

## A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Winnicius Pereira de Góes<sup>1</sup>

**RESUMO:** A Declaração de Independência Americana e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão marcam o início da ascensão e desenvolvimento dos Direitos Humanos, inicialmente no plano nacional (norte-americano), para depois expandir-se para o plano internacional. As necessidades humanas cada vez mais se mostraram presentes, como consequência do avanço tecnológico e do surgimento de novas condições existenciais, que clamaram por observações legislativas no plano nacional, por meio da constitucionalização de direitos e elaboração de legislações específicas e, também, na ordem supranacional, estabelecido no corpo de tratados internacionais. Porém, o problema que se coloca em nossos dias não está na elaboração de novos tratados internacionais com efeitos no plano jurídico interno dos países ou a constitucionalização de direitos decorrentes das mais variadas necessidades humanas passíveis de proteção jurídica. Hoje, o problema destes direitos está na efetivação e concretização, sobretudo dos direitos sociais. Portanto, há a necessidade de romper com a postura clássica de jurisdição, mediante uma prestação jurisdicional que combata as violações sistemáticas a direitos humanos e direitos fundamentais, que impacte o ambiente social, político, jurídico e cultural, tendo como balizas a Constituição e o corpo de tratados internacionais de Direitos Humanos, transformando a realidade social, para então, legitimar sua atuação mediante a realização efetiva e concretizante do discurso humanístico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisdição. Direitos Humanos e Fundamentais. Efetivação e Concretização.

**ABSTRACT:** The American Declaration of Independence and the Universal Declaration of Human and Citizen Rights, marking the beginning of the rise and development of Human Rights, initially in the (US) national plan, and then expand to the international level. Human needs increasingly were present as a result of technological advances and the emergence of new existential conditions that called for legislative observations at the national level, through the constitutionalization of rights and drafting specific legislation and also in the supranational order established body of international treaties. However, the problem that arises today is not the development of new international treaties affecting the internal legal level of countries or constitutionalization of rights arising from various human needs capable of legal

---

<sup>1</sup>Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Arthur Thomas - FAAT. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Especialista em Direitos Humanos e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FADUC. Bacharel em Direito pela Universidade do Norte do Paraná – UNOPAR. Presidente do Instituto *Ratio Juris* - Pesquisa, Publicações e Ensino Interdisciplinares em Direito e Ciências Afins. Advogado.

protection. Today, the problem is in the realization of these rights, and achievement, especially social rights. So there is the need to break with the classic posture of jurisdiction by a jurisdictional provision that combats the systematic human rights and fundamental rights that impact the political, legal and social cultural environment, with the Constitution as beacons violations and body international human rights treaties, transforming social reality, then, to legitimize its operations through the effective implementation and concretizante of humanistic discourse.

**KEYWORDS:** Jurisdiction. Human Rights and Fundamental. Effective and Implementation.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento histórico da humanidade, marcado por violações sistemáticas de direitos humanos, tem como marcos jurídico-políticos inovatórios, a Declaração Americana de Independência de 1776 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Estes documentos influenciaram todo a ordenação jurídica nacional e supranacional nos séculos posteriores, baseada numa cultura e literatura jurídica inicialmente fundada na concepção de direitos naturais e que, em um segundo momento, passaram a fazer parte de corpos de tratados internacionais e, ao final, foram inseridos nas cartas constitucionais mediante a adjetivação de direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

Esta mudança de paradigmas, na qual o Estado cede lugar ao homem enquanto sujeito de direitos e objeto central das ordenações, pondo-se fim à verticalização institucional jurídico-político-normativa entre Estado e o homem, teve na Declaração Universal dos Direitos Humanos, firmada no pós Segunda Guerra Mundial, a afirmação internacional deste movimento antropocentrismo.

A partir da afirmação das premissas iniciais no tocante a direitos humanos e direitos fundamentais, no plano nacional e internacional, sobretudo no Ocidente, além das antigas reivindicações, novas necessidades humanas advieram e, conseqüentemente, levaram ao surgimento de novos direitos humanos e direitos fundamentais.

Todavia, hoje a questão que se coloca é como efetivar e concretizar adequadamente os referidos direitos. Pois, analisando-se o quadro político, jurídico, social e econômico de diversos países nota-se que ainda se vive um tempo em que existem significativos fatores de exclusão social, justamente pela inobservância dos

direitos humanos e fundamentais assumidos como compromissos de governação e projeto de desenvolvimento do Estado.

