

TUTELA JURISDICIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: TRÊS ENSAIOS CRÍTICOS

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira*

Sumário: 1. Questão da Legitimidade das Decisões Judiciais; 2. Argumentação Jurídica e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais; 3. O Direito de Propriedade na Constituição Brasileira; 4. Considerações Finais.

Apresentação

O presente artigo, dividido em três ensaios, pretende reunir algumas reflexões desenvolvidas nos últimos cinco anos acerca do “modelo constitucional-democrático da jurisdição e do processo” em nosso País (CATTONI DE OLIVEIRA 1998; 2000a; 2000b), num contexto em que se discute o “acesso à justiça” (CAPPELLETTI-GARTH 1988; DINAMARCO 1994; MARINONI 1999: 24; SANTOS 1995: 167), uma nova feição para o Direito Processual (DINAMARCO 1994; GONÇALVES 1992), assim como a necessidade de uma ampla reforma do Poder Judiciário (CASTRO JÚNIOR 1998), sob o pano de fundo da chamada

* Mestre e Doutor em Direito (UFMG)
Professor Adjunto de Direito Processual Civil (UFMG/PUC – MG)
Presidente do Comitê de Ética na Pesquisa (PUC –MG)
Membro do Conselho Estadual de Direitos Humanos da Secretaria de Estado da Justiça e Direitos Humanos de Minas Gerais
Coordenador do Projeto Pólos Reprodutores de Cidadania
Advogado

“crise do Direito e do Estado Social”, da “globalização” e do reconhecimento universal de “novos direitos” (FERRAJOLI 1997; SANTOS 2000). Nem sempre, contudo, as propostas apresentadas visam a uma maior legitimidade ou operacionalidade do exercício da Jurisdição, principalmente quando interesses políticos e econômicos passam a ser considerados ainda que em detrimento da cidadania, compreendida num sentido mais amplo e atual, como titularidade de direitos fundamentais — “direito de ser titular de direitos”. O Judiciário incomoda, suas decisões, afinal, afetam, e muito, a vida de todos nós, que vivemos, de uma forma ou de outra, sob o que Ronald Dworkin chamou de “o Império do Direito” (DWORKIN 1986).

O primeiro ensaio pretende abordar a questão da legitimidade das decisões judiciais, sob o paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito. Na feliz expressão de Jürgen Habermas, “um paradigma jurídico explica, com a ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, de que modo devem ser entendidos e manejados os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais, para que possam cumprir no contexto dado as funções que normativamente são atribuídas a eles” (HABERMAS 1998: 264). No primeiro ensaio, o que se buscou foi dar relevância às garantias constitucionais do processo, referentes às partes, na linha das considerações apresentadas pelo Professor Doutor Aroldo Plínio Gonçalves, em sua obra (GONÇALVES 1992): o problema da legitimidade das decisões desloca-se da questão sobre o virtuosismo ético-político do juiz para a garantia processual de decisão participada, que considera a argumentação dos diretamente afetados, num contexto de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, como ressalta Peter Häberle (1997).

O segundo ensaio pretende considerar os meios processuais de “tutela individual” e de “tutela coletiva” dos direitos fundamentais à luz de uma argumentação jurídica, mais uma vez, adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pressupondo, aqui, as reflexões de Ronald Dworkin (1986), Jürgen Habermas (1998) e Klaus Günther (1993).

E, por fim, o terceiro ensaio pretende tecer algumas considerações sobre o direito de propriedade na Constituição brasileira, sob o pano de fundo da luta político-social do Movimento Sem-Terra (MST) e das dificuldades do Poder Judiciário brasileiro em corresponder a “novas demandas sociais”.

Esperamos que essas reflexões possam contribuir para uma discussão mais profunda sobre uma problemática que trata de questões tão essenciais ao futuro do Constitucionalismo Democrático brasileiro.

