ou o Estado se renova diante dos novos paradigmas da globalização, ou fatalmente se consolidará como instrumento de dominação daqueles que se prepararam para o embate do diálogo que impera na arena global.

## CÁPITULO III

### 3. O LIVRO DOS NOVOS PARADIGMAS

#### 3.1 A quebra dos paradigmas e a emergência de um neoconstitucionalismo

O mundo de hoje vive em constante transformação. Desde o fim da segunda guerra mundial que o velho paradigma do Estado nação passou a ser questionado. O mundo aprendeu muito com as atrocidades do holocausto e com a capacidade mortífera das Instituições guiadas pela razão que desconsidera a compaixão, a fraternidade, o amor ao próximo.

Nos anos que se seguiram ao término das duas grandes guerras do século passado, a democracia se viu obrigada a decidir acompanhar uma nova realidade global, ou do contrário permanecer inerte e refugiada. Com efeito, se em casa o Estado tem de responder às exigências de segurança, solidariedade, descentralização, etc., exigências que crescem progressivamente ante os efeitos “desestabilizadores” da globalização; fora de casa o Estado já não é o mesmo que se arroga soberano e alheio a quaisquer influências externas. Segundo Supiot, “o Estado já não é um Terceiro (Garante), mas uma parte interessada no diálogo social,”<sup>170</sup> e, como tal, deve rever e reposicionar-se no contexto das discussões globais, que, em última análise, não deixam de ser questões locais, problemas comuns que se agravam à medida que o mundo vai se tornando cada vez menor.

Segundo leciona Suzana Tavares, nessa nova realidade global podem-se distinguir dois tipos de “discurso” ou “linguagem” no que tange aos direitos fundamentais em sentido amplo, *i. e.*, os “direitos fundamentais constitucionais” e a “linguagem internacional dos direitos humanos.”<sup>171</sup> No primeiro caso, está-se a tratar dos direitos fundamentais de matriz nacional, fruto da dinâmica democrática dos Estados. Por conseguinte, no que respeita à linguagem internacional dos direitos humanos, dúvidas não há de que se trata dos direitos fundamentais internacionais, que por sua vez “aspira” a uma “matriz universal”, cuja base primeira pretende se fundar nos valores inerentes à dignidade humana.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 180.

<sup>171</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 22.

<sup>172</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 22.

Ou seja, o que se vê nos dias de hoje na arena global é um intenso diálogo entre os direitos fundamentais de matriz nacional e os direitos fundamentais de pretensão universal. E ao contrário do que se possa imaginar, essa convivência em nada se mostra pacífica, mesmo porque nessa nova arena global não é o diálogo que sempre prevalece, mas a imposição de uma ou de outra parte, que sempre varia diante dos interesses em pauta. A coexistência de discursos tornou-se complexa com a instituição de novas Cartas de Direitos, que se ancoraram numa nova categoria de direitos fundamentais reconhecidos por comunidades de Estados, cujo impacto sobre as constituições nacionais é sentido aos quatro cantos da arena global.<sup>173</sup>

Não é apenas a diversidade cultural, jurídica e política que dificulta o diálogo e a articulação das cartas de direitos nacionais com os instrumentos supranacionais e internacionais que projetam a universalização dos direitos fundamentais internacionais, coincidentes, em grande medida, com o discurso jusfilosófico dos direitos humanos. Diante disso, quando não se consegue chegar a um consenso mínimo sobre determinadas pautas de direitos fundamentais, concretizando-se sua pretensão universalizante, o que se tem como resultado é a fragmentação “imposta pela Global Law.” A essa fragmentação, soma-se “desarticulação interna do projecto social fundamental”, em grande medida motivada pela “interculturalidade” e pela “globalização econômica.”<sup>174</sup>

Como resultado final, tem-se a “crise do constitucionalismo,” em que não só o termo “Constituição” passa a ser banalizado pelos usos e abusos de um discurso que pretende ser universal e unânime, mas que na essência conhece bem a natureza complexa das relações de força e influência que norteiam a pauta de discussões da arena global. Não obstante, essa mesma realidade que descortina a crise do constitucionalismo é também a que propõe a abertura e a elasticidade da Constituição nacional, que para fazer valer o seu direito de diálogo e poder de influência, cede aos reclamos da comunidade global abrindo-se e relativizando-se em termos de soberania.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 22.

<sup>174</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 16.

<sup>175</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 16. Cf. “(...) se estas considerações preliminares estão certas, então poderemos, desde já avançar para as *rupturas* paradigmáticas. São elas: (1) a indispensabilidade de superar o esquema referencial Constituição-Estado; (2) a necessidade de ultrapassar as teorias dos “momentos constitucionais” isolados e únicos e apreender o sentido e limites do chamado “constitucionalismo evolutivo”; (3) a substituição do esquema hierárquico-normativo do direito constitucional por um sistema multipolar de “governance” constitucional”. Fonte: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos”...*, p. 283.

### 3.2 Direito em rede

O novo paradigma do direito constitucional remete a uma conclusão que se opõe ao sistema piramidal. Não que o direito constitucional, nomeadamente a Constituição, tenha se nivelado aos demais institutos jurídicos. A lei fundamental proposta por Kelsen continua a orientar as estruturas básicas das democracias, assim como a produção legislativa nacional. Contudo, se se projetar para um espaço outro, distinto do Estado-nação, e aqui se está a tratar da arena global, seja no supranacional ou internacional, o que se percebe é que o paradigma da Constituição, como última *ratio*, em grande medida já não sobrevive. Essa nova arena global é a do debate, do diálogo e do embate que se trava entre diferentes atores da cena global. Nessa nova cena global, produto da intensificação da globalização, a solução dos problemas locais flui do debate que se projeta em forma de rede de regulação. Ou seja, os problemas comuns continuam afetando as localidades, mas a solução é articulada numa arena global, por meio de atores supranacionais ou internacionais que, ao absorverem as tensões do embate, em última análise, constroem uma rede de regulação de problemas comuns.

Essa rede de regulação, mais que produzir soluções para problemas comuns das sociedades, reproduz também o pensamento jurídico-crítico que contesta a “exclusividade do direito estatal e a defesa da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas no interior do mesmo espaço geopolítico.”<sup>176</sup> A concepção moderna de direito levou a destruição de práticas e concepções jurídicas que não se ajustavam ao *canon* jurídico modernista.<sup>177</sup> Com efeito, essa nova arena global, a partir da qual se está a construir, progressivamente, uma rede de regulação ou de internormatividade, o que se vê também é a atuação firme e forte de setores outros que não o poder público. Não é o Estado, ou os Organismos supranacionais e internacionais, o único sujeito ativo que inicia ou propõe o embate na arena global. Também as empresas multinacionais e transnacionais, incluindo suas corporações associativas, são agentes de influência e transformação do debate global.

Mas não é só. Ainda nessa perspectiva de pluralismo jurídico, pode-se enumerar uma série de exemplos de ordens jurídicas autônomas, alheias que são ao direito de origem estatal. É a ordem jurídica eclesiástica que aplica o direito canônico; federações nacional

---

<sup>176</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 77.

<sup>177</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 77.

ou internacional que instituem as regras desportivas do futebol, do automobilismo, da natação etc. São direitos de “formação espontânea,” aptos que são a regularizar o setor da vida social que lhes interessa, sem que para tanto necessitem da intervenção estatal.<sup>178</sup>

Contudo, como adverte Rigaux, essa proliferação de inúmeras ordens jurídicas autônomas, de origem não estatal, nada tem de inocente. Para o citado autor, essas inovações servem primeiramente para preencher as lacunas do direito estatal, mas num segundo momento deixam ser alcançadas por ele, todavia, mantendo-se uma posição de força no respectivo meio de atuação.<sup>179</sup> Para Boaventura de Sousa Santos, esse “novíssimo pluralismo jurídico” conduz ao que ele denominou de “constitucionalismo transformador.” Um novo paradigma que põe em causa a “simetria liberal moderna em que todo o Estado é de direito e todo o direito é do Estado.” Para o citado autor, “no marco da plurinacionalidade, o reconhecimento de um direito indígena ancestral” é um exemplo da “dimensão central não só do multiculturalismo, mas também de autogoverno das comunidades indígenas.”<sup>180</sup>

Mas se o novo paradigma do direito em rede pressupõe a coexistência de ordens jurídicas múltiplas, o problema então persiste na forma de como se opera a ligação de umas às outras, ou, como propõe Rigaux, “o problema das suas relações mútuas”, como, por exemplo, “as relações entre o direito internacional e o direito interno; as relações mútuas entre os direitos estatais; e, por fim, as relações entre o direito supranacional com os outros direitos supranacionais, como direito internacional e com o direito de cada Estado.”<sup>181</sup>

Na busca de solucionar o problema das relações mútuas, Rigaux propõe, de início, que se deva atenuar o dogma do confinamento e da circularidade das ordens jurídicas, pois, segundo seu ponto de vista, todas elas estão em constante intercomunicação. Algumas relações jurídico-sociais, como o casamento, o contrato ou o delito, pertencem a todos os sistemas de direito estatal que circulam em torno de um núcleo semântico jurídico comum, ou seja, resgata-se a “genial invenção dos juristas romanos que, sob o nome de *ius gentium*, tinha construído um quadro institucional comum a todos os povos.”<sup>182</sup>

Numa outra vertente, que busca apresentar soluções à dificuldade instalada pelas relações mútuas entre ordens jurídicas diversas, Rigaux sustenta que formar a sociedade

---

<sup>178</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, p. 29.

<sup>179</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, p. 30.

<sup>180</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma ...*, p. 79.

<sup>181</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, p. 20.

<sup>182</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, p. 201.

não é instituir os homens, mas o conjunto das relações pelas quais se identificam uns com outros. Nesse sentido, as instituições seriam sistemas flexíveis de comunicação. Ligar, comunicar e regular seriam elementos essenciais ante as novas dificuldades. Essa é a nova realidade, o novo paradigma do direito em rede, do direito que se forma a partir de “estruturas policêntricas”, em que a relação é de vinculação, autovinculação e interdependência.<sup>183</sup>

O modelo de rede propugnado pela nova realidade global em muito se assemelha ao modelo de rede das grandes corporações privadas, ou seja, pela “redistribuição dos locais de poder e por uma transformação profunda das suas formas de exercício.”<sup>184</sup> Com propriedade da expressão, o resultado é uma progressiva “desregulamentação jurídica” acompanhada de uma inflação normativa de pretensão universal, o que, inegavelmente, acaba por influir na questão atinente à soberania constitucional<sup>185</sup>.

“A «internacionalização» e a «europeização», no caso português, e a «internacionalização» e a «mercosulização» no contexto do Brasil, tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de «leis fundamentais regionais». Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a *magna carta da identidade nacional*, a sua *folha normativa* terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas «associações abertas de estados nacionais abertos».”<sup>186</sup>

Como escreve Moraes, “este é o resultado de uma forma de globalização que horizontaliza a própria ordem, desfazendo todos os vínculos e identidades, promovendo uma desconstrução de todo e qualquer fator de identificação que permita um sentimento comum de pertencimento”<sup>187</sup>. Em resumo, o novo paradigma da regulação em rede, para além de contestar o paradigma provinciano da soberania nacional, nomeadamente no que

---

<sup>183</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 143.

<sup>184</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, pp. 176-177.

<sup>185</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, pp. 176-177.

<sup>186</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 110.

<sup>187</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Reflexões acerca das condições e possibilidades para uma ordem jurídica democrática no século XXI*. In: *O direito e o futuro. O futuro do direito*, por António José Avelã Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pp. 445-469. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 458-459.

toca aos direitos fundamentais prescritos na ordem constitucional interna, acaba por constituir uma nova realidade mais complexa, pois provoca a convivência de interesses díspares, impondo-se à renovação, já que não se adaptam às formulas jurídicas clássicas.<sup>188</sup> Como adverte Moraes, “tal compreensão pode facilmente levar à constatação de que o futuro do direito é o seu próprio fim, pelo menos do direito, como produção estatal de regulação de condutas.”<sup>189</sup>

### 3.3 A Sociedade de Tribunais

É inegável que a Declaração dos Direitos do Homem inaugurou uma nova ordem internacional focada nos valores inerentes à dignidade humana. O direito internacional que antes se fundava nas premissas do *Tratado de Westphalia*<sup>190</sup>, a partir de então passaria por um longo processo de humanização<sup>191</sup>. A Declaração reafirmou a *generalidade e universalidade* dos direitos humanos mesmo diante da complexidade cultural, social, política e ideológica reinante à época, o que demonstra a relevância e importância dos direitos humanos no pós-guerra e a necessidade de uma virada internacional<sup>192</sup>.

Mas a humanização da nova ordem internacional não se fundaria apenas em compromissos sem a certeza da *efetivação* por parte dos Estados. E nesse sentido, o direito internacional dos direitos humanos com fundamento nos preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aos poucos criando mecanismos de proteção e efetivação dos direitos humanos, afetando, assim, o núcleo da supremacia dos Estados, fenômeno este que vez e outra surge como entrave à realização plena dos direitos humanos no plano internacional<sup>193</sup>.

Nesse novo contexto global, a preocupação recorrente entre os principais atores da política de defesa, proteção e garantia dos direitos humanos foi a de criar «mecanismos institucionais» capazes de policiar os Estados acerca da observância dos vetores

---

<sup>188</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Reflexões...*, p. 448.

<sup>189</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Reflexões...*, p. 451.

<sup>190</sup> Como bem leciona Caçado Trindade, durante três séculos a ordem internacional esteve predominantemente orientada pelo Tratado de Westphalia de 1648, ou seja, pelo predomínio de soberanias estatais e pela exclusão dos indivíduos das relações institucionais ao nível internacional. Fonte: TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *Tratado...*, pp. 485-486.

<sup>191</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaios, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 627-629.

<sup>192</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *O direito...*, p. 633.

<sup>193</sup> LÓPEZ, Mikel Berraondo. *Los derechos humanos en la globalización*. Bilbao: Universida de Deusto, 2006, p. 34.

humanísticos da Declaração Universal de 1948. Assim, paralelamente às ações empreendidas pelas Nações Unidas no plano global, assistiu-se também no plano regional, nomeadamente na Europa e nas Américas, à institucionalização e estruturação de organismos supranacionais destinados à proteção dos direitos humanos, *i. e.*, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 1950; e Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969.

Portanto, é nesse contexto que os direitos humanos se afirmam no plano internacional, nomeadamente com a criação de «órgãos jurisdicionais» de proteção, *i.e.*, o «Tribunal Europeu dos Direitos do Homem» (TEDH) e o «Tribunal Interamericano de Direitos Humanos» (TIDH), ambos destinados a garantir a eficácia dos instrumentos jurídicos internacionais de proteção da dignidade humana<sup>194</sup>, que, para além de proteção, também se notabilizam por atribuírem aos cidadãos do mundo<sup>195</sup> a capacidade postulatória internacional, ou seja, a capacidade «jurídico-processual» para demandarem internacionalmente contra os Estados agressores dos direitos humanos.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem foi o primeiro tratado internacional celebrado pelos Estados-membros do Conselho da Europa logo após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Foi também o primeiro documento de direito internacional a construir um sistema regional de proteção dos direitos do homem, assim como o primeiro a assegurar o acesso dos particulares às instâncias internacionais, para defesa dos seus direitos contra o respectivo Estado de jurisdição. Segundo afirmação de López:

*“(...) la Convención se inspire directamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos, em su apartado correspondiente a los derechos civiles y políticos, y del Estatuto del Consejo de Europa, transformando em obligaciones jurídicas precisas vários de los principios proclamados em La Declaración Universal y dando concreción a disposiciones fundamentales em matéria de derecho humanos contenidas em El Estatuto del Consejo de Europa”.*<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito...*, p. 1.078.

<sup>195</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 69.

<sup>196</sup> LÓPEZ, Mikel Berraondo. *Los derechos...*, p. 85.

Ao longo de seus mais de cinquenta anos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem é hoje o resultado de uma constante evolução jurídica em matéria de proteção e defesa dos direitos humanos. O modelo europeu representa um passo à frente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, constituindo uma ruptura no direito internacional clássico, pois garante um conjunto de direitos que preserva a posição do indivíduo numa comunidade política.<sup>197</sup> Os direitos consagrados na Convenção são indisponíveis, e sua existência enquanto direito dos indivíduos independem da discricionariedade dos Estados. São direitos objetivos que decorrem da ideia de dignidade humana, pelo que são titulados pelos indivíduos e não pelos Estados. Em vista disso, se um dos Estados-partes na Convenção violar algum dos direitos convencionados, os demais não se podem eximir ao cumprimento dos deveres a que estão adstritos por força da Convenção. Ou seja, no domínio dos direitos do homem não vale a regra da reciprocidade do direito internacional dos tratados<sup>198</sup>, pois na interpretação dos tratados de direitos humanos prevalece a natureza objetiva das obrigações que consagram<sup>199</sup>.

Ademais, tem-se que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não pretendeu ser apenas mero catálogo de direitos, pois sua principal preocupação sempre foi criar mecanismos institucionais capazes de impelir nos Estados-partes a obrigatoriedade de observância dos direitos humanos<sup>200</sup>. Ou seja, um sistema de proteção dos direitos do homem não é “credível” se não oferecer aos indivíduos garantias eficazes para defesa dos direitos. É bem como coloca a questão Cançado Trindade, segundo o qual o fenômeno de maior relevância em matéria de direitos humanos é a “coexistência e interação de instrumentos de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis”, tanto normativos quanto operacionais, a partir dos quais se possam antever resultados positivos no que respeita à observância, defesa e proteção dos direitos do homem<sup>201</sup>.

Mas apesar da CEDH ter se preocupado em criar um mecanismo institucional que garantisse ao indivíduo a eficácia dos direitos humanos, um traço marcante no modelo europeu é o de que a Convenção confere aos Estados a obrigação primeira de preservar e

---

<sup>197</sup> ROCHA, Armando. *O contencioso dos direitos do homem no espaço europeu*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2010, pp. 24-25.

<sup>198</sup> ROCHA, Armando. *O contencioso...*, p. 25.

<sup>199</sup> Segundo Cançado Trindade, essa proteção equivale a uma interpretação em busca da realização do propósito último dos direitos humanos, qual seja, a sua defesa e proteção. Fonte: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado...*, pp. 45-46.

<sup>200</sup> ROCHA, Armando. *O contencioso...*, p. 31.

<sup>201</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado...*, p. 71.

garantir os direitos humanos. Conforme dispõe o art. 13 da Convenção<sup>202</sup>, qualquer indivíduo que tiver um direito seu violado à luz da Convenção tem direito a que tal violação seja obstada primeiro pelos órgãos nacionais. No modelo europeu, compete primeiramente aos órgãos internos e ao juiz nacional fazer a primeira avaliação de conformação de um ato estatal ante a Convenção. Buscou-se, dessa forma, a implementação de um sistema coletivo de proteção, em que a competência da jurisdição supranacional é subsidiária e complementar à dos órgãos nacionais. A ideia é permitir aos Estados, que estão mais próximos dos indivíduos, que façam a primeira interpretação de conformação entre seus atos, a ordem constitucional e a proteção dos direitos humanos consagrada na Convenção<sup>203</sup>.

Em suma, no sistema europeu de proteção dos direitos do homem vigora uma complexa rede normativa que põe em contacto o direito internacional e o direito interno, os tribunais internacionais e os tribunais nacionais. Contudo, mesmo diante de um amplo círculo de proteção e defesa dos direitos humanos via órgãos nacionais, ocorre que pode ainda assim ocorrer violações aos preceitos e valores bases da Convenção. Daí o porquê da criação de um tribunal supranacional, *i.e.*, de um órgão de jurisdição internacional capaz de agir e coibir as violações perpetradas pelos Estados-partes da Convenção, ou seja, de um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Mas a ideia de uma jurisdição supranacional destinada à proteção dos direitos humanos não se limitou ao espaço europeu. A Convenção Americana de Direitos Humanos foi aprovada em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor em 18 de julho de 1978, contando atualmente com a adesão de vinte e quatro Estados<sup>204</sup>. A primeira observação importante a respeito do sistema de proteção dos direitos humanos no continente

---

<sup>202</sup> Art. 13.º Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais. Fonte: Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf). Acesso em 2 de junho de 2012.

<sup>203</sup> ROCHA, Armando. *O contencioso...*, p. 35.

<sup>204</sup> A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948<sup>204</sup>, foi a base normativa de toda matéria dos direitos humanos que antecedeu a adoção da Convenção Americana em 1969, que a propósito segue sendo a base normativa dos Estados que não aderiram à Convenção. Fonte: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2008)*. In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, por José Manuel Pureza Felipe Gómez Isa, 549-591. Bilbao: Universidad de Deusto, 2003, p. 551.

americano é a sua “geometria variável”<sup>205</sup>, pois a sujeição à jurisdição do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos é facultativa, *i. e.*, apesar de integrarem a Convenção Americana de Direitos Humanos, alguns Estados por opção não se sujeitam à jurisdição da TIDH, o que na visão de alguns doutrinadores acaba por enfraquecer o sistema interamericano de proteção e defesa dos direitos do homem<sup>206</sup>.

Mas não é só a geometria variável que marca o modelo americano. Também o seu formato misto, não totalmente jurisdicionalizado, cuja defesa e proteção dos direitos humanos encontra-se partilhada entre uma Comissão e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos são traços marcantes do modelo idealizado pela CADH, à semelhança do que ocorria no modelo europeu antes das alterações promovidas pelo Protocolo nº 11<sup>207</sup>.

No modelo interamericano, ao indivíduo não é reconhecida a legitimidade ativa para instaurar um processo no TIDH, pois o direito de petição internacional nos casos de violação aos direitos humanos consagrados pela CADH deve ser exercido na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que é quem tem competência de investigar a veracidade das alegações e ao final emitir um juízo de admissibilidade da causa, remetendo-a ao TIDH na hipótese de um juízo positivo de admissibilidade da acusação ou denúncia.

Ainda no plano internacional, merecem referência a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (CADHP), assinada em 1981, em Nairóbi, que entrou em vigor em 1986, bem como a Carta Árabe de Direitos Humanos (CARDH), aprovada na Tunísia, em 2004, que entrou em vigor em 2008.

Não obstante a crise de efetividade de que sofrem, foi a mobilização internacional pela promoção dos direitos humanos que inspirou a criação desses Tribunais<sup>208</sup>. Mas a sociedade de tribunais de que se fala não se limita aos Tribunais de Direitos Humanos<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> FERREIRA, Rui Cardona. *Os sistemas de protecção jurisdicional dos direitos humanos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos*. O Direito, 139º, IV, 2007: 895-932, p. 918.

<sup>206</sup> Neste ponto é salutar compreender o carácter facultativo da competência contenciosa do TIDH, uma vez que a mesma depende de aceitação dos Estados partes na CADH, aceitação essa que pode ser ainda formulada sob condição de reciprocidade, ou por prazo determinado, ou ainda relativamente apenas a certos casos (art. 62, nº 1 e 2, da CADH). Fonte: FERREIRA, Rui Cardona. *Os sistemas...*, p. 918.

<sup>207</sup> O modelo original contemplado na Convenção baseava-se numa tríplice repartição de competências entre a Comissão, o Comitê de Ministros e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Esse modelo previa o acesso direto do indivíduo apenas à Comissão, que tinha realizar o juízo de admissibilidade da queixa e decidia por remeter ou não o caso ao Tribunal. Fonte: FERREIRA, Rui Cardona. *Os sistemas...*, p. 918.

<sup>208</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 19.

<sup>209</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os júzes...*, p. 32.

Para além desses organismos de proteção da pessoa humana, podem-se ainda listar outros tribunais, supranacional e internacional, de ordem jurídica pública e privada, que, reunidos na arena global, estão sempre dispostos a responder aos reclames daqueles que os procuram.

De outro modo, se existe uma sociedade de tribunais, é dado pressupor que também exista um conjunto de regras e valores que norteiam o agir desses tribunais. Como escrito alhures, a gênese desses tribunais está nas Cartas de Direitos, isto é, em instrumentos normativos que, ao vincular os Estados, coloca-os no dilema da eficácia hierárquica. Como adverte Suzana Tavares, essa sociedade de tribunais pressupõe uma “comunidade de cartas de direitos”, que a toda evidência “impõe uma coordenação da proteção jusfundamental que não neutralize nem desrespeite as especificidades de cada modelo constitucional”. É um sistema em que a “ponderação sai claramente reforçada e reformulada.”<sup>210</sup>

Contudo, se por um lado a sociedade de tribunais conduz às soluções “fortemente” ponderáveis, por outro não há como negar o dilema da eficácia hierárquica, em grande medida fomentada pelo ideal nacionalista, pela negação do outro em defesa dos próprios interesses. Esse é o dilema que aponta duas direções: a primeira, no sentido de conceber os direitos fundamentais como “valores-padrão”, que se concretizam segundo “geometrias variáveis” de acordo com a jurisprudência nacional; a segunda, numa concepção transnacional e universalista dos direitos fundamentais.<sup>211</sup> Independentemente da opção a seguir, o fato é que qualquer uma das duas terá suas consequências.

A primeira no sentido de fortalecer internamente os instrumentos de proteção e defesa dos direitos do homem, porém num quadro distinto ao da arena global e com todas as consequências possíveis de se negar uma realidade intransponível: a interdependência de um mundo cada vez mais globalizado. A segunda opção proporcionará o fortalecimento das instituições supranacional e internacional, cujo poder de influência em questões internas tende a se elevar, reduzindo ainda mais as margens discricionárias do poder soberano. Diante disso, a questão fundamental que se coloca é saber em que medida a adesão a esse modelo de regulação em rede, composto por uma sociedade de tribunais, contribui ou prejudica na proteção e salvaguarda dos direitos fundamentais.

---

<sup>210</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 26.

<sup>211</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 46.

Para Suzana Tavares, o que se verifica hoje é a “inoperatividade de um modelo de controle centralizado”<sup>212</sup>, do tipo kelseniano, em que um tribunal supremo tenha a última palavra em matéria de interpretação dos direitos fundamentais. Nas palavras da citada autora, “no modelo de «hierarquia plana» a solução é ditada no contexto da tensão que se estabelece entre o nível nacional e europeu”, vale dizer, entre os Tribunais nacionais e os Tribunais supranacionais.<sup>213</sup>

Segundo Garapon, a justiça supranacional “tende a tornar os diferentes direitos internacionais mais compatíveis entre si, em vez de os uniformizar”. Para o citado autor, “o direito comunitário e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das comunidades europeias lançam as bases para uma *cultura comum* que permite às diversas culturas comunicar entre si e até fugir a um domínio demasiado grande do Estado”<sup>214</sup>. Com efeito, nessa rede de regulação, fortemente influenciada por uma sociedade de tribunais, as relações são muito mais de sobreposição e de interdependência, que de hierarquia e independência<sup>215</sup>. Pensados dessa forma, esses tribunais poderão desempenhar importante função de mediação entre os atores da arena global. Não será a voz da última palavra, nem o dono da razão. Será antes de tudo o promotor da conciliação e da mediação dos diversos interesses postos em jogo do embate da arena global.<sup>216</sup>

Em suma, será a justiça transnacional ou supranacional o principal ator das disputas globais. Na rede complexa de relações mútuas entre variados sujeitos da arena global, será a sociedade de tribunais a promotora do consenso. Nas palavras de Allard e Garapon, essa é a nova forma de “dar continuidade à política por outros meios” e de “contornar as vias de representação democrática de proximidade, tão enaltecidas por alguns países”<sup>217</sup>. E completam: “por ser menos sensível às pressões dos grupos de influência enraizados ao nível local, este tipo de justiça permite propor acções impossíveis no plano puramente nacional.”<sup>218</sup>

---

<sup>212</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 58.

<sup>213</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos...*, p. 58.

<sup>214</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 40.

<sup>215</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os júzes...*, p. 33.

<sup>216</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os júzes...*, p. 34.

<sup>217</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os júzes...*, p. 101.