O presente artigo pretende apresentar a via jurisdicional como novo mecanismo de efetivação e concretização dos direitos fundamentais e humanos, tendo-os como balizas que por si só estabelecem diretrizes suficientes para impedir o criacionismo jurisprudencial e a politização do Poder Judiciário.

Não se pretende defender a atuação do Poder Judiciário de modo invasivo e relativizador da divisão dos poderes constitucionalmente constituído. No mais, procurar-se-á defender a ideia de um Poder Judiciário que assume o ativismo judicial como sua missão constitucional, limitado, justamente, nas disposições constitucionais.

## **1 O ROMPIMENTO ENTRE PRAXE E O DISCURSO HUMANÍSTICO**

A Declaração de Independência Americana, de junho de 1776, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, influenciados por ideias iluministas, marcam o início da ascensão e desenvolvimento dos Direitos Humanos, inicialmente no plano nacional, para depois expandir-se para o plano internacional.

Embora em um primeiro momento tenha-se difundido o pensamento de direitos do homem (direitos naturais, posteriormente nomeados direitos humanos) inerentes a todos os seres humanos, na prática, mulheres, negros, judeus, escravos, dentre outros gêneros qualificativos, não foram privilegiados pela proteção dos direitos elencados nas referidas cartas-compromisso inaugurais do movimento jurídico humanista instaurado no Século XVIII (HUNT, 2009, p. 20-24).

Entretanto, o desenvolvimento histórico aliado aos acontecimentos políticos e às novas necessidades humanas colaboraram para a expansão e estabelecimento de um sistema jurídico internacional de proteção dos direitos humanos, alicerçado em tratados internacionais, como se estes fossem “uma lei de equilíbrio”, ou melhor, um “poder unificador [...] de modo a introduzir um Estado cosmopolita de segurança pública” (KANT, 2001, p. 15), consubstanciado em um direito cosmopolita “a um tal nível que a violação de um direito ocorrida num ponto da terra é percebida em todos os outros pontos”, como expressão do direito público

interno, nas constituições dos Estados e seus direitos fundamentais, e internacional em direção da paz perpétua (BOBBIO, 2004, p. 147).

A análise histórica mostra que o surgimento da declaração americana e da declaração francesa firmaram um inexorável movimento político, jurídico e cultural em direção à afirmação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, em uma mudança paradigmática exteriorizada pela modificação de postura do Estado e seus governantes em relação à população.

Passa-se de uma relação institucional verticalizada para uma relação marcada pela igualdade e pela liberdade (horizontalização). Isto é, privilegia-se o homem, instaura-se o individualismo humanista decorrente dos direitos naturais (posteriormente constitucionalizados), o que culminou com a consequente elevação da dignidade humana ao centro das ordenações jurídicas nacionais e internacionais após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, logo após a ocorrência das atrocidades nazi-fascistas cometidas durante a Segunda Guerra Mundial.

O antropocentrismo jurídico toma corpo, invade o mundo jurídico e consolida o modelo jurídico-político de direitos humanos e fundamentais no Ocidente.

Nesse sentido, as necessidades humanas cada vez mais se mostram presentes, como consequência do avanço tecnológico e do surgimento de novas condições existenciais humanas, originadoras de novas situações fáticas a serem abraçadas pelo Direito, que clamaram por observações legislativas no plano nacional, por intermédio da constitucionalização de direitos e elaboração de legislações específicas, assim como por sua inserção nos corpos de tratados internacionais.

As especificidades relacionais individuais e coletivas levaram, por exemplo, ao desenvolvimento de novos diplomas internacionais, signados por diversos países, todavia, voltados para parcelas da população mundial, tais como crianças, idosos, trabalhadores, negros, refugiados, pessoas doentes, dentre outros, ou, ainda para tratar de questões ambientais, de natureza política, econômica ou cultural.