1 – Mais uma vez, a questão da legitimidade das decisões judiciais

Muito se tem dito sobre a crise do Poder Judiciário. E não faltam, nem no Congresso Nacional, nem nas Faculdades de Direito ou nos bares, propostas para melhor adequar o funcionamento do Judiciário às demandas colocadas pela sociedade brasileira. O tema do chamado “acesso à justiça” ganha novos contornos, inclusive quando sucessivos Governos, quer através de medidas provisórias, quer através do envio de projetos de lei, aprovados sem vírgulas pelo Legislativo, buscam tolher o poder jurisdicional e inviabilizar o uso de meios processuais, principalmente na seara das tutelas de urgência, agravando ainda mais os problemas relacionadas à celeridade processual e à efetividade do contraditório.

De toda sorte, por trás de cada uma das propostas, que vão desde a súmula vinculante, ao controle externo e às eleições para o cargo de juiz, sem falar no perigo da concentração do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, está a tentativa de se influenciar o conteúdo das decisões judiciais.

Influenciar o Judiciário, fazer dele uma caixa de ressonância das discussões públicas, nada mais legítimo. Só que não é o caso. Há nisso tudo uma perversidade (neo)liberal, que tenta esquecer que a pluralidade das interpretações, o jogo dos argumentos e até mesmo a diferença entre as decisões fazem parte de uma sociedade democrática,

em que o pluralismo jurídico é assumido pela própria Ordem Constitucional, com todos os seus riscos. Aprender a lidar com tais riscos é o desafio que se coloca para uma sociedade sem absolutismos.

A súmula vinculante é uma ilusão. O juiz, para levá-la a sério, terá, a todo momento, que analisar a adequação do entendimento sumulado às especificidades do caso concreto. Não bastará, para fundamentar uma decisão, a vaga referência a uma súmula, assim como não é fundamentação a mera referência a artigo de lei. A fundamentação das decisões, a sua legitimidade, pressupõe o contraditório e a ampla defesa, a consideração da argumentação das partes e a demonstração racional da adequabilidade da decisão ao caso concreto. A súmula vinculante, se levada a sério, só virá a tornar ainda mais complexa a atividade de aplicação do Direito e, assim, o tiro sai pela culatra.

As propostas de controle externo não poderão passar das questões relacionadas à gestão de recursos, o que já poderia ferir a autonomia do Judiciário, mas nunca poderão atingir a função jurisdicional propriamente dita.

Já a séria proposta acerca das eleições dos magistrados coloca de modo mais agudo o problema da legitimidade. O que legitima o exercício da tutela jurisdicional, tão-somente a forma de seleção dos juizes? Quais são os pressupostos de legitimidade do exercício da Jurisdição?

Há muito a questão acerca da legitimidade das decisões judiciais deixou de ser um problema que se reduza à pessoa do juiz. O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados. E juiz que não exerça adequadamente suas funções deve ser efetivamente submetido à correição.

Acreditamos que o ingresso na magistratura passa muito mais pela qualificação das bancas e pela seriedade e publicidade dos concursos, sem falar numa formação adequada dos operadores jurídicos, comprometida com os direitos fundamentais, com a cidadania. E no caso das nomeações de membros dos tribunais, a sociedade civil deve estar bastante atenta para publicamente influenciar e fiscalizar a escolha dos nomes.

Uma tutela jurisdicional adequada não se legitima simplesmente pelo fato do juiz ter sido eleito segundo o princípio da maioria. A garantia jurisdicional dos direitos fundamentais não coaduna com uma concepção liberal de legitimidade democrática reduzida à representação política de interesses majoritários.

Por fim, a concentração do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, via lei ou emenda, é, com certeza, inconstitucional, pois desrespeita o modelo constitucional do controle difuso e por via incidental, inviabilizando a possibilidade de todo cidadão de argüir a inconstitucionalidade de comandos estatais.