<sup>218</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os júzes...*, p. 101.

### 3.4 Conclusões parciais

Superados os tópicos antecedentes, finalmente chega-se à conclusão do capítulo, local dos mais apropriados para reunir os resultados parciais obtidos ao longo da investigação. Dessa forma, sem descartar as várias conclusões apresentadas ao longo do capítulo, abaixo seguem aquelas entendidas de maior relevância para o trabalho em sua integralidade:

a) Vive-se um momento ímpar da humanidade. Um momento cujas particularidades denunciam um processo de “desterritorialização” dos espaços jurídico-políticos. Na esteira dessas transformações, viu-se surgir uma “novíssima” ordem jurídica, complexa e plural, fortemente marcada pelo surgimento de novos atores, novas carências e novos riscos;

b) Nessa nova ordem jurídica, não obstante o jogo de poder e influência ditar a pauta das questões atinentes aos direitos fundamentais em sentido amplo, são os órgãos de justiça que têm assumido o papel de mediador dos interesses em conflito. Nesse contexto, o processo decisório tem de enfrentar não só a crise de identidade da “Constituição nacional”, como também buscar no direito em rede os princípios e valores que, reconhecidos mundialmente, promovam a reconstrução da identidade nacional a partir da perspectiva do outro;

c) Na rede complexa de relações mútuas, *i. e.*, na realidade do direito em rede fortemente influenciada por uma sociedade de tribunais, as relações são muito mais de convergência e de interdependência, que de hierarquia e independência. Pensados dessa forma, esses tribunais poderão desempenhar importante função de mediação entre os atores da arena global. Não será a voz da última palavra, nem o dono da razão. Será antes de tudo o promotor da conciliação e da mediação dos diversos interesses postos em jogo do embate da arena global.

## CAPÍTULO IV

### 4. O LIVRO DA INTERCONSTITUCIONALIDADE E DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

#### 4.1 Repensar a Constituição

É fato que a globalização enfraqueceu a Constituição e desencadeou nova compreensão acerca do princípio soberano. Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, a Constituição hoje compete com diversos outros instrumentos normativos na arena global. Nesse contexto, o enfraquecimento dos postulados constitucionais se reflete numa onda de pessimismo generalizado, que não se limita à ordem jurídica interna. É para além das fronteiras nacionais que se tem procurado revigorar os conceitos de Constituição e soberania<sup>219</sup>.

É verdade que a ordem jurídica internacional sempre existiu. O *ius gentium* do direito romano é um exemplo de que mesmo naquela época a ordem jurídica interna já procurava se articular com o desconhecido, com a ordem jurídica estranha ao plano interno. Todavia, o que se afigura em tempos recentes é a inflação de um processo generalizado de trocas, de articulações e competições que perpassam fronteiras do oriente ao ocidente. Nesse contexto, os tratados internacionais têm assumido cada vez mais espaço no conjunto da globalização; e a Constituição nacional tem sentido esse avanço.<sup>220</sup>

Enquanto que no plano interno a Constituição Nacional serve de instrumento estabilizador do conjunto de interesses nacionais; no plano supranacional e internacional são os Tratados que têm pretendido servir à comunidade de nações como instrumento de estabilização.<sup>221</sup> Nessa quadra, a questão que muito tem se debatido é o da constitucionalização dos Tratados, nomeadamente por se tratar de uma realidade incontornável e que supõe, no mínimo, a necessidade de reconhecimento recíproco; de abertura e articulação entre os dois níveis.<sup>222</sup> Para além dessa discussão, questão outra que

---

<sup>219</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 17.

<sup>220</sup> ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*, 13ª. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 8-9.

<sup>221</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução...*, p. 57.

<sup>222</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução...*, p. 51.

vem à tona refere-se à soberania. Ou seja, diante do avanço dos Tratados e da retração da Constituição Nacional em diversos campos, percebe-se que a soberania de hoje em muito se distancia daquela proclamada em séculos pretéritos.<sup>223</sup>

O pilar da soberania permanece em solo nacional; todavia, dúvidas não pairam de que ela tem se desdobrado em múltiplos níveis. Nesse contexto, a ideia que circula mundo afora é de uma soberania divisível, partilhada, que, apesar de contraditória, não deixa de refletir coexistência de diferentes esferas de poder no âmbito nacional, supranacional e internacional. São esferas autônomas de poder que podem se articular de modo conciliatório, o que, todavia, não descarta a possibilidade de concorrência ou mesmo de sobreposição.<sup>224</sup> Assiste-se hoje a uma genuína abertura dos Estados nacionais às esferas supranacional e internacional, o que tem exigido dos envolvidos progressivo aprendizado e intercâmbio de experiências. E a ninguém é dado se arvorar da *ultima ratio*.<sup>225</sup>

Nesse contexto, de um lado a Constituição e a soberania nacional se veem reduzidas ante os avanços dos novos sujeitos externos. Trata-se de uma realidade incontornável; um momento que demanda soluções e alternativas que estabilizem as paixões. Isto é, a paixão por uma visão provinciana que nega a funcionalidade e a importância dos Tratados para o progresso da humanidade; assim como a paixão por uma visão dominadora que marginaliza o papel da Constituição e desqualifica o primado da soberania nacional. Diante disso, a questão que se coloca no momento é saber como e de que forma estabilizar os interesses nacional, supranacional e internacional numa perspectiva global. Ou seja, como viabilizar a coexistência pacífica, harmoniosa e articulada da Constituição e dos Tratados, de modo que a primeira não seja diminuída em sua identidade e valor estruturante; e os Tratados continuem a ser o principal instrumento de condensação e estabilização dos princípios básicos da humanidade que clama por igualdade, liberdade e fraternidade.

Para enfrentar essa problemática, nas linhas seguintes serão abordadas as teorias da interconstitucionalidade e do transconstitucionalismo, assim como o diálogo judicial que se vem construindo em busca de soluções jurídicas aos diversos problemas de direitos fundamentais compartilhados pela sociedade pós-moderna. Com efeito, essa nova

---

<sup>223</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 87-107.

<sup>224</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução...*, p. 107.

<sup>225</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 134.

realidade nos induz a pensar e refletir acerca do papel do judiciário nas sociedades contemporâneas. Ou seja, o Judiciário se encontra em posição confortável diante dos novos paradigmas? Não será necessário repensar uma nova estrutura do Poder Judiciário, de modo que possa atender às expectativas dos cidadãos na luta pelos direitos fundamentais num contexto de globalização? Essas são questões que tentaremos responder ao final deste trabalho.

## 4.2 A Teoria da Interconstitucionalidade

A Teoria da Interconstitucionalidade está umbilicalmente ligada ao processo de construção da União Europeia, e tem por objeto de estudo as relações de concorrência, convergência, justaposição e conflito entre vários poderes constituintes no mesmo espaço político. O problema central da teoria é o da articulação entre a Constituição e os Tratados. Ou seja, entre a identidade e valores constitucionais do Estado-nação e o avanço de um poder que se afirma e declara direitos, garantias e deveres com legitimidade heterogênea. Não se trata de um fenômeno novo, pois históricos medievais confirmam a coexistência de esferas autônomas de poder político já naquela época. A diferença de hoje é a inflação desse fenômeno, especialmente como resultado do processo de globalização.<sup>226</sup>

Na visão de Gomes Canotilho, esse fenômeno deve ser tratado a partir de uma “perspectiva amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades”<sup>227</sup>. Para Francisco Lucas Pires, a interconstitucionalidade “além de combinar elementos dos sistemas concorrentes de «*common law*» e «*romano germânico*», também “articula sistemas nacionais, através de técnicas de harmonização e reconhecimento mútuo, podendo pois considerar-se intrinsecamente pluralista”<sup>228</sup>.

Em linhas gerais, a interconstitucionalidade supõe a imprescindível articulação dos diversos níveis de poder que se relacionam na arena global. À primeira vista também se mostra inequivocamente complexa. Contudo, ao se considerar as Constituições Nacionais como instrumentos normativos formais e escritos, com dinâmicas e práticas normativas não escritas, tem-se, por conclusão, que são Constituições inacabadas, permeáveis, abertas ao contínuo processo de aprimoramento. Nesse sentido, e numa

---

<sup>226</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., pp. 265-268.

<sup>227</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 268.

<sup>228</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução*..., p. 82.

perspectiva interconstitucional, a Constituição é personalidade, identidade político-cultural em constante evolução. E para crescer e evoluir, antes de tudo é preciso abrir-se às oportunidades de aprendizado, o que só ocorre por meio da interação e do diálogo intercultural. Desse modo, para além de instrumento de estabilização dos interesses nacionais, a Constituição é rede e está em rede de conexão com outras Constituições e Tratados.<sup>229</sup>

Mas se por um lado a interconstitucionalidade propõe uma Constituição em rede de conexão, nomeadamente no que tange aos direitos fundamentais, de outro não há como negar os efeitos colaterais dessa abertura, como, por exemplo, a incerteza e a insegurança. Contudo, não é razoável pretender que as normas jurídicas não tenham um tanto de instabilidade, incerteza e insegurança. Com efeito, só uma Constituição aberta ao processo de integração, ao diálogo e à conversação em diversos níveis será capaz de se afirmar diante da realidade de uma sociedade mundial cada vez mais complexa e plural.<sup>230</sup>

Mas a interconstitucionalidade não é somente articulação e negociação entre ordens jurídicas autônomas. A teoria da interconstitucionalidade também supõe «autodescrição». Para Gomes Canotilho, “é como autodescrição das identidades nacionais que as *várias* constituições dos *vários* países reentram nas formas organizativas superiores.” Ou seja, “autodescritivamente, os textos constitucionais nacionais conservam a memória e a identidade política e, quando inseridos numa rede interconstitucional, assumem-se sempre como autoreferência.”<sup>231</sup>

Nessa senda, como explica Canotilho, “a insistência no carácter autodescritivo e autoreferente dos textos constitucionais estaduais aponta para uma outra ideia de interconstitucionalidade: *a da manutenção do valor jurídico das constituições estaduais.*” Ou seja, a interconstitucionalidade fez as constituições descerem do “castelo” para a “rede” sem, no entanto, perderem as funções identificadoras do patrimônio jurídico nacional, pois agora estão ligadas umas às outras.<sup>232</sup>

Outra marca característica da interconstitucionalidade é a «intraorganizatividade», que, por sua vez, está diretamente ligada à ideia de autodescrição, visto que aponta para uma necessidade autodescritiva da organização superior. A União Europeia, por exemplo,

---

<sup>229</sup> RANGEL, Paulo. *Transconstitucionalismo...*, p. 167. Ver também: BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional...*, p. 223.

<sup>230</sup> RANGEL, Paulo. *Transconstitucionalismo...*, p. 168.

<sup>231</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., pp. 268-269.

<sup>232</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 269.

ao pretender ser o retrato das múltiplas identidades europeias, indubitavelmente tem de ter uma organização superior autodescritiva e autoreferente. Nesse sentido, como expõe Canotilho, “os textos constitucionais mantêm a autoreferência dos sistemas nacionais ao mesmo tempo em que reentram na rede interorganizada para, desde logo, assegurarem o respeito das identidades nacionais (TUE, art. 6º/3)<sup>233</sup>.

A «interculturalidade» é outro problema enfrentado pela interconstitucionalidade. Não obstante o encurtamento das fronteiras, fenômeno típico do intenso processo de globalização vivido nos últimos anos, o mundo permanece complexo e multicultural. O judeu não deixa de ser judeu mesmo vivendo em França; o chinês nos Estados Unidos continua com suas crenças e um modo particular de ver o mundo. Se por um lado a globalização permitiu aos cidadãos maior trânsito mundo afora, por outro não fez com que as culturas se unificassem numa só ordem secular. A globalização incrementou as trocas culturais, e hoje o mundo é cada vez mais multicultural.

Nesse contexto, a interconstitucionalidade propõe a interculturalidade constitucional. Ou seja, essa mesma constituição que desceu do castelo para a rede é também a constituição que exporta e importa culturas. Exporta no sentido de ter sua cultura reconhecida na arena global, bem como importa outras culturas ao reconhecê-las numa perspectiva dialógica e conversacional que busca no outro o referencial que lhe falta. A cultura interconstitucional é plural porque se dispõe a compreender para ser compreendida; porque sugere uma busca incessante de conhecer no outro sua própria identidade.<sup>234</sup>

Por fim, a interconstitucionalidade propõe a «intersemiotividade», que, nas palavras de Canotilho, pressupõe um “conjunto de regras respeitantes à produção e interpretação dos textos constitucionais e dos respectivos discursos e práticas sociais com elas relacionados”.<sup>235</sup> Nesse sentido, as Constituições Nacionais se converterão em importantes instrumentos de uma hermenêutica supranacional que procura articular o reconhecimento de identidades nacionais com a formação de uma *identidade cultural supranacional*.<sup>236</sup> *Em suma*, a intersemiotividade sugere a busca e a articulação de regras

---

<sup>233</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 269.

Vide também: Art. 6º/3º do TUE: “Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.”

<sup>234</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 274.

<sup>235</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 277.

<sup>236</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*”..., p. 278.

referentes à produção e interpretação dos textos constitucionais num contexto intercultural, em que valores como o da dignidade humana, da liberdade, igualdade, democracia e socialidade se posicionam na base de uma interpretação aberta ao diálogo entre várias constituições em rede de conexão. A interconstitucionalidade e a interculturalidade viabilizam os espaços necessários à pluralidade de intérpretes.<sup>237</sup>

#### ***4.2.1 Interconstitucionalidade e o Problema do Déficit Democrático***

A proposta da interconstitucionalidade é solucionar o problema gerado pela pluralidade de ordens jurídicas numa perspectiva além das fronteiras nacionais. Ocorre que a interconstitucionalidade também desvenda outro problema, qual seja, o déficit democrático da ordem jurídica supranacional ou internacional. Não se trata de problema criado pela interconstitucionalidade, mesmo porque é um problema precedente, e há muito vinha sendo pesquisado pela doutrina internacionalista.<sup>238</sup>

A rede de interconstitucionalidade se forma a partir de articulada negociação entre as diferentes ordens jurídicas autônomas. Ao longo desse processo contínuo de negociação e articulação, as distintas ordens jurídicas vão se aderindo umas às outras, mas todas voltadas para um projeto central, *e. g.*, a racionalidade de um discurso unificado à escala supranacional, internacional ou transnacional. O projeto de uma Constituição europeia, por exemplo, evidencia com clareza esse objetivo.<sup>239</sup>

No entanto, como adverte Francisco Pires, o problema dessas adesões passa, em primeiro lugar, “pela dificuldade de «democratizar» uma constituição-processo que não pode ser uma constituição ideológica, sequer programática, mas tem de comportar uma dimensão de constituição ideal, por enquanto em situação de carência.” Ou seja, a carência de uma identidade europeia capaz de “reconstruir permanentemente uma noção organizada de si mesma, senão até um projeto ou uma missão, identificados e partilhados por todos os que já são cidadãos europeus”.<sup>240</sup>

E como se não bastasse a carência dessa identidade, que dificulta a democratização do projeto interconstitucional no âmbito europeu, tem-se ainda a própria

---

<sup>237</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos"...*, p. 279.

<sup>238</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 201.

<sup>239</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 62.

<sup>240</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução...*, p. 62.

crise das democracias autônomas, da democracia nacional.<sup>241</sup> Todavia, como explica Francisco Pires, “é a democracia nacional, ela própria em crise, que necessita de canalizar os seus impulsos para a esfera transnacional através de uma continuidade democrática que lhe permita recuperar o controle de um poder mais difuso”.<sup>242</sup> Nesse mesmo sentido são as palavras de Bonavides, para quem fechar a Constituição é o mesmo que negá-la.<sup>243</sup>

Com efeito, seria mesmo a crise de ineficácia das democracias nacionais ante os desafios do intenso processo de globalização que permitira os primeiros passos rumo à democracia supranacional. Enquanto que no Estado Nacional o poder constituinte operava a “passagem” do “Estado pré-constitucional” ao “constitucional” por meio da revolução das luzes; na rede de interconstitucionalidade o problema é outro. Trata-se agora de crescer, e não de nascer. A rede de interconstitucionalidade só existe porque os Estados existem. O poder constituinte, oriundo da vontade democrática, é quem deu forma ao Estado, que agora precisa se expandir. E à medida que se expande na rede de interconstitucionalidade, é a democracia nacional que se faz presente na tomada de decisões.<sup>244</sup>

Em suma, na realidade do mundo globalizado de hoje, as grandes decisões são tomadas em arenas distintas da democracia direta. Não é só pelo voto, fundado que é numa lógica territorial e de fronteiras, que se garante o exercício da democracia. Numa perspectiva interconstitucional, a democracia constitucional deve ser vista como conjunto de regras que propiciam a discussão, argumentação, articulação, institucionalização de processos, que tem por finalidade a construção de soluções comuns aos problemas nacionais, supranacionais e universais acerca de questões problemáticas, morais e éticas da sociedade.<sup>245</sup>

---

<sup>241</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pores salva-jes. Las crisis de la democracia constitucional*. Madri: Minima Trotta, 2011, p. 107.

<sup>242</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução...*, pp. 65-66.

<sup>243</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional...*, p. 223.

<sup>244</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução...*, pp. 76-77.

<sup>245</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 112. Ver Também: SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 16-17.

#### 4.2.2 *Interconstitucionalidade e o Problema da Supremacia Constitucional*

Outro problema que surge em contraponto ao ideal de construção de uma rede de interconstitucionalidade é o velho discurso em defesa da supremacia constitucional, ou seja, de que a Constituição é a última palavra em termos de direitos e obrigações do Estado e dos cidadãos nacionais. No entanto, é um tanto precipitado afirmar que a autonomia da ordem constitucional nacional estará comprometida ante os avanços da rede de interconstitucionalidade. A propósito, é a “consistência da ordem constitucional nacional” que compensa as faltas estruturais da rede de internormativa.<sup>246</sup>

Não obstante a autonomia das Constituições Nacionais, quando se fala na construção de uma rede de interconstitucionalidade, o que de fato se pretende é a construção de uma União Política. Uma União construída por consensos mínimos, por adesões previamente negociadas e articuladas entre ordens jurídicas distintas, que, a propósito, continuam autônomas. Ocorre, porém, que, nesse processo de construção, pelo menos dois movimentos podem ser identificados.

O primeiro, mais alinhado à construção de uma «União Política», reconhece as mudanças operadas pela ordem jurídica comunitária mesmo sem alterações formais. Ou seja, são aquelas Constituições Nacionais alinhadas ao processo de integração supranacional, que, ao dispensar maiores formalidades legais, possibilitam a influência direta do direito oriundo da rede de interconstitucionalidade no seio de suas ordens democráticas. O segundo movimento indica uma adesão mitigada à rede de interconstitucionalidade. Esse movimento é marcado por uma adesão que demanda critérios geralmente formais, que em certa medida se orientam por condições e ressalvas extraídas da ordem constitucional interna.<sup>247</sup>

Esses dois movimentos, aparentemente contraditórios, visam, afinal, expandir o diálogo e a reflexão acerca do “sentido originário do constitucionalismo”, de modo que os valores da dignidade humana, liberdade, igualdade, democracia etc. estejam amplamente protegidos numa ampla rede de Constituições Nacionais, interligadas entre si num projeto de identidade intercultural, o que, todavia, não impede que existam pontos de concorrência e conflito. A interconstitucionalidade para além de ser uma construção permanente de

---

<sup>246</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução...*, p. 108.

<sup>247</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução...*, pp. 117-118.

união supranacional, serve também como reforço da identidade da Constituição nacional.<sup>248</sup>

Segundo Rangel, a interconstitucionalidade proporciona a articulação das constituições, de modo a “combinar normativos formais e escritos com dinâmicas e práticas normativas não positivadas.”<sup>249</sup> Nesse sentido, as constituições são encaradas como ordens fragmentadas e parcialmente escritas, parcialmente não escritas, abertas e permeáveis. A interconstitucionalidade proporciona que a Constituição seja “múltipla” e “multiplicada, por ser um ponto de encontro das mais variadas pretensões de tipo constitucional.”<sup>250</sup> No âmbito da arena global, norteada que é pelo pluralismo jurídico das ordens jurídicas autônomas, a interconstitucionalidade surge como esforço de articulação e coordenação das constituições nacionais num plano supranacional e internacional.

Em suma, a interconstitucionalidade não neutraliza as Constituições Nacionais; pelo contrário, vai buscar nelas a força que qualifica a rede de interconstitucionalidade. Não se trata de decretar a insuficiência das constituições nacionais, mas de compreendê-la numa nova realidade intercultural de uma sociedade globalizada.<sup>251</sup>

### 4.3 A Teoria do Transconstitucionalismo

A Teoria do Transconstitucionalismo, na essência, não foge muito aos objetivos da interconstitucionalidade. Também no transconstitucionalismo o que se busca é promover a articulação entre ordens jurídicas autônomas.<sup>252</sup> Com efeito, o processo de globalização demonstrou a importância de se enfrentarem as questões de direitos fundamentais numa perspectiva além das fronteiras nacionais. Nesse contexto, o objetivo central do transconstitucionalismo é encontrar fórmulas pelas quais as ordens jurídicas autônomas se relacionam.<sup>253</sup>

Como afirma Marcelo Neves, o transconstitucionalismo “implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais

---

<sup>248</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 1.430.

<sup>249</sup> RANGEL, Paulo. *Transconstitucionalismo...*, p. 167.

<sup>250</sup> RANGEL, Paulo. *Transconstitucionalismo...*, p. 167.

<sup>251</sup> RANGEL, Paulo. *Transconstitucionalismo...*, p. 164.

<sup>252</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos Fundamentais...*, p. 14.

<sup>253</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 21.

comuns.”<sup>254</sup> Nessa perspectiva, um problema transconstitucional pressupõe diversidade de soluções. Ou seja, para o transconstitucionalismo nenhuma ordem jurídica autônoma deve pretender assegurar a última palavra, nomeadamente quando se tratar de questões afetas aos direitos fundamentais da humanidade. O transconstitucionalismo rejeita a ideia de autossuficiência tanto das Constituições Nacionais, quanto da ordem supranacional ou internacional.<sup>255</sup>

Para o transconstitucionalismo, “não se trata de discutir simplesmente se há «Constituição sem Estado» ou se «a Constituição no processo de desestatização» é transferível para o nível internacional.”<sup>256</sup> O transconstitucionalismo repudia o uso indiscriminado e arbitrário do termo Constituição,<sup>257</sup> razão por que se debruça em delinear o conceito de Constituição em sentido moderno, qual seja, aquela que pretende ser “universal” apesar das diferenças culturais mundo afora; “abrangente” no seu conteúdo, haja vista os diferentes processos decisórios; que disponha de uma “amplitude de significados e de referentes, o que torna muito mais complexa a tarefa de interpretação de seu texto e concretização de suas normas.”<sup>258</sup>

#### ***4.3.1 O Transconstitucionalismo e a Constituição Transversal***

Segundo Marcelo Neves, “a sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relação de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade.”<sup>259</sup> Ou seja, política, religião, economia, artes, família, educação etc., todos se encontram de algum modo interligados ou entrelaçados a ponto de autoinfluenciarem uns aos outros. O que de fato o autor supõe é que não se pode partir de um só ponto de observação, como, por exemplo, a política. A sociedade multicêntrica é o resultado de intenso processo de globalização, que, a par de romper com as fronteiras nacionais, permitiu também o surgimento de novos atores na cena global. Nesse sentido, o embate que se trava na atualidade não mais se reduz ao confronto entre Estados. Vai além, ou seja, inclui organismos supranacional, internacional e transnacional.

---

<sup>254</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 21.

<sup>255</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 25 (introdução).

<sup>256</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 6.

<sup>257</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos Fundamentais...*, p. 11.

<sup>258</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 20.

<sup>259</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 26.

E como não poderia deixar de ocorrer, com o surgimento desses novos atores também a capacidade regulatória do Estado se viu diminuída.<sup>260</sup>

Na perspectiva do transconstitucionalismo, para que a sociedade multicêntrica não se desintegre numa autodestruição, haja vista o permanente estado conflitual desta, é necessário desenvolver mecanismos que possibilitem “vínculos construtivos de aprendizagem e fluência recíproca entre as diversas esferas sociais.”<sup>261</sup> Ou seja, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de se construírem «pontes de transição», «conversações constitucionais» entre as várias ordem jurídicas autônomas estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais.<sup>262</sup>

Para construir essas «pontes de transição» e promover as «conversações constitucionais», o transconstitucionalismo recorre a Niklas Luhmann e sua teoria sociológica dos acoplamentos estruturais, para quem as estruturas de um sistema se mostram imprescindíveis às estruturas de outro sistema e vice-versa.<sup>263</sup> Por exemplo, na relação entre sociedade e consciência a linguagem surge como acoplamento estrutural. Será então a linguagem o filtro de influências e instigações recíprocas entre comunicações e representações mentais, servindo, inclusive, para excluir aquilo que prejudica a troca simultânea de informações. Outro exemplo é o da relação entre economia e direito, em que a propriedade e o contrato são indicados como acoplamentos estruturais entre a economia e o jurídico. Entre os sistemas econômico e político, o acoplamento estrutural predominante é o regime fiscal de despesas e receitas. Por meio dos acoplamentos estruturais, os sistemas e subsistemas interpenetram-se uns aos outros mantendo sua identidade, porém buscando no outro o diferencial que os aproxima.<sup>264</sup>

Outro recurso utilizado pelo transconstitucionalismo para construção das «pontes de transições» e das «conversações constitucionais» é o da racionalidade transversal. Nesse particular, Marcelo Neves recorre a Wolfgang Welsch para afirmar que a razão transversal não pretende ter o *status* de hiper-intelecto, mas sim de *status* de razão, v.g., “o *status* de uma faculdade não de impor decretos, senão de fazer transições.”<sup>265</sup> Ou seja, trata-se de uma razão que não é outorgada ou imposta ao outro, mas negociada e articulada a partir do

---

<sup>260</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 26.

<sup>261</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 35.

<sup>262</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 25.

<sup>263</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 26.

<sup>264</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, pp. 36-37.

<sup>265</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 38.

ponto de conexão entre um e outro sistema. Por exemplo, na discussão sobre a pena de morte entre dois sistemas distintos, o direito à vida é a ponte de transição entre os dois sistemas, e o diálogo que se estabelece acerca da proteção da vida deve prestigiar não um e outro sistema, mas a solução mais justa encontrada a partir da reflexão recíproca.<sup>266</sup>

Para o transconstitucionalismo, a racionalidade transversal e os acoplamentos estruturais possibilitam o entrelaçamento de ordens jurídicas autônomas. Dessa forma, ao passo que a Constituição possibilita a distinção entre política e direito, ela também atua como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas. Sob esse ângulo, pode-se dizer que a Constituição promove a abertura cognitiva do sistema jurídico, delimitando-lhe a capacidade de aprendizado e reciclagem<sup>267</sup>. Como ponte de transição entre o direito e a política, a Constituição deve construir uma racionalidade transversal capaz de impedir os efeitos destrutivos de cada um desses sistemas. Deve também desenvolver uma racionalidade transversal que viabilize aprendizado e intercâmbio de experiências, sob pena de se fechar numa autossuficiência provinciana.<sup>268</sup>

Em suma, a realidade de hoje não se reduz ao Estado-nação e, como tal, à Constituição Nacional. As relações de poder da nova arena global não se limitam às regras constitucionais das ordens jurídicas autônomas que a integram. Para o transconstitucionalismo, é nessa nova quadra mundial que a discussão sobre Constituições transversais na arena global surge com relevante importância, nomeadamente quando os problemas transconstitucionais envolvem questões de direitos fundamentais.<sup>269</sup>

#### ***4.3.2 O Transconstitucionalismo e os problemas de direitos fundamentais***

A intensificação do processo de globalização se não rompeu totalmente com as fronteiras do nacional, no mínimo supranacionalizou ou internacionalizou os problemas de direitos fundamentais e dos direitos humanos. Quanto a estes últimos, é mesmo a pretensão universalista dos direitos humanos a primeira causa do problema. Na nova arena global de diálogos e conversações, também o conflito é permanentemente protagonizado pelos mais ou menos dispostos ao embate e defesa de suas premissas. Não obstante a perspectiva

---

<sup>266</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 49.

