

O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais

the role of the judicial power in the implementation of fundamental rights

DOI:10.34117/bjdv8n5-174

Recebimento dos originais: 21/03/2022

Aceitação para publicação: 29/04/2022

Roberta Kelly Silva Souza

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza

Instituição: Universidade de Fortaleza

Endereço: Av. Coronel Teixeira, n. 4715, Ponta negra, CEP: 69037-000, Manaus/AM

E-mail: rkellyss@yahoo.com.br

Marcelo Lessa da Silva

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza

Instituição: Universidade de Fortaleza

Endereço: Rua Fortaleza, n. 2086, setor 03, CEP: 76870-505, Ariquemes/RO

E-mail: marcelolessatabeliao@gmail.com

RESUMO

A Constituição é um documento jurídico-político formado por regras e princípios. Na atividade de concretização constitucional, a própria Constituição estabelece preceitos e diretrizes a serem seguidos pelo legislador ordinário. Entretanto, pode-se dizer que a concretização ficou adstrita ao Poder Judiciário, o qual poderá cobrar dos demais Poderes a concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a problemática se evidencia na dificuldade da efetiva concretização dos direitos fundamentais e na discussão em torno dos limites de atuação do Poder Judiciário na tutela de tais direitos. O presente estudo terá como objetivo geral demonstrar a importância da concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente e o objetivo específico deste trabalho é discorrer acerca da atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos fundamentais. Por intermédio de pesquisa bibliográfica, bem como observando o critério dedutivo metodológico, o primeiro capítulo aborda acerca dos direitos fundamentais. O segundo capítulo, por sua vez, disserta sobre a concretização dos direitos fundamentais, por intermédio de quatro dimensões distintas para a sua concretização. O terceiro capítulo, trata mais especificamente a respeito da concretização dos direitos fundamentais por intermédio do Poder Judiciário. Destarte, faz-se necessário que o Poder Judiciário esteja apto a eliminar os obstáculos econômicos, sociais e culturais inerentes às diferentes classes ou estratos sociais de modo a ensejar a concretização dos direitos fundamentais, a qual constitui um mandado soberano que vincula todos os poderes constituídos.

Palavras-chave: direitos fundamentais, concretização, poder judiciário.

ABSTRACT

The Constitution is a legal-political document formed by rules and principles. In the activity of constitutional concretization, the Constitution itself establishes precepts and guidelines to be followed by the ordinary legislator. However, it can be said that the

implementation was restricted to the Judiciary, which may demand from the other Powers the realization of fundamental rights. In this sense, the problem is evident in the difficulty of effectively realizing fundamental rights and in the discussion around the limits of the Judiciary's action in the protection of such rights. The present study will have as a general objective to demonstrate the importance of realizing the fundamental rights provided for in the Constitution and the specific objective of this work is to discuss the role of the Judiciary in the protection of fundamental rights. Through bibliographic research, as well as observing the methodological deductive criterion, the first chapter deals with fundamental rights. The second chapter, in turn, discusses the realization of fundamental rights, through four distinct dimensions for their realization. The third chapter deals more specifically with the realization of fundamental rights through the Judiciary. Thus, it is necessary for the Judiciary to be able to eliminate the economic, social and cultural obstacles inherent to the different classes or social strata in order to give rise to the realization of fundamental rights, which constitutes a sovereign mandate that binds all the constituted powers.

Keywords: fundamental rights, concretization, judicial power.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu expressamente o Estado Democrático de Direito e trouxe em seu texto um rol de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, os quais são responsáveis pelo que a doutrina tem caracterizado como constitucionalização dos diversos ramos do direito, como por exemplo, o Direito do Trabalho.

O constitucionalismo contemporâneo, preconiza que a lei é concebida para a garantia dos direitos fundamentais e estes, por sua vez, vinculam todos os poderes constituídos, ao inverso da concepção tradicional, onde os direitos fundamentais se submetiam à lei. Assim, a finalidade essencial atribuída à Constituição, não compreende apenas como um sistema de normas de superior hierarquia, mas sim como um produto de uma sociedade, a qual passa a ser a tutela dos direitos fundamentais.