Não fazemos, aqui, uma defesa da prática do Judiciário brasileiro, nem desconsideramos a necessidade de sua reforma, ao contrário. Só que o problema acerca de quem controla quem é algo insolúvel, a não ser no contexto de uma esfera pública que se constitua em “sociedade aberta de intérpretes” do Direito. E, no mais, restará sempre a via legítima da desobediência civil, como forma de dramatização pública dos entraves políticos e como meio de cobrança e atualização dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

2 – Argumentação jurídica e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais

É notória a classificação histórica dos direitos fundamentais em os de primeira geração (individuais), segunda (coletivos), terceira (sociais) ou até mesmo quarta geração (difusos). Como classifica-

ção histórica, sabe-se lá se diz muito do ponto de vista sistemático da aplicação adequada dos dispositivos que consagram esses direitos, nas chamadas “situações de colisão”. A cada nova geração, diz a doutrina mais contemporânea, o certo seria que esses direitos não são simplesmente alargados, mas sim redefinidos a cada novo paradigma jurídico, como aparentemente já apontaria, para alguns, a teoria da interdependência ou do núcleo indivisível dos direitos humanos. Todavia, isso é certo em parte, pois a compreensão de “bem-estar-social” não excluiu de todo e em abstrato a compreensão “liberal”. Na prática jurídica do cotidiano dos operadores jurídicos, elas permanecem em tensão, concorrendo caso a caso para a interpretação do suposto Direito aplicável. Essa tensão é que se pretende justamente mascarar, quando a teoria constitucional do bem-estar social fala em “colisão de direitos” e pretenciosamente busca resolvê-la à base da negociação/otimização de bens juridicamente protegidos.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o discurso liberal e o discurso de bem-estar devem ser considerados reflexiva e criticamente como estratégias ou até mesmo lógicas argumentativas concorrentes, em face de cada situação concreta de aplicação. Isso é de uma aplicabilidade prática considerável, p. ex., no uso dos meios processuais de tutela dos direitos fundamentais.

A distinção entre direitos individuais, coletivos, sociais e difusos é uma distinção lógico-argumentativa. Deve ser considerada do ponto de vista da aplicação das normas que lhes consagram. Assim, é possível a utilização dos mais variados meios processuais para a tutela, quer individual, quer coletiva, desses direitos. Essa perspectiva é mais radical do que aquela fundada na chamada interdependência dos direitos, que comporiam o núcleo fundamental e indivisível dos direitos humanos, porque, aqui, não se está tratando simplesmente de uma aplicação ponderada, proporcional ou compromissória de normas constitucionais, semanticamente consideradas, que confunde e reduz a aplicabilidade ou adequabilidade de uma norma à justificação ou extensão da sua validade ou vigência jurídicas. Estaremos, outrossim, tratan-

do da aplicação adequada de normas jurídicas, argumentativamente fundamentada nos termos do caso concreto específico, à luz de paradigmas jurídicos concorrentes, liberal e de bem-estar, que justamente, por serem concorrentes e nada absolutos, cobram reflexividade e crítica.

Não se pode fixar em definitivo (“modelo de regras”) o que apenas é consagrado “prima facie” (“modelo de princípios”). O direito à liberdade de expressão, p. ex., num caso concreto, deve ser considerado, conforme argumentação adequada, empreendida pelas partes e devidamente apreciada pelo juiz, como direito individual, coletivo, social ou até mesmo difuso, a legitimar, quer o meio processual individual, quer o coletivo, para a sua tutela. Daí se dever protegê-lo quando se tolhe ou se ameaça tolher a palavra de alguém; ou a participação de uma associação representativa de uma coletividade; quando se afirma que a educação é pressuposto do ter o que dizer; ou quando se discute o impacto na comunidade da violência ou da pornografia na televisão; ou ainda a existência ou não de monopólio dos meios de comunicação.

Não é sem razão que uma das maiores vantagens do nosso sistema de garantias processuais é que o meio coletivo não deve excluir o individual, e vice-versa, como se pode perfeitamente compreender as disposições, p. ex., da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n.º 7.347/85), combinando-as com as do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8.078/90). Conforme o caso, o direito ao meio ambiente saudável deve ser tratado argumentativamente como questão inter-individual de direito de vizinhança, como condições adequadas de trabalho de uma categoria profissional, ou até mesmo como direito das gerações futuras: depende da perspectiva, se individual, coletiva, social ou difusa de quem o defender.