<sup>267</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, pp. 279-289.

<sup>268</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 59.

<sup>269</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 83.

fundada no centro/periferia, haverá sempre uma pretensão de enxergar apenas no outro a periferia e dificilmente em si mesmo.<sup>270</sup>

Essa é a nova quadra em que se inserem os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos. Entregues primeiramente aos Estados para resguardo e proteção, esses direitos se viram vilipendiados por abusos e atrocidades daqueles que um dia prometeram observá-los. As grandes guerras dos últimos séculos testemunham o incumprimento da promessa de igualdade e liberdade. Mas não foi só isso, também o avanço da globalização, da supranacionalização e internacionalização das relações entre ordens jurídicas autônomas promoveram novas cenas globais, novos fenômenos que culminaram em novos atores da arena global.<sup>271</sup>

Já não é mais o caso apenas de tratar os direitos fundamentais e os direitos humanos apenas no âmbito estadual, restrito às fronteiras do nacional. Um mesmo problema de direitos fundamentais pode ser enfrentado a um só tempo por uma ordem local, estatal, supranacional ou internacional, o que supõe a imprescindibilidade dos instrumentos de cooperação, conversação, diálogo e intercâmbio fundado no aprendizado recíproco que almeja soluções. Para Marcelo Neves, “a fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso”, razão por que o “diálogo” e a “conversação transconstitucional” se impõem como alternativas ao olhar provinciano e introspectivo dos problemas.<sup>272</sup>

Não que o transconstitucionalismo seja capaz de promover a unidade. Aliás, não é sua pretensão construir uma unidade capaz de enfrentar todo problema. A essência do transconstitucionalismo é justamente não admitir soluções intocáveis, pois a questão é dialogar para encontrar no outro o ponto de conexão e identidade. Trata-se de estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem no contexto da sociedade atual.<sup>273</sup>

Tendo em vista a preciosidade dos esclarecimentos, abaixo segue, nas palavras de Marcelo Neves, a proposta central do transconstitucionalismo ante os problemas de direitos fundamentais e dos direitos humanos entre ordens jurídicas distintas:

---

<sup>270</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, pp. 116-117.

<sup>271</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva. *Direito Constitucional, Tomo I*. Coimbra: Rei dos Livros, 2011, p. 107.

<sup>272</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 122.

<sup>273</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 122.

“As diversas ordens, naturalmente vão invocar, primariamente, os seus modelos de construção de critérios e programas para a resolução de casos. Sem dúvida, em princípio, a tendência é o surgimento de colisões. O problema reside exatamente na incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas. Daí por que a busca de "pontes de transição" é fundamental. Evidentemente, essas "pontes", como modelos de entrelaçamentos que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não são construídas de maneira permanente e estática no âmbito único do transconstitucionalismo. O processamento dos casos vai exigir uma postura indutiva de construções e reconstruções de estruturas de acoplamento no plano das novas operações do sistema. A dinâmica relacional entre estrutura (critérios normativos) e operações (atos jurídicos) para aprendizados recíprocos é intensamente circular no contexto do transconstitucionalismo da sociedade mundial do presente. A cada novo caso inesperado, as estruturas reflexivas das respectivas ordens precisam rearticular-se consistentemente para possibilitar uma solução complexamente adequada à sociedade, sem atuar minando, bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas antes contribuindo para estimulá-la a estar disposta ao intercâmbio em futuros "encontros" para enfrentamento de casos comuns”<sup>274</sup>.

A proposta do transconstitucionalismo é buscar o consenso. Todavia, trata-se de um consenso que nem sempre será alcançado, haja vista a natureza própria do conflito entre visões distintas sobre problemas comuns de direitos fundamentais e de direitos humanos. Não obstante, propõe o transconstitucionalismo a construção de “pontes de transições” entre uma e outra visão, entre uma e outra solução apresentada pelos distintos ordenamentos jurídicos. Não é pretensão criar mecanismos de soluções estanques. Pelo contrário, a busca é justamente preservar a complexidade própria dos sistemas jurídicos interconectados, entrelaçados, interligados pelas pontes de transições.<sup>275</sup>

Ocorre que o sucesso das conversações transconstitucionais pressupõe a superação da visão provinciana das ordens jurídicas envolvidas. Se não houver abertura e

---

<sup>274</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, pp. 128-129.

<sup>275</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, pp. 139-140.

disposição para o aprendizado em ambos os lados, certamente a construção de consensos acerca dos direitos fundamentais estará prejudicada. Mas o transconstitucionalismo também nega que o direito internacional público seja a *ultima ratio*, i. é., a última solução para os problemas comuns da humanidade. O transconstitucionalismo aposta numa via de mão dupla, na ponte de transição que viabiliza o fluxo de entrada e saída e de influências recíprocas entre as ordens entrelaçadas.<sup>276</sup>

Mas o transconstitucionalismo, como assevera Marcelo Neves, tem seus próprios questionamentos:

“Como a conversação transconstitucional pode possibilitar que haja um mínimo de equilíbrio entre consistência *jurídica* (interna) e adequação *jurídica* (externa) das decisões de uma corte na cadeia de validação própria de cada uma das respectivas ordens? Como se pode reduzir o impacto negativo por força da externalização de efeitos insuportáveis de uma interpretação para outros tribunais envolvidos?”<sup>277</sup>

Para o citado autor:

“(…) essas questões exigem uma nova metodologia do transconstitucionalismo, que não se orienta positivamente na noção ilusória de uma otimização com base em argumentos, mas sim na postura de uma alteridade que procure minimizar os danos que os discursos tendem a fazer aos outros que com eles colidem.”<sup>278</sup>

Por exemplo:

“(…) o discurso jurídico da jurisprudência do TJCE tem de estar pronto para uma flexibilidade permanente em face das ordens nacionais, sobretudo para tolerar concepções constitucionais diversas de direitos fundamentais na incorporação do direito supranacional no âmbito interno. A recíproca também é verdadeira: “conversação” transconstitucional exige a renúncia do narcisismo por parte dos tribunais e conselhos constitucionais ou das cortes com função de natureza constitucional. O “diálogo” transconstitucional, exige a capacidade de pôr-se na posição do outro. E isso é fundamental para

---

<sup>276</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 151.

<sup>277</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, pp. 165-166.

<sup>278</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, pp. 165-166.

a manutenção e o desenvolvimento do transconstitucionalismo europeu entre ordem jurídica supranacional e ordens jurídicas estatais.”<sup>279</sup>

O método do transconstitucionalismo não se esgota na identidade de determinada ordem jurídica. A “dupla contingência” é o ponto de partida. Ou seja, um problema de direitos fundamentais solucionado pela ordem jurídica brasileira não pode descartar uma solução dada ao mesmo problema pela ordem jurídica portuguesa. À medida que os juízes brasileiros reconheçam as alternativas portuguesas para os mesmos problemas de direitos fundamentais, e vice-versa, a confiança entre as duas ordens jurídicas tende a se fortalecer, tendo em vista o reconhecimento recíproco das limitações próprias de cada um dos ordenamentos.<sup>280</sup> Nesse sentido, para o transconstitucionalismo é fundamental e indispensável a ideia de reconstrução permanente da identidade constitucional por força de uma consideração permanente da alteridade. Ou seja, só um modelo de alteridade será capaz de processar o paradoxo da colisão entre direitos fundamentais na arena global.<sup>281</sup>

#### 4.4 O Diálogo Judicial

A par do que acima se viu acerca da interconstitucionalidade e do transconstitucionalismo, uma conclusão comum se pode lançar sobre essa nova realidade: a imperiosa necessidade de diálogo, articulação e interação entre ordens jurídicas autônomas, especialmente no que tange às questões de direitos fundamentais. Na nova ordem global, caracterizada pela autonomia e interdependência dos sistemas jurídicos, a relativização das soluções é consequência. Como afirma Loureiro, a globalização proporcionou que os Estados Nacionais reconhecessem a importância das redes normativas, das soluções coordenadas e do esforço de harmonização dos ordenamentos jurídicos sobrepostos.<sup>282</sup> A construção de consensos mínimos acerca dos problemas de direitos fundamentais mundo afora demanda, nos dias atuais, muito mais que imposição de poder. Pressupõe diálogo entre os variados ramos de poder, em que todos possam ser ouvidos e compreendidos.

---

<sup>279</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, pp. 165-166.

<sup>280</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 270. “Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o *ponto cego*, o *outro pode ver*.” NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, pp. 297-298.

<sup>281</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 274.

<sup>282</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Coimbra: Coimbra, 2010, p. 291.

A propósito, a marca das sociedades complexas da atualidade não é mais que o relativismo, pois toda resposta absoluta e inflexível acaba por traduzir a imposição da força e do autoritarismo. Nesse sentido, cada um desses sistemas autônomos regula, segundo seu ponto de vista, as relações com todos os outros sistemas.<sup>283</sup> A disputa pelos direitos fundamentais na novíssima arena global supõe um constitucionalismo sem fronteiras que, apesar de resguardar a identidade nacional, em matéria de direitos fundamentais, vai além dos paradigmas internos. Esse novo constitucionalismo não pretende aniquilar a decisão nacional; ao contrário, amplia sua visão por meio da diversidade e da complexidade do mundo atual, de modo a sempre ter uma resposta aos problemas e conflitos compartilhados pelos variados sistemas jurídicos autônomos<sup>284</sup>.

Contudo, se por um lado a autonomia dos sistemas jurídicos autônomos permite a produção de direito de um ponto de vista particular, inerente às suas peculiaridades, de outro, é a interligação entre sistemas autônomos que permite que cada ordenamento jurídico vá buscar no outro aquilo que lhe falta. É também a interligação entre os sistemas autônomos que possibilita um modelo de alteridade, no qual a abertura significa a incompletude de cada ordem jurídica autônoma, como também a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais que orientam a tomada de decisão.<sup>285</sup>

Nesse sentido, no mundo globalizado de hoje, com a troca quase que instantânea de informações entre as extremidades do globo, o diálogo jurisprudencial entre os diversos organismos judiciais do mundo tem crescido exponencialmente. Com efeito, o acesso livre ao manancial de informações, oficiais e extraoficiais disponíveis na rede mundial de computadores, tem proporcionado aos juízes nacionais consultarem decisões tomadas por seus homólogos estrangeiros, a fim de encontrarem a melhor solução possível para o caso que estejam a julgar.<sup>286</sup>

O diálogo judicial dos juízes, no contexto da mundialização da justiça, para além de um intercâmbio cultural, representa também um salto da modernidade, posto servir a jurisprudência estrangeira como um «manancial de ideais», todas elas voltadas à solução

---

<sup>283</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, p. 173.

<sup>284</sup> KUO, Ming-Sung. *Discovering Sovereignty in Dialogue: Is Judicial Dialogue the Answer to Constitutional Conflict in the Pluralist Legal Landscape?* Legal Studies Research Paper, 2013.

<sup>285</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático...*, p. 281. Ver também: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 274.

<sup>286</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes...*, p. 25.

lógica e racional de problemas comuns compartilhados pelos diversos sistemas jurídicos autônomos.<sup>287</sup>

Mas não se está a tratar de um fenômeno recente. O direito comparado é um exemplo de como as ordens jurídicas sempre se interligaram. Ocorre que, com os avanços tecnológicos e da globalização econômica, as fronteiras foram rompidas e as distâncias reduzidas. Hoje é perfeitamente possível um juiz brasileiro consultar uma jurisprudência alemã, sobre temas semelhantes ou distintos, quase que simultaneamente às sessões de julgamento. Estudantes de Lisboa, Coimbra ou Salamanca têm acesso livre ao manancial legislativo, doutrinário e jurisprudencial da ordem jurídica brasileira.<sup>288</sup>

Mas o sucesso dessa prática intercambiária de jurisprudências depende, para o seu sucesso, do grau de confiança estabelecido entre os vários ordenamentos jurídicos. Daí a necessidade do reconhecimento mútuo, ou seja, de que as ordens jurídicas autônomas estejam abertas à troca de conhecimentos, experiências, alternativas e soluções.<sup>289</sup> Em linhas gerais, o diálogo judicial tratado tem por finalidade construir consensos mínimos e interpretações justas em matéria de direitos fundamentais.<sup>290</sup> Parafraseando Amartya Sen, um diálogo judicial que pretenda ser o mais amplo possível precisa se atentar para os “olhares da humanidade.”<sup>291</sup>

Mas se de um lado o diálogo jurisprudencial entre os sistemas de justiça proporciona soluções lógicas e razoáveis para problemas comuns, nomeadamente no que tange aos direitos fundamentais em sentido amplo; por outro não se pode deixar de lembrar que também se trata de um fenômeno que em certa medida provoca concorrência entre os sistemas. Como escrito alhures, a arena global não é apenas a arena do diálogo, mas também do embate e do jogo de poder.<sup>292</sup> Todavia, essa competição não se empenha na defesa exclusiva dos interesses econômicos e políticos de uma nação. Trata-se também de promover uma cultura jurídica mais alinhada aos valores universais, aos direitos fundamentais na arena global.<sup>293</sup>

---

<sup>287</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes...*, p. 24.

<sup>288</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes...*, p. 19.

<sup>289</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes...*, p. 27.

<sup>290</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Formação de Magistrados ou Formação de Juristas? Uma carta para Bolonha*. Scientia Iuridica, Tomo LIII, n. 298, 2004: 7-30, p. 25.

<sup>291</sup> SEN, Amartya. *A Ideia...*, p. 191.

<sup>292</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes...*, p. 43.

<sup>293</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes...*, p. 59.

Segundo propõe Otero, “a identidade axiológica da Constituição vai-se fazendo e nunca se encontra definitivamente feita”, pois a arquitetura do “sistema de valores identificativos da Constituição está sempre aberta a futuros e melhores conhecimentos e à própria mutabilidade histórica”<sup>294</sup>. Ou seja, a partir do intercâmbio jurisprudencial como prática informal de construção de um direito que se projeta no horizonte da arena global, vai-se construindo em paralelo uma “prática informal interpretativa e aplicativa que conduz a uma «Constituição não oficial»”, subversiva do texto oficial.<sup>295</sup> Enquanto que a “constituição mundial” é marcada pela heterogeneidade e não estadualidade dos seus valores e princípios, no quadro das constituições nacionais é possível recortar “constituições parciais”, a exemplo dos direitos à saúde, trabalho, educação etc., as quais, a partir do diálogo jurisprudencial vão se entrelaçando à primeira num processo evolutivo.<sup>296</sup>

No direito em rede, marcado que é pela hierarquia plana dos instrumentos jurídicos e políticos, a autoridade advém de um “comércio transfronteiriço entre juízes iguais”, que, ao optarem pela “horizontalidade do intercâmbio”, jogam por terra o paradigma da hierarquia piramidal.<sup>297</sup> Ao participar de diálogo que se propaga mundo afora, o juiz do tribunal nacional, supranacional ou internacional procura articular bem o seu discurso decisório, atribuindo-lhe maior racionalidade. Essa prática contribui para a construção de decisões pautadas em consensos mínimos ou valores universais. O direito à saúde, ao aborto, à execução penal, às drogas, ao casamento e à adoção de menores por casais homoafetivos, estes e uma gama de outros problemas são apenas alguns exemplos de questões cuja solução demanda ponderação e diálogo entre os sistemas jurídicos autônomos. Não obstante as particularidades de cada ordenamento, não há como negar a prática que visa atribuir maior coerência às decisões judiciais em temas controvertidos de direitos fundamentais em sentido amplo<sup>298</sup>.

Tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos são orientados pelos mesmos princípios.<sup>299</sup> Sendo assim, o intercâmbio jurisprudencial mundo afora postula construir um novo paradigma que busque a harmonização entre os direitos fundamentais e

---

<sup>294</sup> OTERO, Paulo. *Direito...*, p. 22.

<sup>295</sup> OTERO, Paulo. *Direito...*, p. 27.

<sup>296</sup> LOUREIRO, João Carlos. *É bom morar no azul. BFD*, 82, 2006: 181-212, p. 206.

<sup>297</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes...*, p. 72.

<sup>298</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes...*, p. 73.

<sup>299</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. *Perspectivas do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil*. In: Antonio José Avelã Nunes; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *O direito e o futuro. O futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 289-312.

os direitos humanos. Nesse sentido, um caminho atrativo a ser seguido pelos atores globais é o do diálogo como instrumento de produção do direito na sua «integridade», tal como preconizado por Ronald Dworkin.<sup>300</sup>

“(…) uma interpretação harmonizadora dos direitos fundamentais e dos direitos humanos contribui para a construção de uma comunidade de princípios no plano internacional, que aproveita tanto os avanços de cada comunidade nacional quanto os consensos que vão sendo construídos no plano internacional, dando concretude à ideia da dignidade humana”<sup>301</sup>.

Também no campo econômico e comercial é visível a evolução construtiva de um direito global norteado pela interconexão dos sistemas autônomos e pelo diálogo intercultural, de origem jurisprudencial.<sup>302</sup> Mas o recurso ao diálogo judicial não está imune a críticas. Há quem sugira, por exemplo, que subjacente ao diálogo judicial o que se constata é de fato um deslocamento do papel de tomada de decisão política por decisão judicial na condução das relações entre ordens jurídicas autônomas. Ou seja, o diálogo judicial não tanto sugere que a ideia de soberania desapareceu, em vez disso reflete a percepção popular de estar sendo transfigurado em soberania judicial, com as políticas constitucionais cada vez mais judicializadas, sendo este a chave para entender a popularidade da ideia de diálogo judicial<sup>303</sup>.

Outra crítica ao intercâmbio jurisprudencial se extrai das opiniões do juiz Antonin Scalia da Suprema Corte Americana, para quem os juízes não são oráculos nem têm autoridade para perseguir princípios abstratos de direito ou os avanços da justiça social em detrimento da literalidade da norma constitucional.<sup>304</sup> Ainda segundo as opiniões do citado magistrado, os juízes têm autoridade apenas para interpretar e aplicar a constituição tal como escrita, sem margens para decisionismo, pois assim se evita, também, que os juízes possam cometer interpretações equivocadas ou fundadas em suas preferências pessoais.<sup>305</sup> Ou seja, a defesa de Scalia de que a decisão judicial deve seguir a originalidade do texto

---

<sup>300</sup> DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 2012, pp. 183-184.

<sup>301</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. *Perspectivas...*, p. 312.

<sup>302</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes...*, p. 39.

<sup>303</sup> KUO, Ming-Sung. *Discovering...*, 2013.

<sup>304</sup> BUENO, Roberto Pinto. *Interpretação Constitucional: a polêmica entre o originalismo e não-originalismo*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 15. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/view/321>. Acesso em 13 de junho de 2014.

<sup>305</sup> BUENO, Roberto Pinto. *Interpretação Constitucional...*, p. 23.

constitucional é, sem dúvida, também uma crítica ao diálogo judicial, *i. é.*, ao intercâmbio de jurisprudência acima tratado.<sup>306</sup>

Por fim, têm-se ainda aqueles que refutam a ideia de diálogo jurisprudencial por acreditar tratar-se de um fenômeno muito aquém do que se propaga mundo afora. Para esses críticos, não se pode atribuir às análises comparativas encontradas nas decisões judiciais, de um ou de outro tribunal, que aí tenha ocorrido verdadeiro diálogo ou intercâmbio de experiências jurisprudenciais. Para esses críticos, o diálogo é inclusivo, e para que efetivamente ocorra é preciso haver envolvimento mútuo, o que não se tem verificado em grande medida.<sup>307</sup> Essa realidade se deve a uma série de razões, dentre as quais se destaca o fator de predominância de algumas nações ou atores globais sobre os demais. Ou seja, nem todos os sujeitos da arena global estariam dispostos a se envolverem num diálogo jurisprudencial, e a ideia de intercâmbio serve mais de instrumento de dominação que propriamente de concretização dos direitos fundamentais à escala planetária.<sup>308</sup>

Não obstante as razões críticas ao diálogo judicial entre juízes mundo afora, um dado da atualidade não pode ser ignorado, qual seja, a existência de uma nova arena de conflitos que transbordam as margens do nacional. Como bem salienta Slaughter, vive-se atualmente a realidade de uma genuína comunidade de tribunais fortemente marcada pela autoconsciência dos juízes nacionais e internacionais a respeito da função que exercem. E é por conta dessa consciência que eles têm interagido e fortalecido esse fenômeno transfronteiriço. O intercâmbio entre magistrados e tribunais mundo afora é consequência da globalização e também um recurso colocado à disposição dos Estados na consecução de seus objetivos fundamentais.<sup>309</sup>

O argumento de que o diálogo judicial esteja transfigurando o conceito de soberania política em soberania judicial é reduzir o fenômeno à clássica divisão de poderes, como se apenas o legislativo e o executivo tivessem atribuições políticas no Estado democrático. Como escreve Castanheira Neves, o direito é o caminho obrigado da

---

<sup>306</sup> PETER DA SILVA, Christine Oliveira. *Transjusfundamentalidade: Diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. Universidade de Brasília, 2013, p. 95. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013\\_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf). Acesso 13 de setembro de 2014..

<sup>307</sup> LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. *The limits of global judicial dialogue*. Washington Law Review Association, 2011: 523-577, p. 530.

<sup>308</sup> LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. *The limits...*, p. 534.

<sup>309</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts*. Harvard International Law Journal, Vol. 44, 2003: 193-220, p. 192.

política, mas também a continuação da política, contudo por outros meios.<sup>310</sup> Ademais, ao continuar o trabalho do legislador, o Judiciário é quem debruça sobre os métodos interpretativos, os quais até o presente conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado único, exclusivo e imune de falhas.<sup>311</sup> Nesse particular, “o juiz como órgão político tem uma responsabilidade que não é neste ponto distinta da do legislador”, razão por que, na complexidade do mundo atual, o “jurista político é condição necessária de existência e continuidade da política em contínua mutação social”.<sup>312</sup>

“... certamente que a golpes de jurisprudência não se chega a fazer uma revolução, não se consegue uma transformação radical da sociedade, mas isso não exclui a potencialidade da prática jurídica e judicial para assegurar progressivamente espaços de poder a certos sectores e a certos interesses em desvantagem pela relação global de forças existentes numa determinada formação social.”<sup>313</sup>

Portanto, reduzir a crítica ao diálogo jurisprudencial transfronteiriço à disputa por campos de poder ou divisão de poderes entre o Legislativo, Executivo e Judiciário é o mesmo que fechar os olhos à função política exercida pelo Judiciário. Não há transfiguração de soberania política em judicial, mesmo porque o judicial não deixa de ser a extensão ou *longa manus* da política. É também por intermédio das decisões judiciais nacionais que a política interna dialoga e se defende na arena global. Quando um magistrado nacional busca elementos hermenêuticos na jurisprudência estrangeira para decidir casos concretos, fá-lo como recurso à construção de consensos mínimos sobre problemas de direitos fundamentais, ou como instrumento de consolidação desses direitos, amplamente defendidos mundo afora. Não é com a despolitização do direito que se resolvem os problemas de direitos fundamentais, mormente quando considerada a figura do juiz político, *v. g.*, aquele que contribui no aprimoramento do direito posto mediante aplicação e adequação da norma jurídica às novas realidades.<sup>314</sup> Esse é o Judiciário que se preocupa com as consequências da decisão judicial a ser proferida e que, portanto, assume

---

<sup>310</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 393.

<sup>311</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., p. 392.

<sup>312</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., p. 395.

<sup>313</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., p. 404.

<sup>314</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., p. 410. Ver também: PETER DA SILVA, Christine Oliveira. *Transjusfundamentalidade...*, p. 97.

a responsabilidade e o compromisso pela busca de soluções a partir do intercâmbio de experiências com outros magistrados no âmbito da arena global.<sup>315</sup>

#### 4.5 Conclusões parciais

Superados os tópicos antecedentes, finalmente chega-se à conclusão do capítulo, local dos mais apropriados para reunir os resultados parciais obtidos ao longo da investigação. Dessa forma, sem descartar as várias conclusões apresentadas ao longo do capítulo, abaixo seguem aquelas entendidas como de maior relevância para o trabalho em sua integralidade:

a) Se no plano nacional compete à Constituição agir como instrumento de estabilização dos diversos interesses da nação; no plano supranacional e internacional são os Tratados que têm pretendido servir à comunidade de nações como instrumento de estabilização. Nessa quadra, a questão que muito tem se debatido na atualidade é a da constitucionalização dos Tratados;

b) Outra questão bastante discutida na doutrina contemporânea diz respeito ao modo como e de que forma estabilizar os interesses nacional, supranacional e internacional numa perspectiva global. Ou seja, como viabilizar a coexistência pacífica, harmoniosa e articulada da Constituição e dos Tratados;

c) Duas teorias se destacam no enfrentamento dessas questões. A primeira delas é a da «interconstitucionalidade», originariamente tratada por Francisco Pires, mas que ao longo dos anos tem sido aprimorada por juristas do mais alto escalão das ciências jurídico-sociais. A segunda é a teoria do «transconstitucionalismo», encabeçada pelo constitucionalista brasileiro Marcelo Neves;

d) O problema central da teoria da interconstitucionalidade é o da «articulação» entre a Constituição e os Tratados, ou seja, entre a identidade e valores constitucionais do Estado-nação e o avanço de um poder que se afirma e declara direitos, garantias e deveres, porém com legitimidade diversa, vale dizer, heterogênea;

d.1) Pela interconstitucionalidade as Constituições Nacionais tendem a se converter em relevantes instrumentos de hermenêutica que procura articular o reconhecimento de identidades nacionais com a formação de uma identidade

---

<sup>315</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes...*, p. 84.

cultural no plano supranacional e internacional. A interconstitucionalidade não neutraliza as Constituições Nacionais; pelo contrário, vai buscar nelas a força que qualifica a rede de interconstitucionalidade;

e) O objetivo central do transconstitucionalismo é criar os meios pelos quais as ordens jurídicas autônomas se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia;

e.1) O transconstitucionalismo adverte para a necessidade de superação do modelo provinciano estatal de solução dos problemas constitucionais. Contudo, nega também que o direito internacional público seja a *ultima ratio*, i. é., a última solução para os problemas comuns da humanidade. Noutras palavras, o transconstitucionalismo aposta numa via de mão dupla, na ponte de transição que viabiliza o fluxo de entrada e saída e de influências recíprocas entre as ordens entrelaçadas;

f) Reduzir a crítica ao diálogo jurisprudencial transfronteiriço à disputa por campos de poder ou divisão de poderes entre o Legislativo, Executivo e Judiciário é o mesmo que fechar os olhos à função política exercida pelo Judiciário. Não há transfiguração de soberania política em judicial, mesmo porque o judicial não deixa de ser a extensão ou *longa manus* da política. É também por intermédio das decisões judiciais nacionais que a política interna dialoga e se defende na arena global. Esse é o Judiciário que se preocupa com as consequências da decisão judicial a ser proferida e que, portanto, assume a responsabilidade e o compromisso pela busca de soluções a partir do intercâmbio de experiências com outros magistrados no âmbito da arena global.