Neste início do século XXI, é possível afirmar que se encontra em curso a era dos direitos humanos fundamentais, pois tais direitos têm composto o objeto central das preocupações dos governos e das pessoas em geral. Os direitos fundamentais, em sentido amplo, estão umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana, em uma relação de instrumentalidade dos primeiros à concretização da última, enquanto, em um sentido estrito, destaca os direitos fundamentais como aqueles assim qualificados pelo direito vigente.

Assim, o presente tema se justifica em razão da necessidade de realizar um estudo acerca da concretização dos direitos fundamentais por intermédio do Poder Judiciário, mormente diante da notória dificuldade do Estado de concretizar tais direitos.

Da análise do tema proposto, a problemática se evidencia na dificuldade da efetiva concretização dos direitos fundamentais e na discussão em torno dos limites de atuação do Poder Judiciário na tutela de tais direitos.

O presente estudo terá como objetivo geral demonstrar a importância da concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, menciona-se que o objetivo específico deste trabalho é discorrer acerca da atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos fundamentais, o qual deve assumir o papel que lhe compete na estrutura estatal.

Assim, visando alcançar os objetivos supracitados, por intermédio de pesquisa bibliográfica, bem como observando o critério dedutivo metodológico, o primeiro capítulo aborda acerca dos direitos fundamentais, a sua evolução histórica, suas dimensões subjetiva e objetiva, bem como a respeito de suas gerações.

O segundo capítulo, por sua vez, disserta sobre a concretização dos direitos fundamentais, a qual é possível identificar quatro dimensões distintas para a sua concretização, quais sejam; a) dimensão teórica, b) dimensão metódica, c) dimensão fática e d) dimensão estética.

O terceiro capítulo, trata mais especificamente a respeito da concretização dos direitos fundamentais por intermédio do Poder Judiciário, a qual exige alterações nas funções clássicas dos juízes, com o intuito de orientar a atuação de outros Poderes estatais, na realização de projetos de mudança social, o que permite que o juiz coloque em prática alternativas que permitem uma interpretação democrática dos enunciados normativos.

Destarte, faz-se necessário que o Poder Judiciário esteja apto a eliminar os obstáculos econômicos, sociais e culturais inerentes às diferentes classes ou estratos sociais de modo a ensejar a concretização dos direitos fundamentais, a qual constitui um mandado soberano que vincula todos os poderes constituídos.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais encontram reconhecimento nas Constituições e deste reconhecimento resultam consequências jurídicas (CANOTILHO, 2007, p. 377). Desta feita, nascem e se desenvolvem com as Constituições que os reconhecem e asseguram, pois tais direitos podem ser diferentes entre as ordens constitucionais de Estados distintos.

Assim, a evolução histórica dos direitos fundamentais ocorreu de forma gradativa, tendo em vista que foram consequências de diversas transformações ocorridas no decorrer da história e, portanto, não foram reconhecidos todos de uma vez, tendo em vista que o reconhecimento foi progressivo, ou seja, de acordo com a própria experiência da vida humana em sociedade.

Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais estão relacionados com “*a sua exigibilidade judicial ou justiciabilidade, ou seja, a possibilidade de seu titular exigir a satisfação do direito, independentemente da vontade do destinatário*” (XEREZ, 2014, p. 5), isto é, o titular (pessoa individual ou ente coletivo) poderá buscar o Judiciário para pleitear seus direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem também uma dimensão objetiva, a qual diz respeito ao conjunto de valores e bens jurídicos previstos na Constituição como referência para a atuação dos poderes públicos e dos particulares e, portanto, deve ser entendida como um “reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos” (XEREZ, 2014, p. 6-7).

Ademais, com base na teoria de Alexy (2012, p. 520), “o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial”.