Devemos abandonar teorias semânticas da interpretação, que pretendem fixar abstratamente e fora do contexto a extensão do sentido dos textos normativos. Modelos interpretativos, passíveis de abertura e de revisão, são sempre bem vindos, como verdadeiros redutores da complexidade interpretativa. Mas dizer, p. ex., que o Ministério Público não poderá defender direitos a não ser os coletivos e difusos, nunca os indi-

viduais homogêneos, que os direitos coletivos e difusos são tais ou quais, previstos nos artigos tais, fixados numa lista fechada ou só defensáveis em única perspectiva, é reduzir as possibilidades de “acesso à jurisdição” e negar, de diante mão, a tutela jurisdicional, através de meio processual que poderá ser o coletivo, cuja adequação só deverá ser analisada caso a caso. Um direito é individual, coletivo, social ou difuso conforme seja definido, através da argumentação jurídica adequada, caso a caso:.. é correto afirmar, p. ex., que uma associação de pescadores pode defender o meio ambiente marítimo, numa situação concreta, porque seus associados ou até mesmo toda uma coletividade retira o seu sustento da pesca legalmente permitida, ainda que tal finalidade ambientalista não esteja prevista em seus estatutos. Não há pesca de peixe morto, contaminado ou ameaçado de extinção.

Alguém poderia considerar ameaçadas a certeza ou a segurança jurídicas com o raciocínio jurídico que expomos. Mas o que é certeza jurídica hoje? A certeza ou previsibilidade do conteúdo das decisões, como se o Direito pudesse ser mecanicamente aplicado? Não. Deveríamos, então, renunciar à nossa pretensão cotidiana de certeza e de segurança em prol de um uso alternativo (ou nenhum uso!) do Direito? Também não.

Numa sociedade lingüisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade. Tal é, inclusive, a noção que consideramos a atual do princípio do “devido processo legal”.

3 – Considerações sobre o direito de propriedade na Constituição brasileira

O direito de propriedade é ainda um tabu. Na tradição liberal, como podemos encontrar em John Locke, a propriedade envolve muito mais do que o poder de usar, gozar, dispor ou reivindicar bens materiais; engloba também a integridade física e moral, engloba a vida. Tal compreensão ampla da propriedade foi fundamental para o desenvolvimento do Capitalismo. Assim como seria possível usar, gozar e dispor das coisas materiais, tornou-se também possível fazer da vida, do corpo e da intelectualidade bens disponíveis e negociáveis, alienáveis, no mercado. Num corte paradigmático, podemos dizer que o direito de propriedade foi a pedra de toque em torno da qual giraram os chamados “direitos do homem”, a demarcar, inclusive, a esfera da sociedade civil, de homens formalmente livres e iguais, “donos” da sua felicidade, esfera, essa, oponível ao Estado e fundamento censitário da cidadania.

A esse quadro privatista não vem propriamente se opor o Estado Social. Seguindo Jürgen Habermas, é possível afirmar que as políticas públicas de bem-estar social ainda giraram em torno do paradigma da propriedade. O Estado Social assume a propriedade como problema e solução para todos os “males” da sociedade. Leitura equivocada de Karl Marx ou não, o que importava era reapropriar-se de si mesmo, já que a alienação da força de trabalho resultaria numa alienação do humano, numa coisificação que, aliás, ainda permeia toda a teoria tradicional do Direito, posto que ainda não abandonamos, de todo, a velha concepção do direito subjetivo como direito de propriedade. Os civilistas poderiam dizer que o direito obrigacional constituiria algo diferente. Será? Não seria o direito obrigacional a mola propulsora da circulação de bens, num mercado em que todas as prestações podem ser convertidas em dinheiro?

O Estado Social pretendeu tornar a propriedade acessível a todos. Garantir social e economicamente o exercício dos direitos priva-

dos, como pressuposto único para a cidadania, também resultou numa espécie de publicização às avessas da esfera privada, e numa redefinição dos seus limites em face de uma esfera pública, reduzida a relações paternalistas de distribuição de bens e de serviços pelo Estado à uma sociedade hipossuficiente. Dar uma finalidade social ao direito de propriedade, quer com León Duguit, quer com Paul Roubieu ou Louis Josserand, resulta inútil se nós não formos capazes de rever profundamente o nosso “eterno paradigma liberal” do Direito Civil, patrimonial ou contratual.