## CAPÍTULO V

### 5. O LIVRO DA MAGISTRATURA E OS DESAFIOS NA ARENA GLOBAL

#### 5.1 A Expansão Global do Poder Judiciário

A realidade contemporânea leva a um novo quadro fático. A globalização econômica e o progresso tecnológico revolucionaram as relações sociais e institucionais. As fronteiras foram rompidas, e o fluxo de pessoas, bens e capitais é quem direcionam em grande medida a tomada de decisões em diversos setores da sociedade hodierna. Do ponto de vista da regulação social, vive-se numa época extremamente complexa.<sup>316</sup> Se antes o pluralismo se apresentava como solução para os problemas comuns da humanidade, nos dias atuais tem se transformado em grande problema que reclama novos desafios.<sup>317</sup>

Na nova arena global, novos atores surgiram. Associações, confederações, nações, principados, agências e organismos internacionais, tribunais, empresas multinacionais, transnacionais etc., todos interagem uns com os outros na defesa dos seus interesses. Uma guerra silenciosa por reconhecimento e dominação se expande. Nesse contexto, a construção de consensos mínimos acerca dos direitos fundamentais tem sido o grande desafio da humanidade.<sup>318</sup> E aos Estados Nacionais já não é creditada, com exclusividade, a responsabilidade pelo fracasso ou sucesso da promessa de direitos fundamentais. Não obstante a primazia dos Estados na luta por esses direitos, dúvidas já não pairam de que já não dispõem do monopólio.<sup>319</sup>

Como afirma Cassese, diante dos inúmeros problemas gerados pelo fenômeno da globalização, sem dúvida o de maior relevância e preocupação circunscreve ao aparente estado de anarquia do universo jurídico global.<sup>320</sup> Para o citado autor, isso se deve à fragmentação e assimetria das ordens jurídicas autônomas, razão por que só a cooperação e

---

<sup>316</sup> ARNAUD, André-Jean. *De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques*. Droit et Société, nº 35, 1997: 11-35, p. 11.

<sup>317</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Uma teoria da "interconstitucionalidade"*. Themis, n. 2, 2000: 127-151, p. 141.

<sup>318</sup> SEN, Amartya. *A Ideia...*, p. 514.

<sup>319</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Diversidade, solidariedade e segurança*. Revista da Ordem dos Advogados, n. 62, 2002: 829-842, p. 832.

<sup>320</sup> CASSESE, Sabino. *El espacio jurídico global*. Revista de Administración Pública, nº 157, 2002: 1950-2002, pp. 13-14.

o reconhecimento mútuos são capazes de minimizar seus efeitos negativos.<sup>321</sup> Cassese também fala de uma grande variedade de estatutos jurídicos e de árbitros, o que novamente remete à perda de monopólio do Estado sobre o direito, e, nesse particular, chama atenção para a emergência dos novos conflitos envolvendo atores e problemas que não podem ser ordenados apenas no âmbito das constelações nacionais, o que, em tese, poder-se-ia afirmar ser também uma das causas da perda de monopólio dos Estados Nacionais, nomeadamente em questões afetas aos direitos fundamentais da humanidade.<sup>322</sup>

Nesse mesmo sentido, Ulrich Bech, com sua teoria do risco, também adverte quanto à incapacidade de os Estados Nacionais, de forma isolada e autonomamente, evitarem e redistribuírem os perigos e as ameaças geradas pelas sociedades industriais.<sup>323</sup> Daí porque a dogmática constitucional pós-moderna, ou das constelações pós-nacionais tenham de levar a sério não só a diversidade do mundo atual, como também a necessidade de se integrarem numa ampla rede de normatividade; de onde se possam construir soluções para os problemas comuns circunscritos à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais correlatos.<sup>324</sup>

Por sua vez, na obra intitulada *The Idea of Justice*, Amartya Sen defende a concepção de uma teoria de justiça centrada na compreensão das interações sociais. Ou seja, uma teoria fundada em ordenações parciais baseadas na intersecção (área de comunhão) de distintas graduações imparciais por diferentes razões de justiça, e capaz, todas elas, de resistir ao escrutínio da argumentação pública.<sup>325</sup> Em outras palavras, a justiça, para avançar, necessita recorrer à pública argumentação, na qual se envolverão argumentos de diferentes setores, costumes, culturas, povos, nações, Estados etc. Segundo Sen, praticar a justiça em termos globais pressupõe contemplar os “olhares da humanidade”.<sup>326</sup>

Assim, é neste quadro de pluralidade e complexidade que surgem as teorias da interconstitucionalidade e do transconstitucionalismo, amplamente discutidas no capítulo quarto deste trabalho. A primeira mais preocupada em responder aos novos problemas

---

<sup>321</sup> CASSESE, Sabino. *El espacio...*, p. 16.

<sup>322</sup> COSTA, Sérgio. *As ciências sociais e a constelação pós-moderna: Habermas, Beck e os estudos pós-coloniais*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 59, fev., 2001: 65-91, p. 68.

<sup>323</sup> COSTA, Sérgio. *As ciências sociais...*, p. 77.

<sup>324</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Constitutionalism, diversity and subsidiarity in a postsecular age*. BFD, Nº 83, 2007: pP. 501-513, 513.

<sup>325</sup> SEN, Amartya. *A Ideia...*, p. 516.

<sup>326</sup> SEN, Amartya. *A Ideia...*, p. 514.

oriundos da globalização, especialmente quanto à perda de centralidade dos Estados nacionais.<sup>327</sup> E a segunda mais voltada a explicar e justificar a necessidade de se construir um racional diálogo entre ordens jurídicas autônomas.<sup>328</sup>

No contexto da «internormatividade», a reconstrução de uma nova socialidade, perpassa pelo reposicionamento do Estado no contexto das relações globais. E essa re colocação pressupõe também uma nova realidade, qual seja, a de uma rede de regulação, de uma «rede jusnormativa» devidamente ajustada para o diálogo global, *i. é.*, de um diálogo que reconhece no outro a identidade que aproxima: a comunhão de problemas comuns.<sup>329</sup> É nesse contexto que se desmorona o monopólio estatal sobre o direito. O novo diálogo da arena global pressupõe uma relação mais de articulação e coordenação e menos de hierarquia.<sup>330</sup>

De outro modo, na perspectiva do «transconstitucionalismo», para que a sociedade multicêntrica não se desintegre numa autodestruição, haja vista o permanente estado conflitual desta, é necessário desenvolver mecanismos que possibilitem um ambiente de aprendizagem e fluência recíproca. Em outras palavras, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de se construírem «pontes de transição», assim como de se promoverem «conversações constitucionais»<sup>331</sup>. Ou seja, é o entrelaçamento constitucional entre as diversas ordens jurídicas estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais que viabiliza a construção e consolidação de um patrimônio comum entre as ordens jurídicas autônomas.<sup>332</sup>

Na esteira desse novo mundo que impressiona e desafia, também o Judiciário tem passado por relevantes transformações ao longo dos últimos anos. A mais significativa delas é sem dúvida sua ascensão aos mais variados setores da sociedade contemporânea.<sup>333</sup> De índole essencialmente prudencial, a experiência jurisdicional ocupa lugar de destaque na nova cena global. Como afirma Castanheira Neves, “numa perspectiva lógica e histórica, o juiz antecede o legislador enquanto a sociedade antecede o juiz”.<sup>334</sup>

---

<sup>327</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 1.430.

<sup>328</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 295.

<sup>329</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos...*, p. 267..

<sup>330</sup> SILVA, Suzana Tavares. *Direitos Fundamentais...*, p. 133.

<sup>331</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 297.

<sup>332</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 35.

<sup>333</sup> BACELAR, Roberto Portugal. *Juiz servidor, gestor e mediador*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2013, p. 9.

<sup>334</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta, vol. 2...*, p. 29.

Com efeito, ante as transformações do último século e os novos paradigmas jurídicos da arena global, sem dúvida tem sido o Judiciário um dos atores de maior relevo em questões atinentes aos direitos fundamentais.<sup>335</sup> A intenção deste capítulo é analisar o espaço ocupado pelo Judiciário na atualidade e, por consequência, verificar se se encontra em condições de responder às demandas da arena global, assim como sugerir inarredáveis reflexões acerca da sua legitimação democrática e capacidade de oferecer respostas aos velhos e novos problemas em matéria de direitos fundamentais.

## 5.2 O Protagonismo Judicial

Um primeiro aspecto relevante da expansão do Poder Judiciário é o seu protagonismo atual. O poder crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fenômenos da atualidade. Paralelo ao surgimento de novos atores na arena global, tal como demonstrado em linhas passadas, assiste-se hoje ao fenômeno da expansão do Poder Judiciário por todas as esferas de poder e da vida privada.

Em linhas gerais, o ativismo judicial e a judicialização da política são duas constatações de um mesmo fenômeno. Enquanto judicializar as questões políticas e sociais é demandar uma solução judicial para os problemas não resolvidos na esfera política, o ativismo se resume a um comportamento do juiz ou Tribunal de aceitar a incumbência e invocar para si a legitimidade e capacidade de apontar as soluções.<sup>336</sup>

“Ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional particular acerca da estrutura e do funcionamento da jurisdição constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos transcendentais dos limites ordinários do papel institucional do Poder Judiciário”.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenação editorial de GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2011: 1-32, p. 2.

<sup>336</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito Público, n. 6, jul/dez, 2011: 241-268, p. 243.

<sup>337</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *As dimensões...*, 250.

Mas não foi o Poder Judiciário que antecedeu aos demais poderes, Executivo e Legislativo, no afã de se tornar o protagonista da contemporaneidade. Ao contrário, esse protagonismo só se tornou possível a partir da inflação legislativa, que, aliás, não foi mais que o resultado de uma economia de mercado, fundada nos valores do capitalismo liberal e econômico, que a todo custo postulou e postula um mínimo de estabilidade das relações sociais e econômicas, dando espaço à avalanche de regras e ordenamentos jurídicos. Acresce-se, a esse dado, o avanço da litigiosidade fundada numa rede de regulação jurídica da política e da economia, o que atesta um aumento do “consumo” do direito não apenas pelos cidadãos, como também pelos entes públicos e privados, nacionais, transnacionais, supranacionais e internacionais.<sup>338</sup>

Nas palavras de Conceição Gomes, “os tribunais judiciais, como instituições privilegiadas de resolução de conflitos e de tutela de direitos, são instrumentos centrais de qualidade da democracia”<sup>339</sup>. Segundo a citada autora, “a vertiginosa aceleração da expansão jurídica não é conjuntural, antes se relacionando com a própria dinâmica das sociedades democráticas”<sup>340</sup>. Portanto, imperioso realçar a importância do labor judicial, que não se pode limitar à superficial e mecânica aplicação de códigos e leis.

Para Garapon, “o juiz é, doravante, considerado como o árbitro dos bons costumes e até mesmo da moralidade política”<sup>341</sup>.

“(…) enquanto, outrora, o juiz se limitava a sancionar os desvios, eis que agora se lhe solicita que exerça um verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis. Enquanto, antigamente, o conflito constituía uma ameaça de dissolução da relação social, hoje, transforma-se numa possibilidade de socialização. A jurisdição é, doravante, um modo normal de governo”<sup>342</sup>.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, assiste-se hoje ao “fenômeno da expansão global do Poder Judiciário”<sup>343</sup>, cujos traços marcantes podem ser enunciados a partir do

---

<sup>338</sup> HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial*. Revista Julgar, n. 2, 2007: 11-29, p. 19.

<sup>339</sup> GOMES, Conceição. *Os atrasos da justiça*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos (FFMS), 2011, p. 108.

<sup>340</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 22.

<sup>341</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 20.

<sup>342</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 47.

<sup>343</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 10.

“crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito”<sup>344</sup>.

Para o citado autor:

“(…) este protagonismo dos tribunais em tempos mais recentes não se dirige necessariamente ao favorecimento de agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, assentando-se antes num entendimento mais amplo e mais profundo do controlo da legalidade, apostando, por vezes, na constitucionalização do direito ordinário como estratégia hermenêutica de um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos”<sup>345</sup>.

Não obstante a diversidade de sistemas judiciais mundo afora, dúvida não há quanto à íntima relação entre o protagonismo dos tribunais e o desmantelamento do Estado intervencionista<sup>346</sup>. Nas palavras de Boaventura:

“(…) por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercado e nos contratos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, é necessário um Judiciário eficaz, rápido e independente; por outro, a precarização dos direitos económicos e sociais passa a ser um motivo de procura do Judiciário. Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde etc.)”<sup>347</sup>.

Outro ponto anotado por Boaventura para explicar o fenómeno da expansão global do Judiciário é o facto de que as pessoas têm buscado compreender melhor seus direitos, o que, por consequência, as tem levado a procurar cada vez mais o Judiciário. Ou seja, o cidadão tem tido mais acesso ao Poder Judiciário, o que, todavia, não supõe que tenha tido acesso a uma justiça mais cidadã, mais célere e eficiente.<sup>348</sup>

---

<sup>344</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 10.

<sup>345</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 11.

<sup>346</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 13.

<sup>347</sup> Alguns exemplos citados pelo autor: “A Suécia, provavelmente detentora do melhor sistema de Estado de bem-estar da Europa, tem baixíssima litigação judicial; a Holanda é, também, um dos países com uma das mais baixas taxas de litigação da Europa. O que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação. No caso do Brasil, a redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos. Sem surpresa, os instrumentos jurídicos que estavam presentes no período autoritário, como a ação popular e a ação civil pública, passam a ser largamente utilizados só depois de 1988”. SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 13-14.

<sup>348</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 15.

Por sua vez, ao analisar o fenômeno da expansão do Poder Judiciário, Paulo Rangel aponta para um dado indubitável que é a “impotência de actuação individual dos Estados” ante os novos desafios da arena global.<sup>349</sup> Para o citado autor, “o símbolo mais visível, mais palpável e mais apreensível da erosão do Estado como forma ou modo de integração política encontra-se no processo de «desterritorialização»”<sup>350</sup>.

“A desterritorialização do poder corresponde a um processo de desmaterialização do Estado. Não é possível pensar o poder estatal ou um poder análogo sem uma vinculação territorial. A evolução tecnológica e as possibilidades de mobilidade que lhe andam associadas alteraram radicalmente as condições de manifestações e de exercício do poder político e, designadamente, do poder político estadual. Desligaram-no definitivamente do comutador territorial: o espaço deixou de ser a base fundamental das relações políticas”<sup>351</sup>.

O resultado primeiro da desterritorialização foi sem dúvida o surgimento de novos atores. Ou seja, a intensidade do processo de globalização econômica, aliada ao progresso tecnológico, fez com que novos atores tomassem forma e espaço na arena global.<sup>352</sup> O velho paradigma de Estado soberano, fortemente fechado em seu território fadigou. O Estado já não detém mais o monopólio da legitimidade e autoridade política.<sup>353</sup>

Nesse contexto, tem-se uma sociedade política totalmente transformada, cujo processo decisório já não mais se encontra em lugar certo; não é mais o Estado que detém o monopólio do processo decisório sobre aquilo que direta ou indiretamente lhe interessa. Para Paulo Rangel, “esta alteração debilita os instrumentos de democracia processual – especialmente se entendidos num sentido restrito, ligado à expressão da preferência política através do sufrágio”<sup>354</sup>. Segundo argumenta o citado autor, “a fragilidade das instituições estaduais e a necessidade de estas transigirem e cooperarem com as novas

---

<sup>349</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado. Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia*. Alfragide: Dom Quixote, 2009, p. 12.

<sup>350</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 12.

<sup>351</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 12.

<sup>352</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 13.

<sup>353</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio...*, p. 117.

<sup>354</sup> Cf. Esta diversidade, diferenciação e heterogeneidade político-constitucional corresponde ao advento de novas formas de organização e agregação política das comunidade humanas. Para quem cultiva o espírito liberal e democrático, o grande desafio será sempre o de intuir o modo de fazer sobreviver a democracia e o constitucionalismo ao estertor das formas estaduais. Fonte: RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, pp. 14-15.

entidades políticas reforçam o imperativo de arbitragem institucional e política da conflitualidade social”<sup>355</sup>. Ou seja, “agora trata-se muito mais de arbitrar do que dirigir ou planificar; de conciliar as pretensões sócio-políticas de diferentes polos de poder do que de impor uma ordem homogênea no espaço”<sup>356</sup>.

Desenhado esse quadro real que amedronta e fragiliza as estratégias de atuação isolada dos Estados<sup>357</sup>, Paulo Rangel defende que só os tribunais, *v. g.*, o Poder Judiciário parece “apetrechado” a desenvolver a função político-constitucional de resguardar um conteúdo mínimo de direitos fundamentais.<sup>358</sup> Nesse sentido, escreve o citado autor:

“(…) neste trapézio oscilante entre democracia de direitos<sup>359</sup> e democracia de processos<sup>360</sup>, os tribunais foram sempre uma parte da democracia de direitos, corrigindo, em maior ou menor medida, o legislativo e o executivo. E, conseqüentemente, corrigindo a dimensão de vontade majoritária que a operacionalidade legislativa e executiva carreavam. Neste sentido, os tribunais afiguram-se, invariavelmente e *a priori*, como uma instituição liberal, por isso que a sua força era claramente a de garantir a prevalência da esfera de direitos, mesmo contra a afirmação majoritária<sup>361</sup>”.

Essa posição defendida por Rangel muito se assemelha ao ponto de partida de Amartya Sen na construção de uma ideia de justiça. Na sua obra, Sen fornece dois conceitos de justiça. Para tanto, baseia-se na jurisprudência indiana. O primeiro conceito se

---

<sup>355</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 15. Também neste sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Pores salva-jes...*, p. 107.

<sup>356</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 34.

<sup>357</sup> CATROGA, Fernando. *Ensaio Republicano*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 136.

<sup>358</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 15.

<sup>359</sup> A concepção substantiva ou material de democracia: “A democracia vem a ser uma sistema em que há valores de ser preservados para lá das maiorias contingentes (...). O que está em causa é a garantia substancial de certos valores e, designadamente, dos direitos individuais (...). Porque aí o processo democrático é o processo decisório institucional que trata todos os cidadãos, enquanto pessoas, com igual ou idêntico respeito ou preocupação (...). A regra da maioria não é maior do que um procedimento ou mecanismo útil nas *day-to-day political decisions*, mas que não pode impor-se aos valores materiais da Constituição. RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 25.

<sup>360</sup> A concepção processual ou deliberativa de democracia: “Aponta para a ideia de que democracia, mais do que um conjunto de valores “pré-definidos”, vem a ser um método, um processo, um procedimento (...). Filia-se na velha *volonté generale* de Rousseau como abstração absolutizante da vontade da maioria e que tem raízes fundas e largas tanto no jacobinismo revolucionário como na teoria americana antifederalista... são as maiorias – através dos seus representantes -, e não um grupo supostamente “iluminado” de juízes interpretes, que tem de decidir de que modo querem responder às questões valorativas que se lhes colocam (...). Enfim, os juízes não podem substituir os cidadãos na solução dos conflitos morais ou axiológicos essenciais (...). RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 26.

<sup>361</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, pp. 29-30.

caracteriza por um arranjo institucional, de regras procedimentais e de comportamento criadas para regular a sociedade. Em hipótese alguma essas regras devem ser desconsideradas, ainda que se esteja a praticar um ato de injustiça aos olhos da humanidade. É a justiça segundo *niti*. O segundo conceito, fundado nos princípios de *nyaya*, parte de uma perspectiva de justiça preocupada com o que efetivamente acontece no seio da sociedade. Para além do arranjo institucional e de regras procedimentais e de comportamento, a justiça segundo *nyaya* se preocupa se efetivamente esse arranjo normativo tem cumprido sua finalidade.<sup>362</sup>

Com efeito, pensar o Poder Judiciário na perspectiva defendida por Rangel é sem dúvida atribuir-lhe a opção desenhada por Sen, ou seja, a de se limitar aos arranjos institucionais disponíveis, ou, do contrário, de tomar consciência de sua função política e social na luta pelos direitos fundamentais.<sup>363</sup>

Mas a constatação de Paulo Rangel não se limita a sustentar ser o Judiciário a instituição liberal mais apta a lidar com essa nova realidade da arena global, vale dizer, desse mundo de transformações políticas, econômicas e sociais. Para o citado autor, a “tomada de consciência dessa nova centralidade dos tribunais” nos obriga a repensar o Judiciário.<sup>364</sup>

“É que, no quadro de um regime poliárquico, em que as velhas estruturas perderam capacidade de resposta e direcção, em que há crises de representação e de mediação, exige-se também aos tribunais legitimação democrática e responsabilidade democrática. Tanto mais que, em último termo, mas, muitas vezes, em primeiro termo, são os tribunais quem cria o Direito, quem faz as opções sociopolíticas, quem dita os padrões de comportamento do futuro”<sup>365</sup>.

Nesse contexto, questão outra que se coloca é a de saber se o Judiciário está, de fato, habilitado para essa missão; se está em condição de se edificar como controlador eficaz não apenas das disputas políticas, mas também de outras disputas ideológicas no seio de uma sociedade cada vez mais complexa. Como escreve Cappelletti, de saber se o Judiciário está ou não em condições de transitar e dialogar com o “gigantismo” das

---

<sup>362</sup> SEN, Amartya. *A Ideia...*, p. 19.

<sup>363</sup> SEN, Amartya. *A Ideia...*, p. 59.

<sup>364</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 50.

<sup>365</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 37.

“formações econômicas e sociais”, com o “Big Business”, o “Big Labor”, a “Big Organization”<sup>366</sup>.

Se no passado o Poder Judiciário foi bastante estável e discreto, quanto ao futuro não se pode dizer o mesmo.<sup>367</sup> Além disso, se de um lado se admite a necessidade de o Poder Judiciário assumir o papel central de árbitro e conciliador das demandas políticas, sociais e econômicas não solvidas na esfera tradicional de poder, a política; de outro lado não se deve aceitar “acriticamente” essa tendência.<sup>368</sup> Como adverte Urbano, é preciso refletir sobre os limites dessa expansão do Poder Judiciário<sup>369</sup>, pois, se os juízes não podem ser “vistos como meros aplicadores passivos da lei, a verdade é que eles não podem, de igual modo, comprometer ou mesmo tolher a liberdade de conformação do legislador ordinário”<sup>370</sup>. Em suma, não é crível depositar apenas no Judiciário a solução de todos os problemas enfrentados pela pós-modernidade.<sup>371</sup>

Não obstante a relevância desse novo papel atribuído ao Poder Judiciário, encontrar o limite de atuação, o ponto de equilíbrio entre autonomia do direito e a sensibilidade jurídica às exigências do cotidiano é o grande desafio da justiça. O direito e a decisão judicial não podem estar alheios às exigências políticas, sociais e econômicas.<sup>372</sup> Mas também não podem fugir à coerência e à prudência necessárias ao escrutínio público.<sup>373</sup> Vale dizer, uma atuação do Poder Judiciário que pretenda excluir as combinações ultrajantes, ainda que institucionalizadas, terá de ser aberta ao escrutínio público, às considerações de outros povos e Estados.

Em suma, não será necessário repensar a legitimidade democrática do Judiciário, para oferecer soluções aos velhos e novos problemas não resolvidos pelas outras esferas de poder público e privado? O Judiciário estará capacitado a enfrentar os desafios dos novos paradigmas? Ou seja, o Judiciário estará em condições de se reposicionar na arena global do direito em rede, da internormatividade, do transconstitucionalismo, cujos comandos

---

<sup>366</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 60.

<sup>367</sup> DIAS, João Paulo. *O mundo dos magistrados: a avaliação profissional e a disciplina*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 60, Outubro, 2001: 87-119, p. 88.

<sup>368</sup> URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 99.

<sup>369</sup> URBANO, Maria Benedita. *Interpretação conforme a constituição e activismismo judicial*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, VII, 2010: 411-418, p. 418.

<sup>370</sup> URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça...*, p. 69.

<sup>371</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: *O Controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenação editorial de GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2011: 125-150, p. 150.

<sup>372</sup> SIMIONI, Rafael. *Decisão jurídica e autonomia do direito*. BFD, 87, 2011: 641-667, p. 649.

<sup>373</sup> SEN, Amartya. *A idéia...*, p. 191.

originam-se de um sistema de regras invisíveis, fundadas em larga medida no princípio da maximização dos lucros, da autorregulação do mercado e da estabilização das inclinações humanas?<sup>374</sup> Num roteiro em que o Judiciário é alçado ao papel protagonista, em que intercâmbio e diálogo judicial se intensificam mundo afora, estará o Poder Judiciário em condições de resguardar e fazer cumprir as promessas de dignidade e liberdade? O Poder Judiciário estará apto a observar os limites necessários à manutenção e preservação da ordem vigente, de modo a tanto avançar quanto se conter diante dos problemas políticos, sociais e econômicos postos sob sua análise? A pretensão é a de enfrentar, nas linhas seguintes, estas e outras questões.

### 5.3 A Redemocratização do Poder Judiciário

Para se construir um novo Poder Judiciário, que tenha condições de responder «positivamente» aos questionamentos anteriormente tratados, primeiramente é preciso redemocratizá-lo. Ou seja, repensar o Poder Judiciário é antes de tudo repensar sua legitimidade democrática. Mas não é só. É preciso também compreender que numa “sociedade de múltiplas legitimidades, já nenhum agente, público ou não, pode pretender encarnar sozinho o interesse geral”<sup>375</sup>.

Redemocratizar o Judiciário é também ter ciência de que sua legitimidade democrática coexiste com outras legitimidades, pública ou privada, pois no contexto da sociedade complexa não é dado ao Judiciário arvorar-se sozinho da razão pública. Mesmo porque, se assim fosse permitido, comprometido estaria o núcleo essencial do princípio da separação de poderes, que visa coibir o exercício pleno e irrestrito de poderes por um único órgão ou função estatal<sup>376</sup>.

Com efeito, o Judiciário, como árbitro dos conflitos, exerce sua função em concorrência com outros sujeitos, que, a propósito, nos dias de hoje, não se restringe ao Executivo ou Legislativo. Nesse sentido, podem-se citar alguns exemplos, como os tribunais arbitrais, a justiça desportiva, as associações sindicais, os tribunais de direitos humanos, os organismos internacionais etc.<sup>377</sup>

---

<sup>374</sup> SUPIOT, Alain. *Homo...*, p. 89.

<sup>375</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 247.

<sup>376</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 559.

<sup>377</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 561.

Na nova realidade do direito em rede, da sociedade de tribunais, da internormatividade e do transconstitucionalismo, o Judiciário é só mais um sujeito, cujo distintivo supõe deter legitimidade e capacidade de dizer o direito a partir de uma ordem jurídica cada vez mais complexa<sup>378</sup>. Portanto, uma vez esclarecido esse ponto, de que a legitimidade de dizer o direito não é um monopólio dos juízes, porque de há muito também não é do Estado, passa-se então à questão específica da redemocratização do Poder Judiciário.

A intensificação do processo de globalização, o progresso tecnológico, o surgimento de novos atores globais, o agravamento das questões climáticas, as epidemias transcontinentais, o maior fluxo migratório etc., tudo isso tem contribuído para uma realidade mais complexa; para um mundo onde a «trilogia revolucionária francesa» da «liberdade, igualdade e fraternidade» tem cedido espaço a uma nova trilogia: a da «diversidade, solidariedade e segurança»<sup>379</sup>.

Assim, neste mundo de coisas novas, redemocratizar o Poder Judiciário não é mais pensá-lo como antes; sob o pálio de um Judiciário que se limita a aplicar a lei num processo de cunho matemático; de subsunção do fato à norma<sup>380</sup>. Conforme afirma Paulo Rangel, “o problema da sua legitimidade resolve-se e dissolve-se na democraticidade das opções legislativas que, em cada caso, ele é chamado a aplicar e dinamizar”<sup>381</sup>.

“O juiz, porque se restringe a aplicar as prescrições do legislador, é lógica e necessariamente irresponsável. Se alguém tem de responder perante a comunidade política, em primeira linha e última instancia, esse alguém só pode ser o legislador. Atualmente, no entanto, de todos os lados se reconhece que a decisão judicial não é mais – se é que alguma vez foi – uma decisão estritamente vinculada à lei, que se limita e restringe a reproduzir, em cada espécie, as injunções do poder legislativo”<sup>382</sup>.

---

<sup>378</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 155.

<sup>379</sup> RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...*, p. 277.

<sup>380</sup> SEN, Amartya. *A idéia...*, p. 59.

<sup>381</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar o Poder Judiciário*. Porto: Universidade Católica, 2001, p. 15/15.

<sup>382</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, pp. 15-16.