Assim, a fundamentalidade formal consiste na posição ápice ocupada pelas normas constitucionais no ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário. A supremacia da constituição está vinculada ao seu grau de rigidez, tendo em vista que somente será possível conceber direitos fundamentais em constituições que garantam a sua imutabilidade ou que possua um procedimento mais rígido para sua alteração, quando comparado com aquele empregado para edição de normas infraconstitucionais (XEREZ, 2014, p. 7-8).

Ato contínuo, a fundamentalidade material, segundo Alexy (2012, p. 521) “[...] sob essa constituição a tarefa da legislação limita-se à mera declaração daquilo que, de qualquer forma, já era devido em virtude da própria constituição.”. Sendo assim, os direitos fundamentais objetivam à concretização de bens e valores estabelecidos, constitucionalmente, como diretrizes vinculantes da atuação dos poderes públicos e dos particulares. Entretanto, não dependem de previsão expressa na Constituição, uma vez que os direitos fundamentais são normas jurídicas, construídos a partir de dispositivos constitucionais (XEREZ, 2014, p. 8).

Outrossim, para que haja a compreensão do que sejam direitos fundamentais, faz-se necessário a distinção destes com relação a direitos humanos e a “direitos do homem”,

a qual não possui um consenso doutrinário quanto ao uso de tais expressões e sua delimitação conceitual (XEREZ, 2014, p. 10).

Desta feita, os direitos fundamentais expressam valores e estão presentes no ambiente constitucional de um Estado, com aplicação restrita ao respectivo Estado, enquanto os direitos humanos dizem respeito aos mesmos absolutamente relevantes valores, contudo, previstos em normas de direito internacional, possuem caráter supraestatal e buscam o reconhecimento universal.

O art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988, versa a respeito dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, o que enfatizou a possibilidade de distinção nominal entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, tendo em vista que originalmente o legislador constituinte já havia feito tal distinção ao nomear o Título II, direitos e garantias fundamentais, e ao referir no art. 4º, II da Constituição como um dos princípios que regem as relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (CARVALHO; CARVALHO, 2019, p. 18).

Os direitos do homem, por sua vez, representam instituto diverso dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, tendo em vista que correspondem a supostos direitos de caráter universal, os quais são titularizados por qualquer ser humano, independentemente de previsão em norma de direito positivo (XEREZ, 2014, p. 13).

Assim, os direitos do homem envolvem a própria natureza humana, são direitos considerados válidos para todos os povos e em todos os tempos e conforme o paradigma jusnaturalista, serviriam como fundamento de validade dos direitos fundamentais, no sentido de que estes seriam obrigatórios na medida em que concretizassem aqueles.

Outrossim, faz-se necessário destacar que os direitos fundamentais foram evoluindo com o passar do tempo e de acordo com os anseios de cada época. Com isso, esta consagração progressiva nos textos constitucionais originou à classificação em gerações ou dimensões. Entretanto, o surgimento de novas gerações ou dimensões não levou a extinção das anteriores.

Desta feita, os direitos fundamentais da primeira geração/dimensão são oriundos da primeira onda revolucionária, revoluções americana e francesa do século XVIII e foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade, tendo em vista que dizem respeito à luta pela liberdade e segurança do indivíduo frente ao Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade, pois se relacionam à luta pela liberdade e segurança do

indivíduo frente ao Estados. Assim, foram positivados, pela primeira vez, na Constituição americana e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Tais direitos são os direitos individuais, de natureza civil e política, os quais foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, tendo em vista que naquela época havia uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do Estado. Portanto, significam, uma limitação do poder público, um não fazer do Estado, uma prestação negativa em relação ao indivíduo. Na Constituição Federal de 1988, estão enumerados principalmente nos art. 5º (direitos civis) e 12 a 17 (direitos políticos).

Os direitos de segunda geração ou dimensão obtiveram destaque com a Revolução Industrial, no século XIX, tendo em vista que ressaltou a luta do proletariado na defesa dos direitos sociais. Com o início do século XX, tem-se a Primeira Guerra Mundial e, com isso, a fixação dos direitos sociais. Assim, com o advento de distintas formas de Estado sociais houve a valorização de um outro grupo de direitos, fundados agora no princípio de igualdade: os direitos sociais, culturais, econômicos e de coletividades (BARROZO; MARQUES FILHO, 2011, p. 96).