O Estado Democrático de Direito é o herdeiro desse paradoxo. O discurso filosófico de Agnes Heller, por exemplo, mais uma vez, insiste na premissa das “necessidades humanas fundamentais”. Parafraseando, ou, quem sabe, parodiando, o Professor Doutor Arthur José Almeida Diniz, reduzir tudo a um problema acerca de quem seja ou não proprietário pode ser, mais uma vez, “uma grande bobagem”. Esse dilema está presente na jurisprudência, na doutrina, e até nas chamadas “invasões de terras” promovidas pelo Movimento Sem-Terra.

A forma de tratar a propriedade como um fetiche em torno do qual giram todos os direitos é um equívoco. Nem tudo se reduz a uma questão de domínio ou de mercancia. A integridade física e moral, a vida, a honra e a imagem, o meio-ambiente, o trabalho não são bens que se podem tranquilamente “apropriar”, quer individualmente, quer coletivamente. O risco a correr é novamente o da coisificação das relações. Os chamados direitos difusos, que a doutrina insiste em tratar de forma utilitarista como “direitos econômicos” ou então “meros interesses”, refogem a essa forma jurídico-econômica de se conceber as relações. Eles não têm preço, não são negociáveis. A proteção efetiva, inclusive, desses direitos é a preventiva e não a ressarcitória.

O que pretendemos não é deslegitimar a luta pela propriedade da terra ou desmerecer a necessidade urgente de redistribuição de renda, num país surrealista como o Brasil. O que é importante é chamar atenção para uma pluralidade de perspectivas com que o problema deve

ser tratado. Não adianta reduzir tudo a uma questão econômica, a uma relação de classe social definida no mercado. E nisso a arte é implacável, “A gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte”, no feliz verso de Arnaldo Antunes.

A Constituição Brasileira consagra tanto o princípio da propriedade privada quanto o da sua função social. Num caso concreto específico, dada a argumentação empreendida pelas partes em contraditório, e considerada adequadamente pelo juiz, é possível, em razão da função social, deslegitimar a posse do proprietário e reconhecer a pretensão daqueles que querem trabalhar, daqueles que querem viver com dignidade. Antes de simplesmente mandar reintegrar a posse, partindo-se do pressuposto processualmente absurdo e ilegal (art.923 do CPC) de que quem é dono tem sempre razão, o Poder Judiciário brasileiro deveria levar a sério que a luta pela propriedade, no Estado Democrático de Direito, não pode ser reduzida a uma mera luta privatista pela propriedade. O que deveria ser considerado pelas partes em conflito e, principalmente pelo juiz, que não precisa ser Hércules, é que fundamentalmente o que está em questão é a dignidade humana, algo difuso, algo às vezes impalpável, mas que avassaladoramente se tem concretizado violada, a cada decisão injusta, inadequada, tomada por parte de um Judiciário tantas vezes descompromissado com a cidadania.

4 – Considerações finais

Essas considerações não tiverem outro objetivo senão o de contribuir para o aprofundamento das discussões sobre o exercício legítimo e operacional da Jurisdição e do papel do Poder Judiciário brasileiros, à luz de uma interpretação constitucionalmente adequada da Tutela Jurisdicional, entendida como **a atividade, o poder-dever, público-estatal que se realiza através de discursos jurídicos, processualmente institucionalizados, de aplicação do Direito.**

Resta, sempre, uma consideração final a fazer: não há, de modo algum, que isentar os operadores jurídicos de responsabilidades na realização do projeto constitucional-democrático entre nós. Uma Ordem Constitucional, como a brasileira de 1988, que cobra reflexividade, nos termos do paradigma do Estado Democrático de Direito, exige dos operadores jurídicos uma maior “consciência hermenêutica” e uma responsabilidade ética e política para sua implementação - algo que, infelizmente, e muitas vezes, falta a doutrinadores e a tribunais no País.

5 - Referências Bibliográficas

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito: Por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das lei e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000a.

_____. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos: 2000b.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. "O Direito como sistema de garantias" in OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: Application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Nova York: State University of New York Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Editorial Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MANINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: A ciência, o direito e a política na transição paradigmática, vol. 1*. São Paulo: Cortez, 2000.