O direito é um conceito interpretativo e, como tal, seu conteúdo vai além do que diz a lei.<sup>383</sup> Logo, sua aplicação há muito deixou de lado o modelo montesquívino da «boca que pronuncia as palavras da lei»<sup>384</sup>.

“(…) se o juiz não se limita a aplicar leis aos concretos casos decididos, podendo (devendo) aplicar outras fontes de direito, a lei será já esteio frágil para resolver o problema da sua legitimidade. Mas mais do que isso, se lhe é atribuído o poder de controlar a validade constitucional das leis aplicáveis, então não será decerto na lei que o juiz encontrará título suficiente para assegurar a respectiva legitimidade. Com efeito, ocorre perguntar e terá sempre de perguntar-se: como poderá o juiz assentar a sua legitimidade na lei, se ele próprio é o controlo jurisdicional das leis, já não será o juiz que estará submetido à lei: será a lei que estará sujeita ao juiz”<sup>385</sup>.

No mesmo sentido são também as lições de Boaventura de Sousa Santos, segundo o qual, “efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais”<sup>386</sup>. Ou seja, ao juiz não é permitido se esquivar “de trás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma «neutra»”<sup>387</sup>.

Diante dessa prévia de que a legitimidade democrática do Judiciário não se assenta com exclusividade na lei, Paulo Rangel nos contempla com uma segunda constatação, cuja eloquência é mais resultado da naturalidade da afirmação que propriamente do conteúdo encarnado:

“Não temos dúvidas de que o bom funcionamento do sistema – o funcionamento eficaz e eficiente – constitui um elemento imprescindível da sua legitimação social e mesmo do reconhecimento do poder nele exercitado como um poder fundamentado”<sup>388</sup>.

---

383 DWORCKIN, Ronald. *El Imperio...*, p. 287.

384 RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 39.

385 RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 41.

386 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes...*, pp. 32-33.

387 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes...*, pp. 32-33.

388 RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 13.

Ou seja, se a democraticidade do Judiciário não assenta com exclusividade na lei, dúvidas não pairam de que será também na sociedade que o Judiciário terá de buscar uma tal «legitimidade social»<sup>389</sup>. Daí porque, quanto maior o grau de eficiência e capacidade para resolver litígios, maior será o nível de satisfação dos cidadãos com o Judiciário. Portanto, quando se fala em construir uma legitimidade social, não se está a defender que o Judiciário seja guiado pela opinião pública. Pelo contrário, é o Judiciário que deve guiar a opinião pública, v. g., construir os canais de comunicação e de confiança entre o cidadão e a justiça, entre esta e a sociedade. É o Judiciário que deve criar mecanismos de prestação jurisdicional eficiente e apta a responder aos desafios do milênio. E é nesse ponto que se insere com pertinência a «criatividade» do Judiciário na solução dos velhos e novos problemas de uma sociedade multicêntrica.<sup>390</sup>

Com efeito, o Poder Judiciário é de fato detentor de uma parcela do poder político; aquele mesmo poder exercido pelos demais poderes estatais: o Executivo e o Legislativo. O exercício de um poder que decorre, *prima facie*, da Constituição; da opção constitucional por um regime democrático de direito em que cada qual dos poderes exerce suas funções autonomamente, porém num regime de interdependência.<sup>391</sup>

Ainda que os integrantes do Poder Judiciário não sejam eleitos pelo voto popular, como acontece, por exemplo, no Brasil e Portugal, só por este argumento não se pode contestar a legitimidade democrática do Judiciário. Ninguém nega a relevância do voto popular nas democracias contemporâneas. Todavia, apenas o voto já não basta como instrumento de legitimidade democrática.<sup>392</sup> Para além da participação popular por meio do voto, o poder democrático também encontra sua legitimação na argumentação pública e, como tal, todo juízo de valor emitido pelo Poder Judiciário será tão legítimo, democraticamente, quanto mais resistir ao escrutínio público.<sup>393</sup>

Dessa forma, no quadro de uma sociedade democrática, aberta e internacionalizada, plural e complexa, dúvidas não há de que o Judiciário deve provar e articular sua relevância na construção de um quadro mínimo de direitos fundamentais na arena global, vale dizer, no âmbito das questões genuinamente nacionais ou que dizem

---

<sup>389</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2003, p. 36. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso em 11/8/2014.

<sup>390</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 172.

<sup>391</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 556.

<sup>392</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 294.

<sup>393</sup> SEN, Amartya. *A idéia...*, p. 431.

respeito a problemas de ordem global, a exemplo dos conflitos ambientais, étnicos, religiosos.<sup>394</sup> É dessa forma que o Poder Judiciário promoverá o seu resgate; o resgate do «abandono político» de que fala Rangel<sup>395</sup>.

### 5.3.1 *Entre o Convencional e o Novo*

No afã da missão que redemocratizará o Poder Judiciário, uma ideia primeira, defendida por Boaventura de Sousa Santos, deve ser retida. Ou seja, em relação ao Judiciário é possível identificar dois grandes campos no atual cenário global. O primeiro é o campo hegemônico, dos negócios, dos interesses econômicos, da livre circulação de riquezas etc., campo este que reclama um sistema Judiciário eficiente, rápido e que permita a previsibilidade dos negócios. Este primeiro campo em muito se assemelha à concepção de justiça segundo *niti*, tal como fala Amartya Sen, ou seja, de uma justiça de rituais e procedimentos.<sup>396</sup>

O segundo campo, também designado de contra-hegemônico, é o campo da tomada de consciência, da luta pelo direito, pela melhor distribuição de riquezas. Trata-se do campo que se preocupa com o que de fato acontece no seio da sociedade e que não se fecha no mundo dos ritos e procedimentos<sup>397</sup>. Semelhante ao conceito de justiça fundado em *nyaya*, de que tanto fala Amartya Sen, a justiça deve buscar a efetiva realização dos direitos, ainda que às vezes contra os ritos e procedimentos institucionalizados.<sup>398</sup>

“Quando conseguimos ver para além da fantasia, as promessas são, na verdade, problemas, e a questão que se impõe é: como resolvê-los quando algumas das soluções apresentadas (liberalismo, socialismo) fracassaram ou foram enfraquecidas? A resposta a esta pergunta admite pelo menos duas posições que se contrapõem. De um lado, podemos-nos reconciliar com a sociedade em que vivemos e celebrar o que existe meramente como existe. De outro lado, é possível submetê-la a uma crítica radical, transgredindo as fronteiras sociais, culturais, políticas, epistemológicas e teóricas de forma a cumprir o potencial emancipatória das promessas da modernidade. É com

---

<sup>394</sup> SIMIONI, Rafael. *Decisão jurídica...*, p. 656.

<sup>395</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 173.

<sup>396</sup> SEN, Amartya. *A idéia...*, p. 59.

<sup>397</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 20.

<sup>398</sup> SEN, Amartya. *A idéia...*, p. 59.

base nesta segunda posição que tenho defendido o repensar radical das concepções dominantes<sup>399</sup>.

Ou seja, com essas palavras Boaventura instiga a uma nova atitude teórica, prática e epistemológica, a qual denomina de «novo senso comum jurídico» fincado em três premissas. A primeira delas centra-se na crítica do monopólio estatal e científico do direito. Esta premissa aposta numa forte concepção do pluralismo jurídico e na dimensão política do direito.<sup>400</sup>

A segunda premissa se opõe ao movimento de despolitização do direito, razão pela qual entende ser função dos tribunais não apenas aquelas de natureza instrumental (solução de conflitos e controle social), como também de dimensão política e simbólica.<sup>401</sup> Com efeito, essa também é a posição defendida por Siminoni, segundo o qual “a decisão jurídica precisa resgatar os princípios morais e os valores éticos que foram afastados pelo positivismo jurídico, sem contudo regressar para um neojusnaturalismo”<sup>402</sup>. Em outras palavras, o direito e a decisão jurídica devem estar sensíveis às razões do mundo prático, das experiências humanas e sociais sobre as quais são articulados os valores éticos e morais da sociedade hodierna.<sup>403</sup>

No que tange à terceira premissa, a que tem designado de «legalidade cosmopolita», Boaventura sustenta-se na ideia de que o direito deve ser compreendido como princípio e instrumento universal de transformação social politicamente legitimado.<sup>404</sup> O direito cosmopolita, assim entendido, transcende as pretensões nacionais dos Estados e se estende a todos os membros da comunidade universal<sup>405</sup>.

Mas não é suficiente haver instrumentos jurídicos universais, cosmopolitas, se esses instrumentos não são utilizados, efetivamente, para minorar as desigualdades e violações de direitos fundamentais. Ou seja, entre assumir uma atitude hegemônica com fins não hegemônicos e uma atitude contra-hegemônica com fins hegemônicos, deve o Judiciário optar por este último. Por exemplo, o conflito entre o direito de propriedade e a função social da propriedade é uma mostra plausível da constatação de Boaventura, para

---

399 SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 8.

400 SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 6-7.

401 SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 6-7.

402 SIMIONI, Rafael. *Decisão jurídica...*, p. 657.

403 SIMIONI, Rafael. *Decisão jurídica...*, p. 659.

404 SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 6-7.

405 HELD, David. *La democracia y el orden global*. Buenos Aires: Paidós, 1997, p. 272.

quem o Judiciário, ao utilizar instrumentos hegemônicos como o direito de propriedade, deverá também manuseá-lo com fins hegemônicos, de modo que não apenas as classes dominantes sejam atendidas em seus interesses econômicos, mas também as classes menos favorecidas tenham resguardados seus interesses.<sup>406</sup>

Mas para isso ser possível, Boaventura propõe uma série de transformações no Judiciário, que, à semelhança dos ensinamentos de Paulo Rangel, tende a reforçar sua legitimidade democrática; ou, como defendido, a redemocratizar o Poder Judiciário.

“O sistema judicial está, hoje, colocado perante um dilema. Se não assumir sua quota-parte de responsabilidade, continuará a ser independente de um ponto de vista corporativo, mas será cada vez mais irrelevante tanto social como politicamente. Deixará de ter aliados na sociedade e isolar-se-á cada vez mais. Se, pelo contrário, assumir a sua quota de responsabilidade, politizar-se-á e, com isso, aumentará o nível de tensão e conflito, quer internamente, quer no relacionamento com outras instancias de poder. Verdadeiramente, a um sistema judicial democrático não resta outra alternativa senão a segunda. Tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras organizações e instituições da sociedade que possam ajudar a assumir sua relevância política”<sup>407</sup>.

Com efeito, a redemocratização da justiça passa por um estágio de escolha. É chegada a hora de fazer opções. Ou se escolhe o modelo judicial convencional, arraigado pela ideia de um Judiciário burocrático e limitado pela dogmática normativa; ou se avança no sentido de um Judiciário disposto a assumir a função político-constitucional de resguardar os direitos fundamentais a partir de uma postura arrojada e articulada com os novos paradigmas produzidos pela globalização.

Redemocratizar o Poder Judiciário é tomar a postura de um poder que articula, interage, dialoga e constrói pontes de conexão entre os opostos. Redemocratizar a justiça é assumir com responsabilidade a quota de responsabilidade pelo grau de incumprimento das declarações de direito.

---

<sup>406</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 22.

<sup>407</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p.25.

Todavia, Boaventura não nega, ao contrário, afirma que “uma revolução democrática da justiça será certamente uma tarefa extremamente requintada”<sup>408</sup>. Não se trata de simples arrumação de tarefas, códigos, competências, do direito substantivo e processual etc. A complexidade do mundo contemporâneo urge uma atitude enérgica por parte dos atores que estão à frente dos interesses dos cidadãos e do bem comum. Logo, assumir a quota-parte de responsabilidade por um Judiciário mais democrático requer, institucional e pessoalmente, forte dose de comprometimento e atitude.<sup>409</sup>

“(...) Eles (os Tribunais) devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”<sup>410</sup>.

A redemocratização da justiça passa necessariamente por uma virada epistemológica. O Judiciário é e continuará sendo por longo tempo a última instância dos cidadãos na busca dos direitos fundamentais. Destarte, para que se possa atender aos reclamos de uma sociedade progressivamente complexa, imperioso será assumir uma nova postura ante os desafios da arena global. Contudo, é bom que se advirta: a pretensão de legitimidade da ordem jurídica não só exige decisões que respeitem as conquistas do passado, mas também estejam racionalmente alicerçadas.

Ou seja, se de um lado se exige uma postura arrojada do Judiciário, de outro não é possível perder da mente a importância de se assegurar, simultaneamente, tanto a segurança jurídica quanto a coerência da ordem jurídica<sup>411</sup>. Daí porque, neste particular, relevante se mostra repensar as fontes do direito, especialmente a partir do que leciona Castanheira Neves. Para o citado autor, a concepção puramente estatista do direito cedeu lugar a uma nova concepção, seja pela restauração do jusnaturalismo, quanto pela ideia de

---

<sup>408</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 25.

<sup>409</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 24. Cf. Alias, para Dworkin o direito é, por último, uma atitude fraternal, uma expressão de como estamos unidos em comunidade apesar das diferenças inerentes à condição humana. DWORKIN, Ronald. *El Imperio...*, p. 290.

<sup>410</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Júzes...*, p. 47.

<sup>411</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madri: Trotta, 2008, p. 268. “Ou seja, os fundamentos da sentença devem emancipar-se das contingências do caso-problema a ser resolvido, julgado. O problema da racionalidade das decisões judiciais consiste em que a aplicação do direito no caso concreto deve fazer-se de forma internamente consistente e fundamentar-se externamente de modo racional, de modo a assegurar simultaneamente a segurança jurídica e a coerência da ordem jurídica”.

direitos inerentes à pessoa humana. A essa nova concepção do direito soma-se a teoria pluralista das fontes do direito, por meio da qual se evidencia uma diversidade normativa, pública e privada, nunca antes experimentada pela história das civilizações<sup>412</sup>.

Para além dessa constatação, Castanheira Neves também chama a atenção para o fato de que o problema das fontes do direito não pode ser pensado e resolvido apenas em termos formais. Isto é, não se pode pretender a realização do direito tão somente a partir de uma estrita aplicação legalista da norma. É preciso pensar também na “realização material de um compromisso axiológico, de que a própria legalidade não pode dispensar”<sup>413</sup>.

Como tratado acima, esse posicionamento se alinha à ideia de Boaventura de Souza Santos, para quem o direito deve ser compreendido como princípio e instrumento universal de transformação social politicamente legitimado.<sup>414</sup> Esse também é o discurso de Amartya Sen, para quem a realização da justiça pressupõe considerações de compreensão, reflexão e comparação dos problemas postos em discussão pública. Sem descartar a importância dos arranjos institucionais, Sen chama a atenção para a relevância de se enfrentarem os problemas sociais com empenho de encontrar a solução.<sup>415</sup>

Uma segunda reformulação acerca das fontes do direito, segundo lição de Castanheira Neves, refere-se ao reconhecimento da importância do direito jurisprudencial para a consecução dos valores insculpidos na normatividade<sup>416</sup>. Nesse ponto, o reconhecimento da jurisprudência como instrumento fonte de realização material dos direitos fundamentais é também um dado que se soma à legitimação de um Poder Judiciário mais alinhado aos direitos e valores fundamentais, mormente quando considerados os imprescindíveis aportes do diálogo jurisprudencial entre tribunais nacionais e supranacionais, nacionais e internacionais etc.

Por fim, uma terceira e última constatação de Castanheira Neves remete à ideia de um sistema jurídico em rede, aberto e em contínuo aprimoramento, amplamente regulado por uma normatividade “pluridimensional”<sup>417</sup>. Nessa perspectiva, fontes do direito são os

---

<sup>412</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., p. 47. Cf. “Portanto, sendo múltiplas as fontes do direito além do direito estatal, irrefutável se torna reconhecer a existência de inúmeros centros geradores de direito”.

<sup>413</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., p. 49.

<sup>414</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 6-7.

<sup>415</sup> SEN, Amartya. *A idéia...*, p. 67.

<sup>416</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., p. 52.

<sup>417</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., p. 52.

processos, atos ou modos de constituição e manifestação do direito vigente, enquanto que princípios normativo-jurídicos são fundamentos utilizados na constituição desse direito.<sup>418</sup>

Logo, não obstante a necessidade de o Judiciário assegurar por suas decisões a segurança e a coerência da ordem jurídica, dúvidas não pairam quanto à necessidade de ele assumir uma postura dialógica, de interconexão com outros olhares da humanidade, pois ao final tudo que se busca é precisamente salvaguardar os direitos fundamentais. Nesse sentido, relevante também se mostram os aportes doutrinários de Adam Smith, nomeadamente da imparcialidade aberta.<sup>419</sup>

Uma teoria da imparcialidade que esteja confinada entre as fronteiras de determinado Estado, povo, cultura etc., ainda que tenha relevância legal, de outro lado não terá a abrangência necessária à construção de uma ampla teoria de justiça. Isolar-se é o mesmo que se fechar à compreensão e reflexão acerca de conceitos primários que respeitem a todos os povos, culturas ou Estados.<sup>420</sup> Em suma, um Poder Judiciário que pretenda excluir as combinações ultrajantes, ainda que institucionalizadas, terá de se abrir ao escrutínio público, às considerações de outros povos e Estados. Repensar o Poder Judiciário é também idealizá-lo como instituição democrática atenta aos “olhares da humanidade.”<sup>421</sup>

### 5.3.2 *Entre o Burocrata e o Gestor de Conflitos*

Viu-se que a redemocratização do Poder Judiciário passa pela tomada de atitude; pelo comprometimento da instituição Poder Judiciário e de seus magistrados com um novo modelo de fazer justiça. Um modelo que renega o convencional e avança para se articular com os novos paradigmas do direito. Nesse contexto de transformações que reformulam o Judiciário para os desafios do milênio, outra viragem importante é proposta por Paulo Rangel ao nos instigar deixar para trás o modelo de «juiz-funcionário»<sup>422</sup>.

Segundo escreve o citado autor, é preciso dar um “golpe final na concepção do juiz-funcionário”, ou seja, “é tempo, com efeito, de os juizes serem definitivamente assumidos – e se assumirem... – como titulares de órgãos de soberania”. O modelo de juiz-

---

<sup>418</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., pp. 53-54.

<sup>419</sup> SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 1759. *Apud* SEN, Amartya. *A ideia...*, p. 185.

<sup>420</sup> SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 1759. *Apud* SEN, Amartya. *A ideia...*, p. 185.

<sup>421</sup> SEN, Amartya. *A ideia...*, p. 191.

<sup>422</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 175.

funcionário assenta “num imperativo de eficiência e racionalidade tipicamente administrativo”, razão por que a “codificação substantiva e processual” tem se mostrado a melhor representação desse juiz-funcionário. Pensando assim, no juiz-funcionário, tecnocrata da lei e de ritos processuais totalmente previsíveis, qual então será a razão da independência formal e institucional, se na prática nenhuma independência material, objetiva e funcional subsiste?<sup>423</sup>

Portanto, redemocratizar o Poder Judiciário é também conceber que o magistrado não é mero funcionário, ou peça integrante da engrenagem administrativa do Estado. Pelo contrário, o juiz é agente político e, como tal, tem também sua parcela de responsabilidade por uma justiça mais eficiente, eficaz e mais próxima da sociedade<sup>424</sup>. Assumir que o magistrado não é mero funcionário é também compreender que sua função de solucionar litígios demanda uma bagagem de conhecimentos que não se limita ao saber jurídico. Como titular dos órgãos de soberania, o magistrado é chamado a ser o árbitro dos conflitos individuais e sociais, razão por que também deve lhe ser exigida uma carga de experiência profissional que não se reduz aos quadros da magistratura.<sup>425</sup>

Abolir a figura do juiz-funcionário é também compreender que o direito é um fenômeno político, e, portanto, sua operação hermenêutica pressupõe tomada de decisões jurídicas de cunho político, mormente em questões envolvendo direitos fundamentais. É incoerente defender que o magistrado esteja insensível às relações sociais. O juiz como órgão de soberania, ao contrário do juiz funcionário, também tem responsabilidade pelo incumprimento dos direitos fundamentais inscritos em documentos históricos e contemporâneos<sup>426</sup>.

Como afirma Castanheira Neves, a sociedade pluralista de hoje, “o jurista político é condição necessária de existência e continuidade da sociedade política em contínua mutação”<sup>427</sup>. Não se trata de partidizar ideológica e politicamente a atuação da magistratura, muito menos de abandonar a objetividade na atuação jurídica. Ao defender a figura do juiz titular de soberania, detentor de parcela do poder político, o que se defende é

---

<sup>423</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 165.

<sup>424</sup> ZANETI JR., Hermes. *A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia*. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenação editorial de GRINOVER, Ada Pellegrini GRINOVER; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2011: 33-72, p. 59.

<sup>425</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 165.

<sup>426</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., pp. 393-395.

<sup>427</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., p. 398.

que seja abolido aquele juiz tecnocrata, insensível às aspirações sociais, às transformações históricas.

O juiz titular de soberania, para além dos instrumentos jurídicos positivados, buscará decidir a partir de um processo profundo de conhecimento acerca do sistema de valores consagrados normativamente na constituição. Como agente político, juiz titular de soberania é aquele que lapida a norma positivada, de modo a lhe atribuir o melhor valor possível. Se ao Poder Judiciário é permitido decidir acerca da validade ou invalidade jurídico-constitucional das leis, também a “intencionalidade jurídica” prevista pelo legislador passa a ser objeto de apreciação. Assim, enquanto que o juiz-funcionário se limita aos contornos próprios da legalidade, fundado que está numa “intencionalidade formal”, o juiz titular de soberania descerá aos fundamentos, que são os princípios e valores normativo-constitucionais para cancelar a “intencionalidade jurídica formal” insculpida na lei, como para efetivar, materialmente, a “intencionalidade jurídica” do legislador. Este é o juiz titular de soberania, i. é., o órgão político imprescindível à contínua mutação social e política das sociedades contemporâneas<sup>428</sup>.

Mas novamente se adverte que a redemocratização do Poder Judiciário não é tarefa fácil, e, por isso, demanda forte carga de responsabilidade pessoal e institucional dos envolvidos. Primeiro, dos magistrados que precisam assumir esse novo desafio de ir além do estado atual das coisas; segundo, da magistratura como instituição democrática destinada à consecução dos direitos fundamentais inscritos na rede global de direitos.<sup>429</sup> Assumir essa nova postura requer um compromisso ideológico orientado pela crítica radical à realidade social a que se assiste, de modo que, transitando entre as concepções kantianas e hegelianas, se possa encontrar o ponto de equilíbrio necessário à satisfação dos direitos fundamentais, sem utopia ou radicalismo<sup>430</sup>.

Em suma, o conteúdo político da aplicação do direito é inevitável e, na mesma medida, a própria justiça se constitui em uma das faces do poder político<sup>431</sup>. A inflação legislativa, o surgimento de novos atores na cena global, o direito em rede, a

---

<sup>428</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 3..., p. 170.

<sup>429</sup> BACELAR, Roberto Portugal. *Juiz servidor...*, p. 26.

<sup>430</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 3, Coimbra, 2010, p. 184.

<sup>431</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Atualidades Jurídicas da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 11, 2011. Disponível em: [http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf). Acesso em 23 de setembro de 2014, p. 23.

internormatividade e o transconstitucionalismo, as soluções e problemas típicos da globalização econômica, tudo isso tem acelerado as mudanças sociais e demandado do Poder Judiciário nova postura institucional. Nesse contexto, apenas o juiz titular de soberania poderá ser responsabilizado pelo incumprimento das promessas de direitos, pois a este é reconhecido parcela do poder político inerente à função de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

### ***5.3.3 Por uma Nova Concepção de Acesso ao Direito e à Justiça***

O direito fundamental de acesso ao direito e à justiça entrelaça-se com os direitos humanos na arena global. Não por acaso se encontra consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Convenção Europeia de Direitos Humanos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.<sup>432</sup> Segundo Pedroso, o conceito “acesso ao direito e à justiça” é aquele de maior amplitude e significado, posto compreender o conhecimento e consciência dos direitos, a facilitação do seu uso, a representação jurídica e judiciária por profissionais, a resolução judicial e não judicial de conflitos, a pluralidade de ordenamentos jurídicos e de meios de resolução de litígios.<sup>433</sup> Tendo em vista o recorte temático deste trabalho, tratar-se-á, nas linhas seguintes, do acesso ao direito e à justiça no que toca à responsabilidade do Poder Judiciário para com a efetividade desse direito fundamental.

Com efeito, redemocratizar o Poder Judiciário para os novos desafios da arena global é também conceber um novo modelo de acesso ao direito e ao próprio Judiciário.<sup>434</sup> Não adianta criar instrumentos jurídicos, códigos, convenções, tratados etc., se na essência o acesso a esses direitos e à justiça não for visto como um direito fundamental em si mesmo.<sup>435</sup> Com efeito, tanto a abertura dos tribunais às questões sociais (laboral, administrativa, segurança social etc.), quanto à judicialização da prática e do discurso

---

<sup>432</sup> Vide art. 10 da DUDH, art. 6º da CEDH e art. 25 da CIDH.

<sup>433</sup> PEDROSO, João Antonio Fernandes. *Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011, p. 5.

<sup>434</sup> HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *Considerações acerca...*, p. 16. Ver também: PEDROSO, João Antonio Fernandes. “A construção de uma justiça de proximidade.” *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol. 60, 2001: 33-60, p. 37.

<sup>435</sup> BEZERRA, Paulo. *O acesso aos direitos e à justiça*. BFD, nº 81, 2005: 775-796, p. 795. Ver também: SANTOS DIAS, João Paulo dos. *O Ministério Público e o acesso ao direito e à justiça*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012, p. 281.

político têm exigido do Poder Judiciário nova postura institucional, especialmente no que tange ao acesso ao direito e à justiça.<sup>436</sup>

Segundo propõe Boaventura de Sousa Santos, “admitindo que seja possível, uma revolução democrática da justiça, faz sentido que se tome como ponto de partida uma nova concepção do acesso ao direito e à justiça”<sup>437</sup>. Ocorre, porém, que a nova concepção de acesso à justiça propugnada pelo autor em muito se distancia do que estamos acostumados em termos de acesso à justiça. Essa nova concepção de acesso à justiça mudará a justiça a que se tem acesso. Para tanto, há de se promover uma série de transformações que vão desde “profundas transformações processuais” à construção de uma “cultura jurídica democrática e não corporativa”<sup>438</sup>.

A partir dessas premissas, Boaventura empreende a construção de um «retrato-robot» do magistrado português, ao qual contrapõe um novo perfil demandado nos tempos atuais. Segundo afirma o citado autor, essa análise do magistrado português não foge muito ao perfil do magistrado brasileiro.

“(…) domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideais: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos”<sup>439</sup>.

Essa cultura técnico-burocrática que demanda superação manifesta-se de múltiplas formas e pode-se resumi-la nos seguintes termos: a) na *prioridade do direito civil e penal*, donde se construiu a ideia de autonomia do direito. E aqui o problema maior é desprezo dos magistrados por outras áreas do conhecimento, a exemplo das ciências sociais, políticas e econômicas<sup>440</sup>; b) da *cultura generalista*, cravada na ideia de que só o magistrado tem competência para resolver litígios, razão por que todo litígio, por ínfimo que seja, acaba por desaguar nos tribunais; c) na *desresponsabilização sistêmica*, pela qual

---

<sup>436</sup> PUREZA, José Manuel. *Justiça e cidadania: para uma justiça mais democrática*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 54, 1999: 47-54, p. 50.

<sup>437</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 24.

<sup>438</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 24.

<sup>439</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 56-57.