Tais direitos possuem como base a noção de igualdade material, ou seja, a redução das desigualdades, tendo em vista que pressupõe que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas para exercê-la. Com isso, observa-se que o excesso de liberdade assegurado pelos direitos de primeira dimensão acarretou um desequilíbrio social que precisava ser consertado, pois as liberdades negativas exigiam do Estado, uma atitude negativa, de abstenção em relação aos âmbitos de autonomia dos indivíduos.

Ademais, os direitos de segunda dimensão outorgam ao titular o direito de exigir, do Estado, de outros grupos sociais ou dos particulares, um dever, uma obrigação de conteúdo positivo, que consiste em um dar ou um fazer. Assim, a importância desses direitos está relacionada a sua capacidade de reduzir, de forma material e concreta, as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, tendo em vista que tais desigualdades prejudicam a dignidade humana. Na Constituição Federal são considerados como direitos de segunda dimensão, os direitos dos trabalhadores, previstos nos arts. 7º a 11 e principalmente os direitos constantes no art. 6º.

Com o fim da segunda guerra mundial, houve a necessidade de previsão de direitos difusos e coletivos. Portanto, os direitos de terceira geração ou dimensão estão inteiramente relacionados aos princípios da fraternidade e da solidariedade: direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado, à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural.

Tais direitos abarcam todos os das demais dimensões e são chamados de direitos transindividuais, ou seja, direitos que vão além dos interesses do individual, tendo em vista que são concernentes à proteção da humanidade, da universalidade (MALHEIRO; CUNHA, 2017, p. 47). Os sujeitos ativos são uma titularidade difusa ou coletiva, ou seja, o homem não é visualizado como um ser singular, mas sim como toda a coletiva.

Ingo Sarlet (2001, p. 54) destaca que os direitos fundamentais “gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa”.

Destarte, embora não seja unânime, alguns doutrinadores, como Bonavides, defendem a existência dos direitos fundamentais da quarta geração ou dimensão, os quais estariam relacionados aos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Assim, tem-se que tais direitos seriam introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, referindo-se aos direitos das minorias.

Por fim, é importante destacar que as gerações ou dimensões de direitos não são estanques e que o eventual reconhecimento ao longo da história de uma nova classe de direitos fundamentais não exclui, em absoluto, a(s) anterior (es), uma vez que uma vai se agregando à outra, de forma cumulativa, fortalecendo todo o conjunto de direitos fundamentais (BARROZO; MARQUES FILHO, 2011, p. 98).

2.1 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concretização dos direitos fundamentais pode ser definida, de acordo com Rafael Xerez (2014, p. 111) “como o um conjunto de ideias e práticas orientadas à atribuição de máxima eficácia às normas de direito fundamental com a finalidade de efetivação destes direitos”. Em breves palavras, concretizar direito fundamental significa transformá-lo em realidade.

O mencionado autor (2014, p. 111), identifica 4 (quatro) dimensões distintas concernentes à concretização dos direitos fundamentais, são elas: a) dimensão teórica, b) dimensão metódica, c) dimensão fática e d) dimensão estética. Tais dimensões são indissociáveis de um mesmo fenômeno, existem simultaneamente e encontram-se imbricadas.

A dimensão teórica diz respeito à concretização dos direitos fundamentais como teoria quanto a eficácia das normas de direito fundamental e possui como pressuposto a atribuição de maior carga eficaz possível a tais normas. Assim, para a efetiva produção dos efeitos pretendidos pelas normas de direito fundamental faz-se necessário compreender estas normas como normas dotadas de aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, a aplicabilidade imediata implica na efetivação pelos Poderes Públicos das normas de direitos fundamentais, independente de intervenção legislativa, isto é, a Administração e o Judiciário estão obrigados a concretizá-las (MATOS, 2012, p. 71). Dessa forma, em razão de sua própria natureza, torna-se desnecessário a previsão específica a respeito da aplicabilidade imediata em dispositivo constitucional, como requisito para sua atribuição às normas de direito fundamental integrantes de uma determinada ordem constitucional (XEREZ, 2014, p. 123).

Na dimensão metódica, a concretização dos direitos fundamentais consiste no método de interpretação/aplicação das normas de direito fundamental, as quais são compreendidas como normas de conduta dotadas de aplicabilidade imediata, o que permite a construção da norma do caso concreto com fundamento naquelas (XEREZ, 2014, p. 131).

Destarte, em razão da multiplicidade e imprevisibilidade das condutas humanas, as legislações não conseguem abarcar uma única solução jurídica considerada como correta para cada situação específica da vida. Assim, o método concretizador visa a densificação gradual da norma, para que haja a construção de solução adequada ao caso concreto, com base nas normas jurídicas e de elementos da realidade, envolvendo juízos de realidade e axiológicos justificáveis mediante argumentação racional (XEREZ, 2014, p. 137).

Dessa forma, entende-se que a construção da norma do caso concreto é o resultado do processo concretizador, o qual inicia-se com o texto normativo, a partir do qual é construída a norma geral, concluindo com a construção da norma do caso concreto, que se denomina de norma individual.

A dimensão fática, por sua vez, versa sobre à concretização dos direitos fundamentais como fato social consubstanciado nas condutas humanas, ou seja, consiste nas condutas humanas efetivamente praticadas que materializam posições subjetivas de vantagem abstratamente previstas nas normas de direito fundamental (XEREZ, 2014, p. 112).

Entretanto, sob a perspectiva do direito, a relação entre norma e fato, é entendida de forma diametralmente oposta pelo normativismo e pelo sociologismo jurídico, tendo em vista que o normativismo reduz o direito ao conjunto de normas positivadas, as quais possuem a descrição dos possíveis sentidos dos enunciados normativos integrantes do ordenamento jurídico. Enquanto, para o sociologismo jurídico, o direito deve ser compreendido, em sua essência, como fato social correspondente às condutas externadas pelos membros integrantes do grupo social (XEREZ, 2014, p. 195-196).

Dessa forma, a Constituição não é apenas a transcrição da realidade fática de sua vigência, mas visa conferir ordem e conformação à realidade política e social. Assim, o fato interessa ao direito não apenas enquanto situações que possam vir a ocorrer previstas no ordenamento jurídico, mas também como fatos materializados no mundo dos fenômenos possíveis de serem normatizados. Com isso, não compete a norma jurídica a mera descrição da realidade, da forma que esta se apresenta em determinado momento histórico, uma vez que busca a conformação e ordenação da realidade.

Por fim, a dimensão estética remete a concretização dos direitos fundamentais como arte, pois “a interpretação/aplicação das normas de direito fundamental não consiste em uma operação lógico-dedutiva, mas antes, manifesta-se como um ato expressivo, capaz de gerar uma experiência estética” (XEREZ, 2014, p. 219).

Destarte, a atuação do Estado, por intermédio das funções legislativa, administrativa ou judicial, visa como finalidade última a concretização dos direitos fundamentais. Assim, a norma jurídica, seja a norma geral produzida mediante atividade legislativa, seja a norma do caso concreto construída pelos particulares ou mediante atividade jurisdicional, devem possuir como objetivo final a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, pode-se entender que a norma jurídica constitui uma manifestação cultural, pois diz respeito a um objeto cultural, resultante de um ato expressivo, apto a produzir uma experiência estética, a qual envolve o conjunto de emoções e ideias produzidas na mente de um indivíduo pela apreciação de determinado objeto.

Acerca da concretização de direitos, enquanto manifestação artística, Rafael Xerez (2014, p. 262) destaca que,

[...] envolve uma tensão permanente das forças apolínea e dionisíaca. A força apolínea relaciona-se com os valores jurídicos da segurança e da igualdade em sentido formal, bem como com a manutenção da ordem posta, manifestando-

se, especialmente, na dimensão normativa do direito, ou, mais especificamente, na intenção de construção de uma ordenação normativa totalizante das condutas humanas. A força dionisíaca, por sua vez, pode ser relacionada com o valor jurídico da liberdade, manifestando-se, sobretudo, na dimensão fática do direito e no desejo de transformação da ordem posta, em busca da justiça social.