<sup>440</sup> PEDROSO, João Antonio Fernandes. *Acesso ao Direito...*, p. 148. Neste ponto, Pedroso propõe a superação da dicotomia entre direitos civis e sociais.

se transfere a culpa dos maus resultados para fora do sistema judicial. E aqui reside uma questão comportamental, ou seja, a de saber se o magistrado estará disposto a assumir a sua quota-parte de responsabilidade pela solução dos conflitos individuais ou sociais que lhe são submetidos; d) dos *privilégios do poder*, que induz a mística de que os agentes políticos tenham de gozar de alguns privilégios junto da justiça, elevando-os a uma categoria superior à dos cidadãos comuns; e) do *refúgio burocrático*, ou seja, a uma gestão burocrática dos processos que prestigia o despacho à sentença, as decisões processuais às decisões de mérito; f) da *sociedade longe*, cuja manifestação é ser, em geral, competente para interpretar o direito, e incompetente a interpretar a realidade; g) da *independência como autossuficiência*, cuja característica é confundir independência com individualismo autossuficiente, ou seja, uma aversão enorme ao trabalho de equipe<sup>441</sup>.

A redemocratização do Poder Judiciário passa, inevitavelmente, pela adoção de um modelo distinto de magistratura.<sup>442</sup> Com efeito, reformular o conceito de acesso ao direito e à justiça é superar o «retrato-robot» da magistratura atual, desenhado por Boaventura, assim como deixar para trás o modelo de «juiz-funcionário», tal como propõe Paulo Rangel.<sup>443</sup> Repensar o conceito de acesso ao direito e à justiça, a partir de um Judiciário mais próximo do cidadão e dos movimentos sociais, é atribuir-lhe parcela de responsabilidade política na defesa da cidadania, da democracia e dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário é o principal agente de transformação e reformulação do conceito de acesso ao direito e à justiça, o que, por consequência, passa pelo abandono do modelo tradicional do juiz burocrata, insensível, alheio e distante da realidade sobre a qual é chamado a decidir.

Uma nova compreensão de acesso ao direito e à justiça tem de romper com as barreiras ao exercício da cidadania e à efetivação da democracia.<sup>444</sup> Para tanto, imperioso se mostra o Judiciário ao assumir sua quota-parte de responsabilidade pelo incumprimento das promessas de direitos fundamentais. Nesse mesmo sentido, também a linguagem utilizada pelo Judiciário deve ser repensada<sup>445</sup>, pois uma justiça de proximidade demanda

---

<sup>441</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 56-57.

<sup>442</sup> PEDROSO, João Antônio Fernandes. *A construção de uma...*, p. 37.

<sup>443</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 175. Quanto à concepção de juiz-funcionário, Rangel escreve que “o juiz-funcionário teria nascido na constituição inglesa, que Montesquieu bem conhecia e que é o berço do juiz-profissional”. RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 167.

<sup>444</sup> PEDROSO, João Antônio Fernandes. *A construção de uma...*, p. 38. Ver também: PEDROSO, João Antonio Fernandes. *Acesso ao Direito...*, p. 102.

<sup>445</sup> BACELAR, Roberto Portugal. *Juiz servidor...*, p. 46.

maior interação comunicativa. E a linguagem jurídica também cria obstáculos de acesso ao direito e à justiça. O diálogo capaz de expandir o acesso demanda assimilação recíproca, ou seja, o Judiciário precisa compreender e ser compreendido.<sup>446</sup>

Fundado nessas premissas, a nova concepção de acesso ao direito e à justiça pressupõe maior conhecimento, pelo Poder Judiciário, da realidade social, política e cultural da atualidade.<sup>447</sup> Quanto maior sua distância dessas três realidades, menor será sua capacidade de oferecer respostas às demandas que lhe são submetidas. Também o distanciamento dessas questões reduz sua legitimidade, respeito e autoridade para com os variados setores da sociedade.<sup>448</sup>

Não se está, com isso, querendo dizer que o Judiciário seja capaz de oferecer solução para todos os problemas da humanidade. Contudo, não é por essa constatação que se deve permanecer inerte, alheio à necessidade de se reencontrar na complexidade do mundo atual. Em suma, o acesso ao direito e à justiça será tanto mais efetivo quanto mais interativo for o Judiciário nas questões que lhe são submetidas. Para isso, deve-se abandonar o apego à concepção jurídica do mundo, de modo a reconhecer a importância de uma concepção social-histórica dos direitos fundamentais.<sup>449</sup> Um Judiciário, comprometido com a efetividade do acesso ao direito e à justiça, não só assiste ao espetáculo da vida real, como também protagoniza imprescindíveis alterações no roteiro da justiça.<sup>450</sup>

#### ***5.3.4 O desafio da celeridade e da eficiência***

Afirma-se em linhas passadas que o processo de redemocratização do Poder Judiciário não é tarefa fácil. Trata-se de um esforço hercúleo que demanda alta carga de comprometimento institucional e pessoal, v. g., da instituição Poder Judiciário e de seus magistrados. Nesse contexto, um dos grandes problemas do Judiciário, se não o maior, é a morosidade, os atrasos e as esperas intermináveis por uma decisão que ponha fim ao litígio. Um Poder Judiciário desburocratizado, atento e eficiente atenderá melhor às

---

<sup>446</sup> BRANCO, Patrícia. “O acesso ao direito e à justiça.” *Oficina do Centro de Estudos Sociais, (CES)*, 305, 2008: 1-18, p. 15.

<sup>447</sup> PEDROSO, João Antonio Fernandes. *Acesso ao Direito...*, p. 145.

<sup>448</sup> PEDROSO, João Antônio Fernandes. *A construção de uma...*, p. 39.

<sup>449</sup> WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 108.

<sup>450</sup> DUARTE, Madalena. *Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal*. Oficina do CES, nº 270 (Oficina do CES, nº 270), 2007: 1-16, p. 14.

expectativas da população, que, por sua vez, terá maior acesso aos instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais.

“A relevância do tema da morosidade dos tribunais está fortemente relacionada com o papel que, social e politicamente, lhes é atribuído na prevenção e resolução dos conflitos e, em geral, na tutela dos direitos e interesses dos cidadãos e das empresas”<sup>451</sup>.

Mas a morosidade da justiça não é algo novo; não é um problema da modernidade. Todavia, tem se agravado nas últimas décadas, nomeadamente como um dos efeitos colaterais da globalização econômica, da sociedade de massa, complexa e cada vez mais litigiosa. Para solucionar o problema da morosidade da justiça, diversas respostas já foram lançadas, v. g., dos meios alternativos de solução de litígios à informatização dos ritos processuais.<sup>452</sup>

Diversas alternativas frustraram as expectativas de seus idealizadores e, o pior, dos cidadãos que continuam a ter um Judiciário caro e ao mesmo tempo ineficiente e incapaz de dar respostas aos conflitos em tempo hábil. Nesse contexto, diante da “extensão dos impactos causados pela morosidade judicial, a celeridade salta logo à vista como medida mais adequada para avaliar o desempenho do sistema de justiça.”<sup>453</sup>

Todavia, na procura de soluções para o problema da morosidade, deve-se ter cautela. Isso porque nem sempre a celeridade com que se resolve um conflito judicial significa maior eficácia ou qualidade do serviço jurisdicional prestado. Nesse contexto, resolver o problema da morosidade pressupõe compreender os “tipos de morosidade” que “contaminam cada caso” e “o ideal de celeridade que se persegue”, de modo que assim seja possível eliminar os atrasos inúteis e desnecessários.<sup>454</sup>

Para Boaventura de Sousa Santos, os tipos de morosidade judicial são a «morosidade sistêmica» e a «morosidade ativa». A primeira está relacionada com a sobrecarga de trabalho, com o excesso de burocracia, inflação legislativa etc. Por outro lado, a morosidade ativa consiste na interposição, por parte dos envolvidos no processo, de obstáculos à solução final do litígio.<sup>455</sup>

---

<sup>451</sup> GOMES, Conceição. *Os atrasos...*, p. 15.

<sup>452</sup> GOMES, Conceição. *Os atrasos...*, p. 29.

<sup>453</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 26-27.

<sup>454</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 26-27.

<sup>455</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 30.

Redemocratizar o Poder Judiciário pressupõe resolver o problema da «morosidade sistêmica», que demanda reorganização não só do método de trabalho como também da distribuição de trabalho entre as instâncias judiciais.<sup>456</sup> Isso implica conhecer a si mesmo, ou seja, conhecer onde e por que os processos judiciais se acumulam sem solução final. O Judiciário precisa ter uma «radiografia» do acervo de processos que administra e julga. Precisa identificar os pontos críticos que contribuem para o atraso da prestação jurisdicional. Uma vez identificados esses pontos que sustentam a morosidade judicial, deve o Judiciário articular com os demais poderes, nomeadamente o Legislativo, por alterações legislativas que fulminem as causas da morosidade.<sup>457</sup>

Mas não basta identificar os gargalos da morosidade e promover as alterações legislativas pertinentes, é preciso também que o Judiciário monitore os resultados de modo que se possa aferir o potencial benéfico (ou maléfico) das alterações promovidas. Como bem adverte Boaventura, “com as reformas que incidem sobre a morosidade sistêmica podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã”<sup>458</sup>.

“Deve-se ter em mente que, nalguns casos, uma justiça rápida pode ser uma má justiça. E, portanto, não podemos transformar a justiça rápida num fim em si mesmo. Aliás, a justiça tende a ser tendencialmente rápida para aqueles que sabem que previsivelmente a interpretação do direito vai no sentido que favorece os seus interesses. Uma interpretação inovadora, contra a rotina, mas socialmente mais responsável, pode exigir um tempo adicional de estudo e de reflexão”<sup>459</sup>.

Ou seja, redemocratizar o Poder Judiciário não é somente superar o problema da morosidade, é também prestar uma jurisdição mais hábil e eficiente no trato dos problemas individuais e sociais que são submetidos ao seu poder decisório. Pensar numa justiça mais democrática e preparada para os desafios da arena global é antes de tudo pensar num Judiciário célere ao responder às demandas sociais, mas que também se comprometa com a

---

<sup>456</sup> FERREIRA, Antonio Casimiro; PEDROSO, João. *Os tempos da justiça: ensaio sobre a duração e morosidade processual*. Oficina do CES, n 99, 1997: 1-97, p. 5.

<sup>457</sup> FERREIRA, Antonio Casimiro, e João PEDROSO. *Os tempos...*, p. 5.

<sup>458</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 27.

<sup>459</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 27-28.

qualidade das respostas oferecidas, especialmente prevenindo as consequências nocivas da decisão judicial.

Ainda como proposta para solucionar o problema da morosidade sistêmica, Boaventura sugere a «desjudicialização» de alguns casos que atualmente são submetidos aos magistrados. Por exemplo, os tribunais estão «colonizados» pela cobrança de dívidas, na sua maioria relacionadas a contas de gás, telefone, cartão de crédito, financiamento de bens de consumo duráveis como veículos e utensílios domésticos, ou seja, causas sem nenhuma complexidade jurídica, mas que, pelo volume, acabam por reduzir o tempo que o Judiciário poderia dispensar às questões genuinamente de direitos fundamentais.<sup>460</sup>

O elevado volume dessa modalidade de conflito tem vindo a ocupar e sobrecarregar o Judiciário de tal maneira que responder às demandas dos cidadãos em ações de divórcio, herança, família, propriedade, indenizações etc. tem demorado cada vez mais<sup>461</sup>. É a justiça de rotina ou de massa uma das principais responsáveis pela demora do Judiciário em responder às demandas dramáticas. Ou seja, é a justiça de rotina que corresponde ao cotidiano do trabalho dos tribunais.<sup>462</sup> E a consequência desse fenômeno é a obstrução do sistema causada por ações judiciais que poderiam ser resolvidas extrajudicialmente, e que por assim não o serem, acabam prejudicando a qualidade e a celeridade da justiça num contexto geral.

Noutra vertente, no que toca à chamada «morosidade ativa», é aquela causada pelas partes envolvidas no processo judicial, ora pelo advogado que lança mão de todos os recursos e incidentes protelatórios possíveis, ora pelo magistrado que prefere despachar a decidir.<sup>463</sup> Nesse ponto, a questão se mostra mais complexa e demanda responsabilização dos envolvidos. Não se trata nesse ponto de responsabilização disciplinar atribuída pelos órgãos correcionais, tema a ser abordado adiante. Trata-se, com efeito, da responsabilização como tomada de consciência acerca dos papéis exercidos ao longo do processo judicial.

No que se refere ao Judiciário, e o mesmo vale para os demais envolvidos, assumir a quota-parte de responsabilidade pelo progresso da justiça é assumir que cada um dos sujeitos envolvidos no sistema judicial tem responsabilidade pelo resultado final da

---

<sup>460</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 28.

<sup>461</sup> FERREIRA, Antonio Casimiro; PEDROSO, João. *Os tempos...*, p. 5.

<sup>462</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 29.

<sup>463</sup> FERREIRA, Antonio Casimiro; PEDROSO, João. *Os tempos...*, p. 6.

prestação jurisdicional. Se o resultado final da prestação jurisdicional chega tarde, dúvidas não pairam de ser ele negativo, o que, por consequência, também fragiliza a legitimidade e autoridade da instituição Judiciária.<sup>464</sup>

A morosidade deprecia a função social e política do Poder Judiciário, razão por que deve ser combatida, nomeadamente pelo Judiciário.<sup>465</sup> Não que o Judiciário tenha de ser célere a ponto de priorizar a quantidade em detrimento da qualidade da jurisdição prestada aos cidadãos. Contudo, nada justifica intermináveis despachos quando o feito já se encontra pronto para sentença. Só uma atitude compromissada com o resultado eficaz e eficiente da justiça é capaz de mudar essa realidade. Daí porque, nesse ponto, a viragem de conduta dos magistrados, comprometida com o resultado célere, qualitativo e eficaz da demanda, é capaz de mitigar a perversidade dos atrasos na justiça.

Ademais, “é preciso reestruturar o Poder Judiciário de modo a adequá-lo às dinâmicas socioeconômicas e demográficas do território e ao movimento processual existente”<sup>466</sup>. Só uma completa reestruturação da organização e gestão interna dos tribunais será capaz de viabilizar uma justiça mais eficiente e capacitada para o diálogo com os demais atores globais. Se o Judiciário não se conscientizar da necessidade de apostar num projeto de gestão estratégica, voltada para maximização dos recursos materiais e humanos que tem disponível, continuará protagonista na cena global, contudo, impotente e incapacitado de responder, em tempo razoável, às expectativas que lhes são creditadas<sup>467</sup>.

Em suma, preparar o Judiciário para os desafios da arena global é repensá-lo como poder político; como agente de uma arena de conflitos a quem se credita a função constitucional de oferecer respostas aos conflitos individuais e sociais, locais, nacionais ou internacionais. Nessa missão, o Judiciário deve ser célere e dar um golpe definitivo na nódoa da morosidade. Redemocratizar o Judiciário é, portanto, resolver também o problema dos atrasos da justiça, sem, contudo, anular a qualidade das respostas oferecidas. Afinal, uma justiça rápida nem sempre será uma justiça democrática ou mesmo uma justiça compromissada com os ideais de dignidade e liberdade.

---

<sup>464</sup> GOMES, Conceição. Os atrasos..., p. 27.

<sup>465</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 30.

<sup>466</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 52-53.

<sup>467</sup> BACELAR, Roberto Portugal. *Juiz servidor...*, p. 22.

### 5.3.5 A reconstrução dos canais de comunicação com a sociedade

Tratou-se nas linhas volvidas sobre o protagonismo do Judiciário; da perda de capacidade dos demais poderes, Legislativo e Executivo, de atenderem às demandas dos cidadãos, o que, por consequência, provocou que o Judiciário passasse a lidar com questões que anteriormente não estavam na sua pauta. Ou seja, com a intensificação do processo de globalização econômica e a elevação dos níveis de desigualdade social, o Judiciário tem sido cada vez mais procurado para dar uma resposta aos problemas não resolvidos pelas demais esferas de poder. Para além de mero funcionário público, tecnocrata de leis e códigos, o magistrado dos dias atuais é agente político, investido de parcela de poder político, e, por isso, também se torna responsável pela concretização dos direitos fundamentais<sup>468</sup>.

Mas se de um lado cresce a demanda por respostas do Poder Judiciário, e por isso mesmo se faz nobre o papel que se espera do magistrado; de outro cresce também sua visibilidade na sociedade hodierna, assim como sua responsabilidade ética diante conflitos que lhe são submetidos<sup>469</sup>. Nesse contexto, a relação que se estabelece entre o Judiciário e a imprensa é um dos pontos nevrálgicos da redemocratização da justiça. Como escreve Boaventura, “o novo protagonismo Judiciário decorrente de uma judicialização dos conflitos políticos não pode deixar de traduzir-se na politização dos conflitos Judiciários”<sup>470</sup>. E como tudo, ou quase tudo na política é notícia de interesse público, também o Judiciário se torna protagonista da mídia jornalística.<sup>471</sup> E como adverte Canotilho, “a hipertrofia midiática da justiça coloca, muitas vezes, os próprios tribunais no banco dos réus”<sup>472</sup>.

Ocorre, porém, que “as disjunções entre a lógica da ação mediática e a lógica da ação judicial são conhecidas”<sup>473</sup>. Daí a relevância de se “construir uma relação mais virtuosa entre a justiça e a comunicação social”<sup>474</sup>.

---

<sup>468</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 3..., p. 184.

<sup>469</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 3..., p. 198.

<sup>470</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 81.

<sup>471</sup> GOMES, Conceição. *Os atrasos...*, p. 50.

<sup>472</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Formação de Magistrados...*, p. 9.

<sup>473</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 82.

<sup>474</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 83.

“É preciso desenvolver um programa de conhecimento recíproco, que permita impedir a perda de legitimidade, tanto dos tribunais como da comunicação social. A potencial conflitualidade e incomunicação entre os tribunais e a comunicação social têm raízes profundas. Assenta em práticas discursivas distintas e objetivos e culturas profissionais diferentes. É preciso partir do conhecimento destas diferenças para desenhar plataformas de cooperação entre tribunais e mídia. Numa sociedade infodemocrática, a administração da justiça será tanto mais legitimada pelos cidadãos quanto mais conhecida e reconhecida por eles. Os tribunais e a comunicação social são essenciais para o aprofundamento da democracia, pelo que é fundamental estabelecer formas de coabitação no mesmo espaço social. Tal aproximação poderá fomentar programas de cunho pedagógico, debates sobre temas jurídicos importantes para a sociedade e diálogos entre os órgãos da justiça e os vários atores sociais<sup>475</sup>.

Com efeito, redemocratizar o Judiciário para os desafios do milênio é construir uma nova relação com os meios de comunicação social. Trata-se de construir uma relação focada no conhecimento recíproco; no diálogo entre a lógica judicial e a lógica da imprensa. Renovada a relação Judiciário/imprensa, um contribuirá para o êxito do outro, ambos caminharão juntos no processo de redemocratização da justiça.<sup>476</sup>

Para tanto, urge que o Poder Judiciário busque se articular com os canais de comunicação social. Nessa missão, as escolas judiciais terão relevante papel, pois, por meio de cursos e seminários, magistrados e profissionais da imprensa poderão dialogar e compreender a lógica de atuação do outro.<sup>477</sup> Também as redes sociais devem ser utilizadas para tal fim. A sua utilização, para além de aproximar o Judiciário da sociedade, também reproduz a transparência e publicidade que se espera de um poder democraticamente constituído<sup>478</sup>.

Todavia, não basta interagir com a mídia uma imagem que na essência se distancia dos valores humanos. Se o Judiciário pretende assumir sua quota-parte de

---

<sup>475</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 83.

<sup>476</sup> SEN, Amartya. *A idéia...*, p. 441.

<sup>477</sup> BACELAR, Roberto Portugal. *Juiz servidor...*, p. 111.

<sup>478</sup> No Brasil, por exemplo, “as mídias e redes sociais se tornaram uma ferramenta eficiente de comunicação, garantindo informações diretas, rápidas e em primeira mão para os seguidores das redes”. Acesso à notícia em: <http://www.cnj.jus.br/sicjus/redes-sociais>.

responsabilidade numa sociedade cada vez mais complexa, cujas disputas da arena global colocam em xeque a eficácia dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário terá também de compreender a dimensão humanística dos direitos.<sup>479</sup>

“O imperativo de democratização das instituições jurídicas implica outro tipo de relacionamento, não só com os outros componentes do sistema judicial, como o legislativo e com o executivo, mas também com a sociedade em geral e com as suas organizações, nomeadamente com os grupos de cidadãos, movimentos sociais e entidades não governamentais dedicados a temas relacionados com sua área de atuação: direitos humanos, defesa da criança e do adolescente, da pessoa com deficiência, entre outros<sup>480</sup>”.

Para além de repensar sua relação com os meios de comunicação, o Judiciário deve repensar o modo que atualmente se relaciona com o cidadão<sup>481</sup>, e especialmente com os movimentos sociais.<sup>482</sup> Para Boaventura, “o potencial emancipatório de utilização do direito e da justiça só se confirma se os tribunais se virem como parte de uma coalizão política que leve a democracia a sério acima dos mercados e da concepção possessiva e individualista de direitos”<sup>483</sup>.

Do ponto de vista da democracia material, os tribunais e, por conseqüência, seus magistrados contribuiriam para o processo de redemocratização da justiça se “estabelecessem uma ligação entre as disputas individuais que avaliam e os conflitos estruturais que dividem a sociedade”. Entretanto, “a resposta habitual da justiça a esse tipo de conflito é trivializá-los e despolitizá-los através de procedimentos rotineiros que individualizam a disputa ou evitam-na, retardando a decisão”<sup>484</sup>. Com efeito, essa não é a resposta que se espera do magistrado titular de parcela do poder político e comprometido com a efetiva solução do litígio.

---

<sup>479</sup> Ou, como escreve Eduardo Vera-Cruz Pinto: “O Direito cuida primeiro e ante de tudo da pessoa humana, não do indivíduo ou do cidadão e muito menos do consumidor como sujeito integrado nisto ou naquilo”. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Curso livre de ética e filosofia do direito*. Cascais: Principia, 2010, p. 21.

<sup>480</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, pp. 47-48.

<sup>481</sup> “Uma tal concepção de dignidade da pessoa humana tem a maior importância na configuração do sentido do relacionamento entre o Estado e o indivíduo.” Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 59.

<sup>482</sup> PEDROSO, João Antônio Fernandes. *A construção de uma...*, pp. 38-39.

<sup>483</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 69.

<sup>484</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 69.

Ademais, nota-se, atualmente, uma grande insensibilidade por parte do Judiciário em relação aos movimentos sociais, nomeadamente a causa dos sem-terra, sem moradia, sem emprego, dos povos indígenas e outras minorias. Para essas causas, o positivismo jurídico bem operado será capaz de oferecer respostas rápidas, contudo não tanto comprometidas com a efetiva materialização dos direitos fundamentais. Uma decisão sensível aos problemas sociais sempre demandará tempo, estudo, conhecimento aprofundado dos liames do litígio. Daí por que nem sempre a rapidez da resposta atende ao postulado da eficiência da justiça; de uma justiça que pretende ser democrática e comprometida com os direitos fundamentais da humanidade.

Essa insensibilidade por parte dos magistrados em relação aos movimentos sociais tem sua ligação aos métodos de avaliação e promoção na carreira. Ou seja, na atualidade, tanto em Portugal quanto no Brasil, os magistrados são avaliados, sobretudo, pela quantidade de processos que sentenciam. Esse é um modelo que prestigia a quantidade em prejuízo da qualidade da justiça que se presta. Portanto, é preciso também repensar os critérios de promoção dos magistrados na carreira. Não se pode prestigiar um sistema numérico, fundado na quantidade de sentenças proferidas, na ânsia de metas a serem cumpridas. A arte de julgar já carrega uma carga natural de tensão, que, por sua vez, se agrava diante da cobrança superior por números, produtividade, números de audiências realizadas, processos julgados.

Ante a pressão por números e produtividade, o magistrado não tem tempo para pensar. Aliás, não há incentivo para que de fato pense, estude, investigue a doutrina, a jurisprudência, o diálogo que se estabelece na rede global de tribunais, para que então possa produzir decisões coerentes com o conjunto de princípios e valores fundamentais não só da ordem jurídica vigente, mas do conjunto de princípios e valores universalmente aceitos e comungados por outras nações.<sup>485</sup>

O magistrado precisa ser reconhecido pelo trabalho investigativo que realiza na busca da solução justa e sensível às questões sociais. Repensar o Poder Judiciário e redemocratizá-lo será também uma tarefa de sensibilização, isto é, de conscientização da instituição e de seus magistrados acerca da relevância de se compreenderem as causas dos problemas sociais. Uma justiça redemocratizada é uma justiça que se preocupa com as consequências da decisão final dada ao litígio. Uma justiça que busca celeridade e

---

<sup>485</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 69.

eficiência, mas que nem por isso despreza compreender, dialogar e melhor refletir sobre as alternativas previstas na ordem jurídica.

Em suma, renovar os canais de comunicação do Judiciário com a imprensa e com os movimentos sociais não é banalizar os vínculos de conexão, pelo contrário, trata-se de valorizar e reforçar o fluxo de conhecimentos recíprocos. Uma imprensa que conheça melhor a lógica judicial certamente confiará mais no Judiciário. E a recíproca é verdadeira. E, por fim, um Judiciário que busque compreender a lógica dos movimentos sociais, sem prejuízo ao princípio da imparcialidade, desses movimentos resgatará a confiança, atualmente fatigada em face da insensibilidade ora reinante. Redemocratizar o Poder Judiciário para defender os direitos fundamentais na arena global é contemplar a dimensão humanística dos direitos fundamentais,<sup>486</sup> tão esquecida em meio a ritos e procedimentos burocráticos.

### **5.3.6 A formação jurídica e capacitação contínua**

A formação jurídica dos profissionais do direito é outra questão fundamental a demandar reflexão. Não obstante ser um problema atribuído ao sistema de ensino superior,<sup>487</sup> não deve o Judiciário esquivar-se de emitir suas considerações.<sup>488</sup> Como defendido alhures, para além da função jurisdicional, o Judiciário também tem a seu cargo uma faceta de influência política, e, como tal, deve articular-se com os demais atores públicos, designadamente às universidades e conselhos profissionais, de modo a contribuir com a formulação de uma política de ensino jurídico mais alinhado aos novos desafios da arena global.

O paradigma de ensino jurídico nas universidades precisa enxergar a necessidade que o direito tem de transitar por outras áreas do conhecimento; que o direito não se esgota no postulado legal. É preciso deixar para trás a cultura dominante que faz do profissional do direito um burocrata legalista e incapaz de criticar a realidade a sua volta.<sup>489</sup> Diante dessa constatação, urge que o paradigma do ensino jurídico «técnico-burocrata» seja substituído pelo paradigma «técnico-democrático», em que a competência e a

---

<sup>486</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação...*, p. 68.

<sup>487</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Curso livre ...*, pp. 12 e 79.

<sup>488</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Formação de Magistrados...*, p. 10.

<sup>489</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Curso livre...*, p. 12. No mesmo sentido: SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 54.

independência da magistratura estejam ao serviço da cidadania e do conjunto de valores inerentes à dignidade humana, o que, todavia, demandará grande esforço de todos os envolvidos, especialmente do Poder Judiciário, que é quem, em última instância, qualifica e atualiza a ordem jurídico-política das sociedades contemporâneas.<sup>490</sup>

“Em regra, o ensino jurídico até hoje praticado parte do pressuposto de que o conhecimento do sistema jurídico é suficiente para a obtenção de êxito no processo de ensino-aprendizagem. A necessária leitura cruzada entre o ordenamento jurídico e as práticas e problemas sociais é ignorada, encerrando-se o conhecimento jurídico e, conseqüentemente, o aluno, no mundo das leis e dos códigos. As pesquisas no direito estão ainda muito centradas na descrição de institutos, sem a devida contextualização social. A subversão deste quadro passa pelo investimento em propostas como a de pesquisa-ação, onde a definição e execução participativa de projetos de pesquisa e ensino envolve a comunidade e esta pode se beneficiar dos resultados dos estudos”<sup>491</sup>.