Assim sendo, sob uma perspectiva estética, a concretização dos direitos fundamentais depende do equilíbrio entre os espíritos apolíneo e dionisíaco. Enquanto manifestação do espírito apolíneo, a norma influencia o sentido a ser dado aos fatos vividos. Em contrapartida, os acontecimentos da vida, em sua diversidade inesgotável produzida pela inspiração dionisíaca, influenciam o sentido a ser dado à norma. Com isso, apenas com o equilíbrio entre norma e vida, segurança e liberdade, será possível a concretização dos direitos fundamentais. Ao ser concretizado, o direito torna-se arte e a justiça, realidade (XEREZ, 2014, p. 263).

3 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO PODER JUDICIÁRIO

Após a Segunda Guerra Mundial a ciência do direito passou por transformações significativas no plano da aplicabilidade das normas constitucionais. Com isso, as constituições do pós-guerra criaram ou fortaleceram a jurisdição constitucional com o intuito de instituir mecanismos efetivos de proteção aos direitos fundamentais.

Nesse contexto cresceu a importância do Poder Judiciário, uma vez que com a aplicação direta dos princípios constitucionais e a preocupação em dar eficácia aos direitos fundamentais, fez-se necessário resolver as tensões entre a colisão de princípios constitucionais. Assim, desenvolveu-se a técnica da ponderação o que tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera jurídica.

De acordo com Robert Alexy (2012, p. 86),

[...] As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como “princípios”. [...] Por outro lado, faz-se referência às normas de direitos fundamentais como regras quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais. No entanto, essas caracterizações permanecem quase sempre no nível de sugestões [...].

Ademais, o marco histórico para o Brasil foi a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois trouxe em seu texto ampla proteção aos direitos fundamentais e um extenso rol de princípios. Em seu art. 2º prevê a Constituição que

constituem poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Nessa arquitetura de Poder, reservou-se ao Poder Judiciário a função de solucionar os conflitos levados à sua apreciação.

Assim, Rafael Xerez (2014, p. 172) destaca que “a jurisdição deve ser necessariamente orientada para a concretização dos direitos fundamentais sob pena de invalidade do ato jurisdicional”. Portanto, por determinação constitucional, constitui dever indeclinável do magistrado a concretização dos direitos fundamentais na solução de litígios. Tal atividade jurisdicional pode ocorrer no plano normativo, enquanto norma decisória consubstanciada na decisão judicial, bem como no plano fático, como medidas impostas para garantir a efetivação desta decisão no mundo fenomênico.

Para Marinoni (1993, p. 102)

A finalidade da jurisdição não é mais apenas a de fazer atuar a vontade concreta do direito, pois se a noção de Estado é cambiante, é lógico que a natureza da jurisdição não poderá deixar de modificar-se. O Estado brasileiro atual, como já vimos, adota um modelo de democracia representativa “com temperos de princípios e institutos de participação direta dos cidadãos no processo decisório governamental”, daí “porque o regime assume uma forma de democracia participativa”, que também é democracia social e pluralista, já que “a Constituição incorpora princípios da justiça social e do pluralismo”. A democracia social e participativa tem fins bem distantes daqueles que eram buscados pelo Estado liberal [...].

Desta feita, o Estado, no desempenho do monopólio da justiça possui tanto o poder de resolver os conflitos que lhe são submetidos pelos litigantes, como o dever de solucioná-los adequadamente, o que lhe toca no desempenho da jurisdição é uma função (poder-dever), a que corresponde um direito subjetivo público do destinatário da tutela jurisdicional assegurada na Constituição, em seu inc. XXXV, do art. 5^o (THEODORO JÚNIOR, 2011, 545).

Além disso, os direitos e garantias fundamentais, muitas vezes permanecem nas normas, sem a devida realização no plano concreto social, portanto, compete ao Poder Judiciário, com a sua função de aplicador da lei, determinar ao Poder Executivo o cumprimento das disposições normativas com a finalidade de concretizar os direitos (OLIVEIRA, 2011, p. 548).

Destarte, a solução justa consagrada pelo processo do Estado Democrático de Direito não pode se relacionar à literalidade do enunciado de uma lei comum, uma vez que sempre estará sujeita a se conformar com os princípios e regras constitucionais, os

quais de acordo com Humberto Theodoro Júnior (2011, 545), são normas e, portanto, lei em sentido lato.

Destaca-se ainda, que o magistrado, como ser humano, possui noções e experiências de vida, das quais não será possível se dissociar no exercício da jurisdição, bem como incumbe ao juiz não só a função de compor definitivamente o conflito jurídico, mas também a de verificar e controlar os requisitos técnicos para que a composição se dê validamente.

Nesse sentido, ensina Marinoni (1993, p. 106)

Realmente, se a jurisdição é uma forma de expressão do poder do Estado, é claro que através dela devem ser canalizados fins do Estado. Qual o objetivo do Estado? Costuma-se responder: o bem comum. Então, nos limites de manifestação de poder que constituem a jurisdição, podemos dizer que o fim do Estado também é o encontro do bem comum.

Dessa forma, a jurisdição não diz respeito apenas a uma atividade meramente declaratória de um direito previamente dado, mas sim em uma atividade criadora do direito, a qual se realiza na construção da norma do caso concreto materializado na decisão judicial (XEREZ, 2014, p. 176).

Desta feita, o Estado para dar efetividade aos comandos constitucionais, deve observar as necessidades dos direitos fundamentais serem plenamente observados pelo Poder Público, com a materialização das políticas públicas necessárias para tanto, com a finalidade de cumprir todo o disposto na Constituição Federal de 1988. Assim, quando não ocorre de forma natural, seja por omissão do Poder legislativo, seja quando o Poder Executivo não se desincumbe de suas obrigações, resta ao Judiciário o dever de fazer cumprir as normas.

Nesse sentido, não há que se falar em limitação de atuação em face da Teoria da Tripartição dos Poderes, pois a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais é suficiente para exigir deles a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento, as quais poderão, inclusive, serem exigidas judicialmente, tendo em vista que o Judiciário não poderá assumir uma postura passiva diante da sociedade.

Nesse diapasão, é importante mencionar que a concretização de direitos depende de prestações estatais, e que estas dependem, em parte, do cumprimento do dever de pagamento de tributos. Com isso, é possível afirmar que os indivíduos, conforme suas possibilidades, atuam em cooperação para dar ao Estado os meios para atingir um de seus fins, possibilitando o desfrute de direitos pela sociedade (FARO, 2012, p. 192).

Ademais, o juiz ao prolatar a decisão judicial segundo Rafael Xerez (2014, p. 175) “[...] insere-se no processo de aplicação/produção do direito. Tanto o legislador como o juiz participam da atividade de produção jurídica, o primeiro estabelecendo normas gerais, o segundo, normas individuais.”

O ativismo judicial visa justamente essa postura ativa do juiz na solução dos litígios judiciais e na condução do processo, bem como se justifica, principalmente na tutela de direitos fundamentais, na proteção de minorias e a garantia de funcionamento da própria democracia. Tal postura ativa do juiz não interessa apenas às partes do processo, mas também há um interesse público na solução célere e justa do processo, como forma de assegurar à sociedade a integridade e efetividade do ordenamento jurídico, para que não haja descredito do direito como forma de garantia da paz social.

A ideia de processo/procedimento liga-se diretamente à concretização de direitos fundamentais, e a “participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2004, p. 74). Com isso, o direito a uma ordem processual adequada à concretização de direitos fundamentais é, igualmente, um direito fundamental, e, portanto, exige efetivação.

Nesse sentido, o processo constitui um instrumento que assegura a efetividade do direito fundamental de acesso à Justiça e de todos os demais direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, competindo a ciência processual moderna exclusivamente a realização concreta da Justiça.