A dogmática jurídica não pode apartar-se do sentido histórico, cultural e social do direito.<sup>492</sup> O ensino jurídico nas universidades tem de reconhecer que ao lado do saber jurídico vigoram outros saberes não menos importantes, com os quais o profissional do direito tem de aprender a interagir.<sup>493</sup> Nesse sentido, revolucionar o ensino jurídico é se pautar pela diversidade do saber, pela complexidade dos problemas sociais, pelo cruzamento dos currículos da formação superior, em que a licenciatura jurídica não só esteja pautada pela dogmática dos códigos e das leis, mas por temas afetos à política, sociologia, economia, psiquiatria etc. As universidades precisam compreender a importância da reflexão crítica sobre a prática do cotidiano, sob pena de não estimular o senso crítico dos futuros advogados, promotores, magistrados etc.<sup>494</sup>

Segundo escreve Boaventura, o envolvimento de estudantes em projetos sociais, lidando com problemas crônicos, a exemplo do desemprego e da violência urbana, serve de «gatilhos pedagógicos» de uma formação mais humanística; mais sensível aos problemas

---

<sup>490</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 58.

<sup>491</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 59.

<sup>492</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Curso livre...*, p. 13.

<sup>493</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 63.

<sup>494</sup> FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2013, p. 9/13.

sociais.<sup>495</sup> É a interação entre a teoria e a prática que proporciona formar profissionais sensíveis às demandas da sociedade globalizada. Será no momento dessa interação que o aluno será estimulado à crítica. Nesse contexto, o contraditório será sempre uma regra ética de aprendizagem.<sup>496</sup>

Entretanto, não será somente revolucionando o ensino jurídico que se alcançará um Poder Judiciário mais eficiente, capacitado, célere e sensível às demandas sociais. É preciso ainda refletir sobre o atual modelo de recrutamento e formação de magistrados. Especificamente no que tange ao sistema de recrutamento ou seleção de juízes, Paulo Rangel chega a falar de uma indispensável «autoridade social» dos juízes, que, segundo sua ótica, advém de sua experiência profissional ao longo da vida.<sup>497</sup> Com efeito, o recrutamento de magistrados por um sistema de carreira deve considerar a experiência profissional do candidato em outras áreas, como, por exemplo, na atividade-meio dos tribunais, na polícia judiciária, na advocacia pública ou privada, na promotoria de justiça etc. Ocorre, todavia, que não basta selecionar bem; não basta criar um modelo inovador de recrutamento e seleção de magistrados. Não adianta prestigiar o profissional experiente no processo de recrutamento, se, ao ingressar na magistratura, não lhe for oportunizada uma formação permanente e de qualidade.<sup>498</sup>

“Em relação aos profissionais, distingue-se entre formação inicial e a formação permanente. Ao contrário do que sempre se pensou, a formação permanente é hoje considerada mais importante. Dou-vos um exemplo. Na Alemanha, não há nenhuma inovação legislativa sem que os juízes sejam submetidos a cursos de formação para poderem aplicar a nova lei. O pressuposto é que, se não houver uma formação específica, a lei obviamente não será bem aplicada. Temos que formar os profissionais para a complexidade, para os novos desafios, para os novos riscos<sup>499</sup>”.

---

<sup>495</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 41.

<sup>496</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Curso livre...*, p. 79.

<sup>497</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, pp. 175-176.

<sup>498</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 54. Ver também: BACELAR, Roberto Portugal. *Juiz servidor...*, p. 111.

<sup>499</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 54.

Com efeito, a redemocratização do Poder Judiciário passa tanto pela reformulação dos critérios de recrutamento quanto pela formação permanente dos magistrados.<sup>500</sup> A formação permanente não contribui apenas no sentido de capacitá-los para os novos desafios da arena global, isto é, para o intenso diálogo e intercâmbio que se amplifica em torno dos direitos fundamentais numa escala mundial. A formação permanente dos quadros da magistratura é medida imprescindível à construção de uma justiça mais democrática; mais alinhada à complexidade das sociedades hodiernas.<sup>501</sup>

“(…) a origem social dos juízes e a formação que recebem nas faculdades de direito, onde continuam a dominar as formas mais severas de positivismo, não os propiciam a abandonar as grelhas de leitura onde amplamente mergulharam e à volta das quais se reúne a chamada comunidade interpretativa.”<sup>502</sup>

Ou seja, menciona-se aqui o mesmo magistrado técnico-burocrata de que fala Boaventura; daquele juiz focado da teoria pura da legalidade, que, para além dos preceitos normativos, é incapaz de conhecer e refletir sobre qualquer externalidade passível de apreciação e influência na prestação jurisdicional.<sup>503</sup> Sem formação e qualificação permanente o Judiciário tende a se manter inerte e arredio a qualquer mudança paradigmática.<sup>504</sup> E um Judiciário que não se transforma na esteira de inovações globais indubitavelmente será incapaz de atender às necessidades da sociedade globalizada. Só um Poder Judiciário qualificado será capaz de dialogar com autoridade em defesa dos direitos fundamentais na arena global.<sup>505</sup>

De outro modo, questão outra que se aloca é saber que modelo de formação e qualificação profissional se deve praticar nas escolas de magistrados. Conforme anunciado

---

<sup>500</sup> OLIVEIRA, Marizete da Silva. *Formação docente no âmbito da magistratura*. Brasília: Universidade de Brasília, 2014, p. 14.

<sup>501</sup> BACELAR, Roberto Portugal. *Juiz servidor...*, p. 112.

<sup>502</sup> RIGAUX, François. *A lei...*, p. 304.

<sup>503</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes...*, p. 36.

<sup>504</sup> GOMES, Conceição. *Os atrasos...*, pp. 105-106.

<sup>505</sup> Conforme escreve J. P. Albuquerque: “A complexidade do sistema jurídico acrescentou espaços de porosidade à função judicial, aproximando-a de uma função quase-política. Essa complexidade requer instrumentos que se não encontram na lei ou para os quais a própria lei (em sentido lato) remete; o que, face ao pluralismo, conflitualidade e dinamismo das sociedades actuais, requer do judicial uma dimensão subjectiva e uma bagagem cultural postas na decisão que o transformam num agente de normatividade, apesar da quantidade e complexidade dos litígios que o assolam e o transformam num poder socialmente insatisfatório e banalizado, apto a ser capturado por interesseiros e fariseus.” ALBUQUERQUE, José P. Ribeiro de. *Critical legal studies: a indeterminação do direito e a função judicial*. In: *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo*. Coordenação editorial de António Manuel Hespanha. Coimbra: Almedina, 2011: 215-237, p. 216.

em linhas volvidas, é premente a necessidade de se revolucionar o ensino jurídico. Para isso, antes de tudo é preciso envolver estudantes de direito com a sociedade, e também com outras áreas do conhecimento. A formação jurídica não pode restringir-se aos códigos e às leis.

“O direito deve apoiar-se em saberes que lhe são completamente estranhos, como a psicologia, a contabilidade, etc. Os papéis do juiz, do perito e do administrador confundem-se. A razão do juiz torna-se instrumental, já não é necessário aplicar princípios mas procurar os meios mais seguros e mais rápidos para chegar a um dado fim<sup>506</sup>”.

Com efeito, redemocratizar o Poder Judiciário a partir da formação e qualificação permanente de seus quadros é também proporcionar a universalidade do saber<sup>507</sup>. Ou seja, a interação do direito com outros ramos do conhecimento. O saber jurídico deve se alinhar à lógica da economia, da filosofia, da psiquiatria etc.<sup>508</sup>. A razão jurídica não pode pretender esgotar em si todas as alternativas de solução das demandas individuais e sociais. É preciso compreender a instrumentalidade do conhecimento jurídico, que, aliado aos demais ramos do saber, transforma-se num verdadeiro instrumento de defesa e garantia dos direitos fundamentais<sup>509</sup>.

Além disso, é preciso dispensar maior atenção às equipes auxiliares dos juízes, isto é, de auxiliares de outras áreas do conhecimento, como, por exemplo, a Psicologia, a Sociologia, a Medicina, a Economia etc., de modo que o juiz esteja amparado cientificamente em áreas alheias à da sua formação jurídica. Por exemplo, demandas envolvendo oferta de medicamentos ou tratamentos de saúde seriam mais bem solucionadas pelo Judiciário se o magistrado pudesse contar com apoio técnico especializado a lhe instruir acerca da necessidade deste ou daquele medicamento, deste ou daquele tratamento, evitando-se, assim, a tomada de decisões casuísticas. Portanto, a

---

<sup>506</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, pp. 241-242.

<sup>507</sup> OLIVEIRA, Marizete da Silva. *Formação docente...*, p. 52.

<sup>508</sup> RUIVO, Maria da Conceição. *Para uma nova configuração de saberes*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 54, 1999: 123-128, p. 123.

<sup>509</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 65. Cf. PIÇARRA, António Joaquim. Discurso proferido no ato de posse conjunta dos Juízes em regime de estágio do 30º Curso Nacional de Formação. Conselho Superior da Magistratura. Portugal: 2014. Disponível em: [http://www.csm.org.pt/ficheiros/discursos/2014-09-02\\_possejuizesestagiarios30curso.pdf](http://www.csm.org.pt/ficheiros/discursos/2014-09-02_possejuizesestagiarios30curso.pdf). Acesso em 24 de setembro de 2014, p. 4.

qualificação permanente, no âmbito do Judiciário, não pode ser restrita ao corpo de juízes<sup>510</sup>.

A questão da interdisciplinaridade e do conhecimento complexo no esteio dos quadros da magistratura tem alcançado tão relevante significado que Paulo Rangel chega mesmo a cogitar, com cautela e equilíbrio preventivos, a viabilidade de se recrutar um “quadro mínimo de magistrados exteriores à carreira judicial na constituição dos tribunais supremos”<sup>511</sup>. Com efeito, trata-se de uma proposta ou cogitação audaciosa que certamente enfrentaria grandes resistências da comunidade jurídica. Contudo, não deixa de relevar mais um aspecto da inquestionável exigência de quadros auxiliares capacitados e dispostos a contribuir com a redemocratização do Poder Judiciário, em que todas as áreas do conhecimento sejam articuladas na procura de soluções novas para os velhos e novos problemas da sociedade global. O aperfeiçoamento das habilidades sociais e humanistas dos magistrados e auxiliares da justiça deve se voltar ao melhor atendimento ao jurisdicionado, nomeadamente quando direitos fundamentais são colocados à mesa de audiência.

### ***5.3.7 As fronteiras da independência do Poder Judiciário***

A redemocratização do Judiciário também passa pela reformulação do que se entende por independência judicial. Dúvidas não existem quanto à relevância que se dá à independência judicial, nomeadamente como instrumento de garantia da igualdade<sup>512</sup> e da liberdade.<sup>513</sup> Todavia, independência judicial não pode ser confundida com independência corporativa, mesmo porque a independência corporativa nada mais é que um boicote à independência judicial.<sup>514</sup> Ou seja, a ideia de independência judicial serve à cidadania, à democracia e aos direitos fundamentais, não para defender o interesse da corporação de magistrados.<sup>515</sup>

---

<sup>510</sup> BACELAR, Roberto Portugal. *Juiz servidor...*, p. 112.

<sup>511</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 177.

<sup>512</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta, 2010, p. 27.

<sup>513</sup> PASCUA, José A. Ramos. *La ética interna del derecho*. Bilbao: Ética Aplicada, 2007, p. 60.

<sup>514</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 83.

<sup>515</sup> DIAS, João Paulo, e Jorge ALMEIDA. *A influência das condições organizativas para a independência do poder judiciário em Portugal*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Oficina nº 281, 2007.

Ao repensar o Poder Judiciário, Paulo Rangel trata de abordar a independência judicial ladeada pelo tema da responsabilidade.

“Um ponto deve, pois, ter-se por incontroverso: é o de que só se poderá falar em autentica responsabilidade dos magistrados, se lhes for deixada alguma margem de liberdade na conformação das suas decisões, margem essa pela qual possam e devam responder. Num sistema em que a decisão do magistrado seja estritamente vinculada a um qualquer padrão heterônomo – seja ele a lei, uma instrução hierárquica ou até um férreo precedente – a verdade é que o juiz haverá de ser tido por irresponsável, a não ser nos magros limites do dolo, pois ele não teve qualquer intervenção constitutiva no processo decisório”<sup>516</sup>.

Com efeito, a responsabilização do Judiciário pressupõe que este tenha independência para exercer a função que lhe é atribuída. Não apenas independência do tipo formal (institucional e pessoal), mas também, e principalmente, de independência do tipo material (decisória e funcional).<sup>517</sup> No que toca à independência institucional e pessoal, a concepção tradicional nos remete, respectivamente, à ideia de autonomia perante os demais poderes, Legislativo e Executivo, assim como de imparcialidade ante os litigantes, o que, todavia, não exclui a responsabilização por atentados à ordem jurídica e aos direitos fundamentais<sup>518</sup>.

Já no sentido decisório, a independência judicial entrelaça-se com a específica função do Judiciário, ou seja, a independência inerente ao ato de julgar. O juiz, ao decidir, goza de autonomia perante os pares e perante a instituição Poder Judiciário. Já no sentido de independência funcional, a atividade de julgar deve ser compreendida como “uma tarefa normativamente constitutiva”, que não se esgota numa aplicação subsuntiva da norma ao fato, ou do fato à norma. O pano de fundo da independência funcional é o “espaço próprio de criação normativa;” a margem de liberdade que o magistrado tem para responder às demandas individuais e sociais.<sup>519</sup>

---

<sup>516</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 95.

<sup>517</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 544.

<sup>518</sup> HORVITZ, María Inés. *Independencia de los jueces y estructura judicial*. Chile: Expansiva, nº 118, 2007, p. 13.

<sup>519</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 98.

Assim compreendida a independência judicial, tem-se por inarredável a concepção de que um Judiciário redemocratizado é também um poder que respeita seus próprios limites; que observa as fronteiras que o separa da tirania judicial. Ou seja, repensar o Poder Judiciário é ter em mente que sua independência judicial não é absoluta, muito menos exclusiva.<sup>520</sup> É compreender que o pressuposto da independência judicial é a responsabilidade do Poder Judiciário pelos seus excessos e desmedidas. O que se defende é o ensaio de um sistema constitucional de responsabilização do Poder Judiciário, seja na esfera institucional ou pessoal; seja no âmbito decisório ou funcional, sem a qual a essência própria da independência judicial estará comprometida.

Nas palavras de Rangel, “é a própria constitucionalização da independência que demanda e exige a organização de vias adequadas de efetivação da responsabilidade dos juízes”<sup>521</sup>. Ou seja, somente uma fórmula constitucionalmente projetada será capaz de articular os princípios da independência judicial e da responsabilidade. Trata-se de pensar em mecanismos que prestigiem a independência judicial. Instrumentos que serão voltados tanto à responsabilização do Poder Judiciário, ou de seus magistrados, mas principalmente à preservação do princípio maior: o da independência judicial, sem o qual a democracia desmorona.

Em suma, a independência do Poder Judiciário se reveste em princípio fundamental de sustentação do sistema político-democrático. No entanto, ao se tratar de independência judicial não se está defendendo qualquer independência corporativa ou tirânica. A independência que aqui se defende é a mesma que busca no conjunto de valores fundamentais da sociedade o limite próprio da atuação dos poderes públicos, v. g., os direitos fundamentais por si já encerram um limite à independência do Judiciário<sup>522</sup>. Ou seja, a independência tratada é aquela exercida com responsabilização. A independência abstraída não do juiz-funcionário, burocrata da lei, mas sim do juiz titular de soberania, detentor de parcela do poder político, razão pela qual é tão responsável pelo incumprimento das promessas de direitos quanto o legislador. Como adverte Castanheira Neves, para ser independente é indispensável que o Judiciário não abdique do seu “dever comunitário, que não aceite degradar-se à mera função burocrática que despacha

---

<sup>520</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 559.

<sup>521</sup> RANGEL, Paulo Castro. *Repensar...*, p. 98.

<sup>522</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos...*, p. 48.

processos, reduzindo-se a um simples serviço público, pronto a homologar e a dar execução a todos e quaisquer ditames de poder.”<sup>523</sup>

### **5.3.8 Um novo ato de julgar atento aos “olhares da humanidade”**

Outra reflexão inarredável acerca desse processo de redemocratização do Poder Judiciário diz respeito ao seu descomunal isolamento ante as demais carreiras profissionais. Como defendido no tópico relacionado à formação permanente dos magistrados, é necessário que o Judiciário se aproxime das demais carreiras profissionais, em prestígio à interdisciplinaridade. No contexto da sociedade globalizada, a construção de uma nova cultura jurídica se orienta pelo diálogo e aprendizado recíproco.<sup>524</sup> A magistratura precisa tomar consciência de que o direito é só um saber que se deve somar a uma gama outra de conhecimentos.<sup>525</sup>

Só uma compreensão da complexidade da sociedade hodierna viabilizará a construção das pontes de conexão entre os diferentes.<sup>526</sup> Só com a integração de conhecimentos, de maneira interdisciplinar, o magistrado transitará por entre as redes de regulação e dialogar de igual para igual com os demais atores da arena global.<sup>527</sup> Um Judiciário que não atenda a esses requisitos não logrará bons resultados na defesa e cumprimento das promessas de igualdade, liberdade e fraternidade, que, no mundo atual, transmuda-se em contextos de diversidade, solidariedade e segurança.<sup>528</sup>

Uma nova concepção de cultura jurídica tem de se preocupar em criar mecanismos pelos quais o cidadão se sinta mais próximo do Judiciário.<sup>529</sup> Para tanto, urge que saia do isolamento; que desça do castelo da dogmática jurídica e se posicione na arena do diálogo, da argumentação pública. Carece também, e aqui com maior propriedade, reconstruir os canais de comunicação com as demais carreiras jurídicas. É premente a necessidade de um Judiciário que saiba se articular com os advogados, promotores e

---

<sup>523</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 1. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 46.

<sup>524</sup> OLIVEIRA, Marizete da Silva. *Formação docente...*, p. 124.

<sup>525</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A "mentalidade alargada" da justiça (*Têmis*) para compreender a transnacionalização do direito (*Marco Pólo*) no esforço de construir o cosmopolitismo (*Barão nas árvores*). BFD, n° 83, 2007: p. 347-382, pp. 381-382.

<sup>526</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 25 (introdução).

<sup>527</sup> OLIVEIRA, Marizete da Silva. *Formação docente...*, p. 124.

<sup>528</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional*. BFD, 86, 2010: 15-47, p. 18.

<sup>529</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *Para uma...*, p. 84.

defensores públicos, delegados, peritos etc. Uma nova cultura jurídica enxerga no Judiciário o papel central de grande articulador do sistema de justiça.<sup>530</sup>

Repensar o Poder Judiciário também pressupõe um novo ato de julgar; ou seja, uma nova concepção sobre a função primordial da justiça. Nesse sentido, antes de qualquer juízo de valor, o magistrado deve primeiro tomar em consideração os recursos jurídicos disponíveis, e, na sequência, interessar-se pelas consequências da decisão a proferir.<sup>531</sup>

“Um «novo acto de julgar» requer uma contextualização de natureza política, ou seja, a progressão da democracia associativa e participativa. O facto de a chave das instituições judiciárias estar entre as mãos políticas é tanto mais inevitável quanto é certo que o judicial, no nosso país, não é um poder distinto do executivo nem do legislativo, mas antes uma autoridade”<sup>532</sup>.

Assim, no contexto dessa autoridade exercida pelo Poder Judiciário, julgar não é nada mais nada menos que operacionalizar a democracia, só que por meio da decisão judicial. Seja sob a vertente de uma democracia substancial, ou mesmo procedimental, ao Judiciário será sempre atribuída a importante função de pacificar a sociedade e garantir a efetividade dos direitos fundamentais.<sup>533</sup>

Para que o direito cumpra sua missão civilizacional, o novo ato de julgar precisa resgatar os princípios morais e os valores éticos afastados pelo positivismo jurídico.<sup>534</sup> Demanda responsabilidade cívica, independência política, isenção institucional e competência jurídica.<sup>535</sup> Uma nova cultura jurídica sobre o ato de julgar, que pretenda excluir as combinações ultrajantes, ainda que institucionalizadas, terá de ser aberta ao escrutínio público, às considerações de outros povos e Estados.<sup>536</sup>

Ocorre que para o Judiciário alcançar e ocupar este lugar que lhe é reservado; para que se possa caminhar num profundo processo de redemocratização da justiça, para além das transformações acima tratadas, o Judiciário deve também abandonar o modelo de justiça ritual, técnico-burocrata.<sup>537</sup> Para tanto, urge deixar de lado a simplista concepção do

---

<sup>530</sup> GOMES, Conceição. Os atrasos..., p. 108.

<sup>531</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 254.

<sup>532</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 18.

<sup>533</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos...*, p. 20.

<sup>534</sup> SIMIONI, Rafael. *Decisão jurídica...*, p. 657.

<sup>535</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Curso livre...*, p. 198.

<sup>536</sup> SEN, Amartya. *A idéia...*, p. 191.

<sup>537</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 242.

direito como conjunto de normas gerais e abstratas; e passar a compreendê-lo como instrumento de transformação social.<sup>538</sup>

Ademais, uma nova cultura jurídica prioriza o diálogo em face da coerção. Isto é, um Judiciário redemocratizado nunca tem na repressão seu primeiro e principal instrumento de poder, pois prefere maneiras convencionais de garantir a autoridade de suas decisões e do direito. Nesse contexto, o Judiciário deve se esforçar em buscar alternativas mais refletidas e dialogadas democraticamente. Essa é a essência da autonomia decisória do magistrado.<sup>539</sup> Numa época em que se assiste à derrocada do Estado que foi dirigente, providente, social, etc., a deliberação coletiva surge como alternativa à mística de que somente nos códigos e nas leis será possível encontrar a solução do litígio.<sup>540</sup>

Nesse contexto, em que a Judiciário é o novo centro de deliberações sociais, o juiz idealizado é aquele comprometido com a efetiva solução do conflito. Trata-se do magistrado mediador, comunicador, dinâmico, autêntico e sensível às questões morais e sociais envolvidas.<sup>541</sup> Esse novo magistrado não reduz o ato de julgar ao mero improvisado nem à simples subsunção de uma regra superior ao caso concreto.<sup>542</sup> Esse novo magistrado, consciente da sua missão constitucional de garantir os direitos fundamentais, vai buscar na diversidade do mundo jurídico a solução do litígio. Não a solução que individualmente entende pertinente, mas a solução imparcial, resistível ao escrutínio público.<sup>543</sup>

A nova cena global de uma sociedade complexa, multicêntrica e fragmentária aponta para um Estado cada vez mais contestado. O direito, e, por consequência, a ciência jurídica aos poucos vêm rompendo fronteiras, devido especialmente aos avanços da globalização.<sup>544</sup> Os riscos globais conectam atores entres fronteiras e uma nova cena global se instala paulatinamente. Esses mesmos riscos globais unem diferentes culturas, etnias etc., todos em busca de soluções comuns.<sup>545</sup> Diante desse quadro, imperioso se faz observar a diversidade na solução dos problemas da humanidade. O novo ato de julgar

---

<sup>538</sup> SIMIONI, Rafael. *Decisão jurídica...*, p. 665.

<sup>539</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, p. 226.

<sup>540</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador...*, pp. 253-254.

<sup>541</sup> TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *Construindo um modelo de juiz ou de como sair da "caixa preta"*. BFD, 87, 2011: 669-690, p. 672.

<sup>542</sup> TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *Construindo um modelo...*, p. 674.

<sup>543</sup> SEN, Amartya. *A idéia...*, p. 191.

<sup>544</sup> SOMMERMANN, Karl-Peter. *A importância da Comparação Jurídica para a Evolução do Direito Público na Europa*. SCIENTIA IVRIDICA, nº 300, 2004: 455-488, p. 487.

<sup>545</sup> BECK, Ulrich. *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*. Dinámicas interculturales, nº 8, Fundación CIDOB, Barcelona, 2007: 5-34, p. 24.

precisar estar atento aos «olhares da humanidade».<sup>546</sup> Em suma, a proposta de uma nova cultura jurídica passa pelo reconhecimento tanto da função política exercida pelo magistrado, quanto pela necessidade de que o Judiciário assumira sua quota de responsabilidade na defesa direitos fundamentais.<sup>547</sup>

#### 5.4 Conclusões parciais

Superados os tópicos antecedentes, finalmente chega-se à conclusão do capítulo, local dos mais apropriados para reunir os resultados parciais obtidos ao longo da investigação. Dessa forma, sem descartar as várias conclusões já apresentadas, abaixo seguem aquelas entendidas de maior relevância para o trabalho em sua integralidade:

a) Na esteira desse novo mundo que impressiona e desafia, também o Judiciário tem passado por relevantes transformações ao longo dos últimos anos. A mais significativa delas é sem dúvida sua ascensão aos mais variados setores da sociedade contemporânea. Não obstante a relevância desse novo papel atribuído ao Poder Judiciário, encontrar o limite de atuação, o ponto de equilíbrio entre autonomia do direito e a sensibilidade jurídica às exigências do cotidiano é o grande desafio da justiça;

b) Dessa forma, no quadro de uma sociedade democrática, aberta e internacionalizada, plural e complexa, dúvidas não há de que o Judiciário deve provar e articular sua relevância na construção de um quadro mínimo de direitos fundamentais na arena global, vale dizer, no âmbito das questões genuinamente nacionais ou que dizem respeito a problemas de ordem global, a exemplo dos conflitos ambientais, étnicos, religiosos;

c) A redemocratização da justiça passa necessariamente por uma virada epistemológica. O Judiciário é e continuará sendo por longo tempo a última instância dos cidadãos na busca dos direitos fundamentais. Destarte, para que se possa atender aos reclamos de uma sociedade progressivamente complexa, imperioso será assumir uma nova postura ante os desafios da arena global. Contudo, é bom que se advirta: a pretensão de

---

<sup>546</sup> SEN, Amartya. *A idéia...*, p. 191.

<sup>547</sup> NEVES, A. Castanheira. *Digesta*, vol. 2..., p. 410. “Assim não estaremos perante uma redução política da metodologia jurídica (a despolitização do direito), mas perante uma alternativa política ao direito, assim compreendida na figura do juiz político. Aquele que contribui na constituição do direito positivo mediante aplicação e adequação da norma jurídica”.

legitimidade da ordem jurídica não só exige decisões que respeitem as conquistas do passado, mas também estejam racionalmente alicerçadas;

d) A nova concepção de acesso ao direito e à justiça pressupõe maior conhecimento, pelo Poder Judiciário, da realidade social, política e cultural da atualidade. Quanto maior sua distância dessas três realidades, menor será sua capacidade de oferecer respostas às demandas que lhe são submetidas. Também o distanciamento dessas questões reduz sua legitimidade, respeito e autoridade para com os variados setores da sociedade;

e) Preparar o Judiciário para os desafios da arena global é repensá-lo como poder político; como agente de uma arena de conflitos a quem se credita a função constitucional de oferecer respostas aos conflitos individuais e sociais, locais, nacionais ou internacionais. Nessa missão, o Judiciário deve ser célere e dar um golpe definitivo na nódoa da morosidade. Redemocratizar o Judiciário é, portanto, resolver também o problema dos atrasos da justiça, sem, contudo, anular a qualidade das respostas oferecidas. Afinal, uma justiça rápida nem sempre será uma justiça democrática ou mesmo uma justiça compromissada com os ideais de dignidade e liberdade;

f) Renovar os canais de comunicação do Judiciário com a imprensa e com os movimentos sociais não é banalizar os vínculos de conexão, pelo contrário, trata-se de valorizar e reforçar o fluxo de conhecimentos recíprocos. Uma imprensa que conheça melhor a lógica judicial certamente confiará mais no Judiciário. E a recíproca é verdadeira. E, por fim, um Judiciário que busque compreender a lógica dos movimentos sociais, sem prejuízo ao princípio da imparcialidade, desses movimentos resgatará a confiança, atualmente fatigada em face da insensibilidade ora reinante;

g) A redemocratização do Poder Judiciário passa tanto pela reformulação dos critérios de recrutamento quanto pela formação permanente dos magistrados. Redemocratizar o Poder Judiciário a partir da formação e qualificação permanente de seus quadros é também proporcionar a universalidade do saber. Ou seja, a interação do direito com outros ramos do conhecimento. A razão jurídica não pode pretender esgotar em si todas as alternativas de solução das demandas individuais e sociais;

h) O pano de fundo da independência funcional alinha-se à margem de liberdade que o magistrado tem para responder às demandas individuais e sociais. Assim compreendida a independência judicial, tem-se por inarredável a concepção de que um

Judiciário redemocratizado é também um poder que respeita seus próprios limites; que observa as fronteiras que o separa da tirania judicial;

i) No contexto da sociedade globalizada, a construção de uma nova cultura jurídica se orienta pelo diálogo e aprendizado recíproco. Repensar o Poder Judiciário também pressupõe um novo ato de julgar; ou seja, uma nova concepção sobre a função primordial da justiça. Esse novo magistrado, consciente da sua missão constitucional de garantir os direitos fundamentais, vai buscar na diversidade do mundo jurídico a solução do litígio. Não a solução que individualmente entende pertinente, mas a solução imparcial, resistível ao escrutínio público.