Entretanto, não basta ao jurisdicionado a mera previsão constitucional como direito fundamental o acesso à Justiça, tendo em vista que é necessário que o Estado garanta, igualmente, através da reformulação de suas normas processuais, um procedimento eficaz à tutela jurisdicional efetiva.

Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 150) destaca

[...] O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

Desta feita, o direito fundamental a uma tutela jurisdicional, constitui um dos mais importantes, senão o mais importante direito fundamental, uma vez que por intermédio dele que é possível a efetivação dos demais direitos, pois a resposta do magistrado não

constitui apenas uma forma de dar proteção aos direitos fundamentais, mas uma maneira de se conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais que não requerem proteção mas somente prestações fáticas do Estado (MARINONI, 2013, p. 152).

Assim, não há como dissociar a concretização dos direitos fundamentais de um procedimento idôneo e participativo, capaz de oportunizar a concretização dos mesmos, tendo em vista que o devido processo, com suas garantias ao contraditório e a ampla defesa, consiste, ele próprio, em direito fundamental, materializando-se como meio ideal para a concretização dos direitos fundamentais na solução dos litígios (XEREZ, 2014, p. 185).

4 CONCLUSÃO

A positivação dos direitos fundamentais constitui uma das maiores conquistas da humanidade na luta contra a tirania e o poder irresponsável, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito se sobrepôs ao governo das leis, ao governo dos homens, se traduzindo em um modelo de constitucionalismo que visa à proteção de direitos fundamentais inteiramente afinado com o Estado de Direito.

A consagração dos direitos fundamentais na ordem constitucional foi uma grande conquista da humanidade, tendo em vista que são direitos diretamente aplicáveis. No entanto, para sua máxima efetivação, necessitam de uma dogmática constitucional que dê conta da sua especificidade.

O direito fundamental a uma tutela jurisdicional, é de suma importância para a concretização dos demais direitos fundamentais, tendo em vista que após algumas transformações sofridas ao longo da histórica, se apresenta hoje como uma concepção atrelada à noção de efetividade da prestação jurisdicional.

Desta feita, a concretização dos direitos fundamentais por intermédio do Poder Judiciário, constitui importante meio do exercício da democracia, bem como uma verdadeira alavanca do processo de consolidação da justiça brasileira. Entretanto, exige alterações nas funções clássicas dos juízes, os quais se tornaram corresponsáveis pelas políticas dos outros Poderes Estatais.

A Constituição brasileira fundou o Estado Democrático de Direito e, portanto, deve concretizar a democracia de modo a efetivar um processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solitária, com a respectiva participação do povo no poder.

Assim, o Poder Judiciário deve oportunizar a eliminação dos econômicos, sociais e culturais inerentes às diferentes classe ou estratos sociais, de modo a enseja a concretização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 669 p.

BARROZO, Thais Aranda; MARQUES FILHO, Vicente de Paula. O processo civil como instrumento para concretização do direito fundamental de acesso à justiça. **Scientia iuris**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 89-108, dez. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. **Introdução aos direitos humanos**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. 115 p.

MALHEIRO, Emerson Penha; CUNHA, Renata Silva. História, classificação e as gerações ou dimensões de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 978/2017, p. 39-54, abr. 2017.

FARO, Julio Pinheiro. Administração pública, financiamento e concretização dos direitos fundamentais. **Revista de direito brasileira**, Rio de Janeiro, v. 3/2012, p. 191-207, dez. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. 181 p.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 524 p.

MATOS, Marilene Carneiro. Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata. **E-Legis**, Brasília, n. 8, p. 66-81, jan./jun. 2012.

OLIVEIRA, Flávio Luís. O papel do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Doutrinas essenciais de direitos humanos**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 543 – 558, ago. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a “jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária” espécies de um mesmo gênero ou entidades substancialmente distintas? **Doutrinas essenciais de processo civil**. Rio de Janeiro, v. 2, p. 543-579, out. 2011.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 287 p.