## CONCLUSÃO

A noção de direitos fundamentais está intimamente ligada à ideia de direitos do homem que, por sua vez, é fonte de legitimação da ordem jurídica e política. Recortar o conceito de direitos fundamentais é antes de tudo compreender sua base jusnaturalista. Ou seja, de um *corpus iures* inviolável, irrenunciável, intemporal e universal que decorre da própria natureza humana. Não de uma natureza que o coloca em posição de superioridade ante os demais seres vivos, mas de uma natureza capaz de entender e refletir sobre as condicionantes que influenciam sua vida, trabalho e relação com o semelhante.<sup>548</sup>

Não obstante as explicações religiosa, filosófica e científica abordadas no primeiro capítulo deste trabalho, a fundamentação jusnaturalista dos direitos fundamentais remonta às históricas declarações de direito, a exemplo da *Magna Charta*, de 1215, da *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, do *Bill of Rights*, de 1689, da Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e da célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Todos esses documentos objetivaram restringir e impor limites ao poder estatal, que aos poucos foi se vendo domesticado pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>549</sup>

Com efeito, essas históricas declarações de direito traduzem fielmente o ideal liberal das revoluções francesa e americana, fortemente influenciadas pelo contratualismo de Locke e Kant. Ou seja, de uma ideologia fundada no primado da moral sobre a política, em que os princípios individualistas da liberdade, da propriedade, da igualdade etc. constituíram, por assim dizer, a “moldura externa” do poder, *v. g.*, o limite de ação do poder estatal ante os indivíduos.

Contudo, se num primeiro momento se pode analisar o ideal liberal sob a perspectiva kantiana de uma liberdade projetada moral e formalmente para o indivíduo (a quem é atribuído o dever de buscar a felicidade); de outro lado há na filosofia hegeliana o ideal de liberdade material e objetiva, em termos especulativos, o que, por consequência,

---

<sup>548</sup> Cf. “O labor assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. O trabalho e seu produto, o artefato humano, emprestam certa permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria a condição para a lembrança, ou seja, a história”. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>549</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito...*, pp. 19-20.

vem colocar à prova toda fundamentação humanista até então defendida pelos grandes autores modernos, nomeadamente Locke e Kant.

A filosofia de Hegel reclama uma «substancialização» do direito formal, assim como um conceito de Estado político-material capaz de dar respostas às exclusões sociais. Segundo a linha filosófica hegeliana, para além de reconhecer e proclamar direitos em termos abstratos é preciso criar instrumentos capazes de concretizá-los da forma mais abrangente possível.

O contraponto entre os pensamentos kantiano e hegeliano, tal como abordado neste trabalho, demonstra perfeitamente as bases sobre as quais se edificou o Estado Social, como sendo aquele capaz de dar respostas às exclusões sociais. Enquanto que em termos genuinamente liberais o Estado se apresentava mínimo, nas linhas do pensamento hegeliano se viu construir um Estado máximo. O primeiro construído para substituir o poder absoluto do monarca e não criar dificuldades ao avanço da burguesia industrial; e o segundo como discurso de resistência às distorções sociais geradas pelo capitalismo industrial.

A confrontação do ideal de liberdade e igualdade sob essas duas perspectivas, diametralmente opostas, indubitavelmente desembocou na construção da Constituição dirigente que, ansiosa por oferecer respostas aos mais variados problemas sociais, acabou comprometendo sua autoridade. O problema principal da Constituição dirigente, e porque não dizer também do Estado social, foi puramente achar que poderia regular todo o sistema social a partir de um catálogo racional de direitos e obrigações, desprezando todas as circunstâncias alheias à regulação positiva, a exemplo dos efeitos da globalização sobre a política, a cultura e a economia.

O processo de globalização está intimamente centrado numa ordem econômica que desconsidera as fronteiras do Estado-nação, mormente porque sua meta principal é a dominação dos mercados onde quer que estejam. A intensificação do processo de globalização nos últimos tempos provocou o abandono da ideia de um direito natural e, por consequência, a análise econômica da sociedade passou a ditar as regras do discurso fundador de uma nova ordem universal. Hoje o Estado é apenas mais um ator da arena global, cujos comandos originam-se de um sistema de regras invisíveis e orientadas pela maximização lucro, autorregulação do mercado e estabilidade das inclinações humanas.

No mundo globalizado de hoje o respeito pela dignidade da pessoa humana pressupõe reconhecer e respeitar a diversidade cultural. Minimalismos ou maximalismos à parte, a questão que todos reconhecem no diálogo intercultural é que o pluralismo é uma realidade intransponível; e a tolerância é sem dúvida o princípio da pacificação universal. Seja sob a vertente que busca os valores mínimos ou máximos de proteção aos direitos do homem; no final de tudo o que sempre se deve esperar do Estado é uma conduta que traduza sua vinculação a uma ordem de valores que decorrem da dignidade da pessoa humana.

A arena global é também o palco da sustentabilidade, do desenvolvimento com responsabilidade e da procura por soluções que minimizem o caos provocado pelo capitalismo selvagem. Hoje, mais do nunca, tem-se a consciência da impossibilidade de se esperar do Estado solução de todos os problemas gerados pela humanidade. Um Estado que se fecha em seu território às transições globais e que se afugenta na utopia de uma soberania supostamente intocável pela falsa segurança de uma constituição provinciana não persistirá. Ou o Estado se renova diante dos novos paradigmas da globalização, ou fatalmente se consolidará como instrumento de dominação do vetor econômico da globalização.

Na esteira dessas transformações viu-se surgir uma novíssima ordem jurídica, complexa e plural, fortemente marcada pelo surgimento de novos atores, novas carências e novos riscos. O novo paradigma da regulação em rede, para além de contestar o paradigma provinciano da soberania nacional, nomeadamente no que toca aos direitos fundamentais prescritos na ordem constitucional interna, acaba por constituir uma nova realidade mais complexa. Ou seja, os problemas comuns continuam afetando as localidades, mas a solução é articulada numa arena global, por meio de atores supranacional ou internacional, a qual, ao absorver as tensões do embate, em última análise constrói uma rede de regulação de problemas comuns. Essa rede de regulação, mais que produzir soluções para problemas comuns das sociedades, reproduz também o pensamento jurídico crítico que contesta o monopólio do direito pelo Estado.

Se no plano nacional compete à Constituição agir como instrumento de estabilização dos diversos interesses da nação; no plano supranacional e internacional são os Tratados que têm pretendido servir a comunidade de nações como instrumentos de estabilização. Nessa quadra, a questão que muito tem se debatido na atualidade é a da

constitucionalização dos Tratados. Outra questão bastante discutida na doutrina contemporânea diz respeito ao modo como e de que forma estabilizar os interesses nacional, supranacional e internacional numa perspectiva global. Ou seja, como viabilizar a coexistência pacífica, harmoniosa e articulada da Constituição inserida na rede de regulação.

Duas teorias se destacam no enfrentamento dessas questões. A primeira delas é a da «interconstitucionalidade», originariamente tratada por Francisco Pires, mas que ao longo dos anos tem sido aquilatada por juristas do mais alto escalão das ciências jurídico-sociais. A segunda é a teoria do «transconstitucionalismo», encabeçada pelo constitucionalista por Marcelo Neves.

O problema central da teoria da interconstitucionalidade é o da «articulação» entre a Constituição e os Tratados, ou seja, entre a identidade e valores constitucionais do Estado-nação e o avanço de um poder que afirma e declara direitos, garantias e deveres, porém, com legitimidade diversa, heterogênea. Numa perspectiva interconstitucional, a Constituição é personalidade, identidade político-cultural em constante evolução. E para crescer e evoluir, antes de tudo é preciso abrir-se às oportunidades de aprendizado, o que só ocorre pela interação e pelo diálogo intercultural. Em linhas gerais, a interconstitucionalidade supõe a imprescindível articulação dos diversos níveis de poder que se relacionam na arena global.

A teoria do transconstitucionalismo, na essência, não foge muito aos objetivos da interconstitucionalidade. Também no transconstitucionalismo o que se busca é promover a articulação entre ordens jurídicas autônomas. O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Pelo contrário, rejeita tanto o discurso focado na soberania nacional quanto aquele centrado no internacionalismo, no supranacionalismo, no transnacionalismo e no localismo como espaço privilegiado de solução dos problemas constitucionais. Na perspectiva do transconstitucionalismo, para que a sociedade multicêntrica não se desintegre numa autodestruição, haja vista o permanente estado conflitual dela, é necessário desenvolver mecanismos que possibilitem um ambiente de aprendizagem e fluência recíproca. Ou seja, é o entrelaçamento constitucional entre as diversas ordens jurídicas estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais que viabiliza a construção e consolidação de um patrimônio comum entre as ordens jurídicas autônomas.

Nessa nova ordem jurídica, não obstante o vetor econômico influenciar a pauta das questões relacionadas aos direitos fundamentais, em última análise os órgãos de justiça é que têm assumido o papel de mediador dos interesses em conflito. E aqui não se está a tratar meramente dos tribunais nacionais. A mobilização internacional pela promoção dos direitos humanos foi decisiva na criação de tribunais internacionais e supranacionais destinados à proteção dos direitos do homem, a exemplo das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Todavia, para além desses organismos de proteção da pessoa humana, existem, ainda, inúmeros outros organismos jurisdicionais que se vão instalando mundo afora.

Assim, à medida que avançam os tribunais supranacionais e internacionais, o processo decisório judicial tem de enfrentar não só a crise de identidade da “Constituição nacional”, como também buscar no direito em rede os princípios e valores que, reconhecidos mundialmente, promovam a reconstrução da identidade nacional a partir da perspectiva do outro. Na realidade do direito em rede, fortemente influenciada por uma sociedade de tribunais, as relações são muito mais de convergência e de interdependência que de hierarquia e independência. Pensados dessa forma, esses tribunais poderão desempenhar importante função de mediação entre os atores da arena global. Não será a voz da última palavra, nem o dono da razão. Será antes de tudo o promotor da conciliação e da mediação.

Mas conciliar e mediar pressupõe diálogo, conversação, abertura para o ponto de vista do outro, do semelhante. Na nova ordem global, caracterizada pela autonomia e interdependência dos sistemas jurídicos, a relativização das soluções é consequência. A globalização proporcionou que os Estados nacionais reconhecessem a importância das redes normativas, das soluções coordenadas e do esforço de harmonização dos ordenamentos jurídicos convergentes. A construção de consensos mínimos acerca dos problemas de direitos fundamentais mundo afora demanda, nos dias atuais, muito mais que imposição de poder. Pressupõe diálogo entre os variados ramos de poder, em que todos possam ser ouvidos e compreendidos. Esse novo constitucionalismo não pretende aniquilar a decisão nacional, ao contrário, amplia sua visão pela diversidade e complexidade do mundo atual, de modo a ter sempre resposta aos problemas e conflitos compartilhados pelos variados sistemas jurídicos autônomos.

O diálogo judicial dos juízes, no contexto da mundialização da justiça, para além de um intercâmbio cultural, representa também um salto da modernidade, posto servir a jurisprudência estrangeira como recurso comum da humanidade, que pela rede mundial de computadores se dissemina aos quatro cantos do globo terrestre. Ademais, diante das transformações do último século e dos novos paradigmas jurídicos da arena global, sem dúvida tem sido o Judiciário um dos atores de maior relevo em questões atinentes aos direitos fundamentais. Não obstante a relevância desse novo papel atribuído ao Poder Judiciário, o grande desafio que se coloca a frente é o de encontrar o limite de atuação, o ponto de equilíbrio entre autonomia do direito e a sensibilidade jurídica às exigências do cotidiano. O direito e a decisão judicial não podem estar alheios às exigências políticas, sociais e econômicas, mas também não podem fugir à coerência e à prudência necessárias à preservação das liberdades e garantias fundamentais. Só uma atuação que esteja aberta ao escrutínio público será capaz de enfrentar os questionamentos que se levantam sobre a escassez de legitimidade democrática do Poder Judiciário, assim como de sua capacidade de fornecer alternativas aos novos problemas de direitos fundamentais no campo da decisão judicial.

Para desempenhar esse relevante papel, o Poder Judiciário precisa passar por um processo longo de redemocratização, o que inclui fazer escolhas. É chegada a hora de fazer opções. Ou se escolhe o modelo judicial convencional, arraigado pela ideia de um Judiciário burocrático e limitado pela dogmática normativa, ou se avança no sentido de um Judiciário disposto a assumir a função político-constitucional de resguardar os direitos fundamentais. Com efeito, o conteúdo político da aplicação do direito é inevitável e, na mesma medida, a própria justiça se constitui em poder político. A inflação legislativa, o surgimento de novos atores na cena global, o direito em rede, a internormatividade e o transconstitucionalismo, as soluções e problemas típicos da globalização econômica, tudo isso tem acelerado as mudanças sociais e demandado do Poder Judiciário nova postura institucional. Nesse contexto, apenas o juiz titular de soberania poderá ser responsabilizado pelo incumprimento das promessas de direitos, pois a este é reconhecido parcela do poder político inerente à função de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Também a noção de acesso à justiça demanda reflexões. O acesso ao direito e à justiça será tanto mais efetivo quanto mais interativo for o Judiciário nas questões que lhe são submetidas. Para isso, deve-se abandonar o apego à concepção jurídica do mundo, de

modo a reconhecer a importância de uma concepção social-histórica dos direitos fundamentais. Um Judiciário, comprometido com a efetividade do acesso ao direito e à justiça, não só assiste ao espetáculo da vida real, como também protagoniza imprescindíveis aportes no roteiro da justiça.

Nessa missão, o Judiciário deve também ser célere e dar um golpe definitivo na nódoa da morosidade. Redemocratizar o Judiciário é também resolver o problema dos atrasos da justiça, sem, contudo, anular a qualidade das respostas oferecidas. Afinal, uma justiça rápida nem sempre será uma justiça democrática ou mesmo uma justiça compromissada com os ideais de dignidade e liberdade. Ademais, é preciso renovar os canais de comunicação do Judiciário com a imprensa e com os movimentos sociais. Uma imprensa que conheça melhor a lógica judicial certamente confiará mais no Judiciário, e a recíproca é verdadeira. Um Judiciário que busque compreender a lógica dos movimentos sociais, sem prejuízo ao princípio da imparcialidade; desses movimentos resgatará a confiança.

Redemocratizar o Poder Judiciário para defender os direitos fundamentais na arena global é contemplar a dimensão humanística dos direitos fundamentais, tão esquecida em meio a ritos e procedimentos burocráticos. Para tanto, urge que sejam reformulados os critérios de recrutamento e de formação contínua de magistrados e servidores. Repensar o Judiciário para a nova cena global é também proporcionar a universalidade do saber, ou seja, a interação do direito com outros ramos do conhecimento. O saber jurídico deve se alinhar à lógica da economia, da filosofia, da psiquiatria etc. É preciso compreender a instrumentalidade do conhecimento jurídico que, aliado aos demais ramos do saber, transforma-se num verdadeiro instrumento de defesa e garantia dos direitos fundamentais.

Mas de nada servirão todas essas transformações senão preservar e reforçar a noção de independência do Poder Judiciário. Ao se tratar de independência judicial não se está defendendo qualquer independência corporativa ou tirânica. A independência tratada é aquela exercida com responsabilização. A independência abstraída não do juiz-funcionário, burocrata da lei, mas sim do juiz titular de soberania, detentor de parcela do poder político, razão pela qual é tão responsável pelo incumprimento das promessas de direitos quanto o legislador. Para ser independente é indispensável que o Judiciário não abdique da sua responsabilidade frente às graves violações de direitos fundamentais.

Para que o direito cumpra sua missão civilizacional, o novo ato de julgar precisa resgatar os princípios morais e os valores éticos afastados pelo positivismo jurídico. Demanda responsabilidade cívica, independência política, isenção institucional e competência jurídica. Uma nova cultura jurídica sobre o ato de julgar, que pretenda excluir as combinações ultrajantes, ainda que institucionalizadas, terá de ser aberta ao escrutínio público, às considerações de outros povos e Estados. Um novo ato de julgar na nova cena global demanda do Judiciário uma postura de compromisso com os direitos fundamentais. Um compromisso marcado pelo olhar atento ao conjunto de valores fundamentais inerentes à condição humana.

## BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*, 13ª. São Paulo: Saraiva, 1998.

ALBUQUERQUE, José P. Ribeiro de. *Critical legal studies: a indeterminação do direito e a função judicial*. In: *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo*. Coordenação editorial de António Manuel Hespanha. Coimbra: Almedina, 2011: 215-237.

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio. *O futuro das expectativas: a teoria do direito e as formas de constitucionalização da sociedade contemporânea*. In: *O direito e o futuro. O futuro do direito*, por António José Avelã Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pp. 212-222. Coimbra: Almedina, 2008.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Conclusões*. In: *35º Aniversário da Constituição de 1976. Vol. I*, por AA. VV., 175-189. Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARNAUD, André-Jean. *De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques*. *Droit et Société*, nº 35, 1997: 11-35.

BACELAR, Roberto Portugal. *Juiz servidor, gestor e mediador*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Revista Atualidades Jurídicas da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 11, 2011. Disponível em: [http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf). Acesso em 23 de setembro de 2014.

BECK, Ulrich. *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*. *Dinámicas interculturales*, nº 8, Fundación CIDOB, Barcelona, 2007: 5-34.

BEZERRA, Paulo. *O acesso aos direitos e à justiça*. *BFD*, nº 81, 2005: 775-796.

BÍBLIA. *Bíblia do estudante de aplicação pessoal*. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant. Tradução de Alfredo Fait*. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos direitos fundamentais. Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010.

BRANCO, Patrícia. “O acesso ao direito e à justiça.” *Oficina do Centro de Estudos Sociais, (CES)*, 305, 2008: 1-18.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Futuro do direito e direito do futuro: reflexão sobre a flexibilização dos direitos fundamentais*. In: *O direito e o futuro. O futuro do direito*, por António José Avelã Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pp. 513-534. Coimbra: Almedina, 2008.

BUENO, Roberto Pinto. *Interpretação Constitucional: a polémica entre o originalismo e não-originalismo*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 15. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/view/321>. Acesso em 13 de junho de 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito Público, n. 6, jul/dez, 2011: 241-268.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Apresentação de Jürgen Habermas*. BFD, 86, 2010: 475-489.

—. *Princípios. Entre a sabedoria e a aprendizagem*. BFD, 82, 2006: 1-14.

—. *Formação de Magistrados ou Formação de Juristas? Um carta para Bolonha*. Scientia Iuridica, Tomo LIII, n. 298, 2004: 7-30.

—. *"Brançosos" e interconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

—. *Direito Constitucional, 7ª Edição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CASSESE, Sabino. *El espacio jurídico global*. Revista de Administración Pública, nº 157, 2002: 1950-2002.

CATROGA, Fernando. *Ensaio Republicano*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Sérgio. *As ciências sociais e a constelação pós-moderna: Habermas, Beck e os estudos pós-coloniais*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 59, fev., 2001: 65-91.

DIAS, João Paulo. *O mundo dos magistrados: a avaliação profissional e a disciplina*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 60, Outubro, 2001: 87-119.

DIAS, João Paulo; ALMEIDA, Jorge. *A influência das condições organizativas para a independência do poder judiciário em Portugal*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Oficina nº 281, 2007.

DUARTE, Madalena. *Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal*. Oficina do CES, nº 270 (Oficina do CES, nº 270), 2007: 1-16.

DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 2012.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2003, p. 36. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso em 11/8/2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta, 2010.

\_\_. *Pores salva-jes. Las crisis de la democracia constitucional*. Madri: Minima Trotta, 2011.

FERREIRA, Antonio Casimiro; PEDROSO, João. *Os tempos da justiça: ensaio sobre a duração e morosidade processual*. Oficina do CES, n 99, 1997: 1-97.

FERREIRA, Rui Cardona. *Os sistemas de protecção juridicional dos direitos humanos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos*. O Direito, 139º, IV, 2007: 895-932.

FONTANEL, Jacques. *A globalização em análise*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas. Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GOMES, Conceição. *Os atrasos da justiça*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos (FFMS), 2011, p. 108.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. In: *O Controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenação editorial de GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2011: 125-150.

HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: PIAGET, 1993.

- HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y Validez*. Madri: Trotta, 2008.
- \_\_. *Um ensaio sobre a constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70, 2012.
- HELD, David. *La democracia y el orden global*. Buenos Aires: Paidós, 1997.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial*. Revista Julgar, n. 2, 2007: 11-29.
- HORVITZ, María Inés. *Independencia de los jueces y estructura judicial*. Chile: Expansiva, nº 118, 2007, p. 13.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes (1797)*. São Paulo: Universidade de São Paulo - USP, 2003.
- KUO, Ming-Sung. *Discovering Sovereignty in Dialogue: Is Judicial Dialogue the Answer to Constitutional Conflict in the Pluralist Legal Landscape?* Legal Studies Research Paper, 2013.
- LAMEGO, José. *O essencial sobre a filosofia do direito do idealismo alemão*. Coimbra: Coimbra, 2011.
- LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. *The limits of global judicial dialogue*. Washington Law Review Association, 2011: 523-577.
- LÓPEZ, Mikel Berraondo. *Los derechos humanos en la globalización*. Bilbao: Universida de Deusto, 2006.
- LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?* Coimbra: Coimbra, 2010.
- \_\_. *Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional*. BFD, 86, 2010: 15-47.
- \_\_. *Constitutionalism, diversity and subsidiarity in a postsecular age*. BFD, Nº 83, 2007: pP. 501-513.
- \_\_. *É bom morar no azul*. BFD, 82, 2006: 181-212.
- MAUÉS, Antonio Moreira. *Perspectivas do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil*. In: Antonio José Avelã Nunes; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *O direito e o futuro. O futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008: 289-312.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. Parede: Principia, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondatt. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Reflexões acerca das condições e possibilidades para uma ordem jurídica democrática no século XXI*. In: *O direito e o futuro. O futuro do direito*, por António José Avelã Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pp. 445-469. Coimbra: Almedina, 2008.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta, vol. 1*. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_ . *Digesta, vol. 2*. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_ . *Digesta, vol. 3*, Coimbra: Coimbra, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes*. Coimbra: Coimbra, 2004.

OLIVEIRA, Marizete da Silva. *Formação docente no âmbito da magistratura*. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

OST, François. *A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional. Vol. I*. Coimbra: Almedina, 201

PASCUA, José A. Ramos. *La ética interna del derecho*. Bilbao: Ética Aplicada, 2007.

PEDROSO, João Antônio Fernandes. *A construção de uma justiça de proximidade*. Revista Crítica de Ciências Sociais, vol. 60, 2001: 33-60.

PEDROSO, João Antonio Fernandes. *Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.

PETER DA SILVA, Christine Oliveira. *Transjusfundamentalidade: Diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. Universidade de Brasília, 2013, p. 95. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013\\_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf). Acesso 13 de setembro de 2014.

PIÇARRA, Antônio Joaquim. Discurso proferido no ato de posse conjunta dos Juízes em regime de estágio do 30º Curso Nacional de Formação. Conselho Superior da Magistratura. Portugal: 2014. Disponível em: [http://www.csm.org.pt/ficheiros/discursos/2014-09-02\\_possejuizesestagiarios30curso.pdf](http://www.csm.org.pt/ficheiros/discursos/2014-09-02_possejuizesestagiarios30curso.pdf). Acesso em 24 de setembro de 2014.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Curso livre de ética e filosofia do direito*. Cascais: Principia, 2010.

PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina, 1997.

- PUREZA, José Manuel. *Justiça e cidadania: para uma justiça mais democrática*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 54, 1999: 47-54.
- RANGEL, Paulo Castro. *Diversidade, solidariedade e segurança*. Revista da Ordem dos Advogados, n. 62, 2002: 829-842.
- . *O Estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*. Alfragide: Dom Quixote, 2009.
- . *Repensar o Poder Judicial*. Porto: Universidade Católica, 2001.
- . *Uma democracia sustentável*. Coimbra: Tenacitas, 2010.
- . *Uma teoria da “interconstitucionalidade”*. Themis, n. 2, 2000: 127-151.
- . *Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade*. In: 35º Aniversário da Constituição de 1976. Vol. I, por AA. VV., 149-174. Lisboa: Coimbra, 2009.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- ROCHA, Armando. *O contencioso dos direitos do homem no espaço europeu*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2010.
- RODRIGUES, Benjamim Silva. *Direito Constitucional, Tomo I*. Coimbra: Rei dos Livros, 2011.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social (1762). Domínio Público*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>. Acesso em 25 de março de 2013.
- RUIVO, Maria da Conceição. *Para uma nova configuração de saberes*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 54, 1999: 123-128.
- SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenação editorial de GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2011: 1-32.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A “mentalidade alargada” da justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do direito (Marco Pólo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas árvores)*. BFD, nº 83, 2007: p. 347-382.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Contexto Internacional, vol. 23, nº 1, janeiro/junho, 2001.
- . *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

- SANTOS DIAS, João Paulo dos. *O Ministério Público e o acesso ao direito e à justiça*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.
- SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2012.
- SILVA CRUZ, Bárbara Maria da. *Constitucionalismo. Desafios emergentes na era da globalização*. In: *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo*, por António Manuel Hespanha, pp. 11-33. Coimbra: Almedina, 2011.
- SILVA, Suzana Tavares. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.
- SIMIONI, Rafael. *Decisão jurídica e autonomia do direito*. BFD, 87, 2011: 641-667.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts*. Harvard International Law Journal, Vol. 44, 2003: 193-220.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. *A importância da Comparação Jurídica para a Evolução do Direito Público na Europa*. SCIENTIA IVRIDICA, nº 300, 2004: 455-488.
- SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
- TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *Construindo um modelo de juiz ou de como sair da "caixa preta"*. BFD, 87, 2011: 669-690.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2008)*. In: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, por José Manuel Pureza Felipe Gómez Isa, 549-591. Bilbao: Universidad de Deusto, 2003.
- \_\_. *O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Vol. I*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2013.
- URBANO, Maria Benedita. *Interpretação conforme a constituição e ativismo judicial*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, VII, 2010: 411-418.
- URBANO, Maria Benedita. *The Law of Judges*. BFD, nº 86, 2010: 621-638.
- VIOLANTE, Teresa. *A adjudicação constitucional e o direito comparado*. In: *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo*, por António Manuel Hespanha, 337-359. Coimbra: Almedina, 2011.

WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WARBURTON, Nigel. *Elementos básicos de filosofia*. Lisboa: Gradiva, 2007.

ZANETI JR., Hermes. *A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia*. In: *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenação editorial de GRINOVER, Ada Pellegrini GRINOVER; WATANABE, Kazuo. Rio de Janeiro: Forense, 2011: 33-72.