Desse modo, tem-se, sobretudo, a proliferação e o desenvolvimento de novos direitos humanos e fundamentais específicos agora voltados para atender situações inobservadas durante séculos e que afetam toda a humanidade. “A

universalidade antes presumida no discurso dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no mundo ocidental passa também ao plano jurídico, consolidando valores comuns partilhados por toda a humanidade.” (FACHIN, 2009, p. 69)

Cita-se como exemplo a Convenção dos Direitos da Criança, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, a Convenção sobre os direitos do deficiente mental, a Convenção sobre diversidade biológica.

No Brasil, tem-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor e a recepção dos tratados acima mencionados.

Porém, o problema que se coloca em nossos dias não gira em torno da elaboração de novos tratados internacionais com efeitos no plano jurídico interno (nacional) ou a constitucionalização de direitos decorrentes das mais variadas necessidades humanas passíveis de proteção jurídica.

O problema dos direitos humanos e dos direitos fundamentais também não está alocado em sua difusão cultural, haja vista que a cultura de direitos humanos e de direitos fundamentais está bem disseminada, especialmente no espaço ocidental. Hoje, o problema desses direitos está, precisamente, em sua efetivação e concretização.

Nota-se facilmente em notícias jornalísticas de diversas regiões do globo que direitos humanos e fundamentais são recorrentemente violados em países signatários ou não dos tratados internacionais voltados para a proteção dos direitos humanos e nas constituições, sem que qualquer sanção seja imposta aos seus governantes ou particulares que os violam.

Outrossim, as políticas públicas direcionadas para a concretização de direitos humanos ou fundamentais de cunho social não atingem seus objetivos, seja por deficiência no planejamento ou em decorrência da corrupção governamental que assola os países de economia de desenvolvimento tardio, caracterizado pela corrupção, desvio de verbas destinadas à estruturação e manutenção de serviços na área da saúde, educação, segurança pública, moradia, saneamento básico, dentre outras áreas estratégicas.

Val destacar que o nível de realização das referidas políticas públicas revela se a boa governação está sendo efetivamente realizada. Para Canotilho (2012, p. 332),

Fica bem claro que a “good governance” não pode consistir numa simples política de alocação de recursos e de boas práticas orçamentais, se necessário, autoritariamente impostas, com desprezo dos direitos fundamentais humanos e dos princípios basilares da democracia e do Estado de Direito. Compreende-se, assim, os esforços de uma significativa parte de doutrina na firma elevação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais a *pré-condição básica* de qualquer boa governação [...].

Ainda nesta linha, entre períodos relativamente curtos, se vê a ocorrência de guerras e mais guerras, cujo único objetivo é o atendimento dos interesses de poucos, enquanto a maioria da população atingida sofre com a miséria e carece de estrutura política, jurídica e econômica para o desenvolvimento social, cultural e econômico adequado, no sentido de possibilitar a existência digna e a autodeterminação do ser humano enquanto pessoa sujeita de direitos e dotada de dignidade.

Neste cenário, a dignidade da pessoa humana, enquanto “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais”, (SARLET, 2010, p. 70) que tem por finalidade garantir aos seres humanos a existência saudável, cada vez mais é relativizada.

Assim, a praxe evidencia o rompimento com o discurso e a prevalência de método concretizador político e jurídico ineficaz no que diz respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais.

## **2 DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE JURISDIÇÃO À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COM VISTAS À REALIDADE SOCIAL**

A complexidade das questões apontadas revela que a função política do direito, “exercida quando se tem a visão crítica, socializada e humanística do direito e suas interações”(CAMARGO, 2009, p. 60), mostra um caminho viável a ser seguido, para, então, ver-se dirimido o problema da efetivação e concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Para isso, cabe ao Poder Judiciário a apreciação das situações que lhes são apresentadas, “respaldada pelas premissas sociais e axiológicas do próprio sistema, bem assim pela principiologia e pela interpretação jurídica que atenta para a diretriz da dignidade da pessoa humana” (CAMARGO, 2009, p. 60), para chegar-se a melhor solução concretizante e efetivadora dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

A concepção clássica de jurisdição e a barreira imposta pela ideia de separação absoluta das funções do Estado surgem como entrave à atuação jurisdicional junto aos poderes Executivo e Legislativo, e conduz a discussão no seguinte sentido: o Poder Judiciário pode impor aos poderes Legislativo e Executivo a observação de condutas administrativas e legislativas, que possibilitam a aplicação direta das diretivas constitucionais e de direitos humanos estipuladas nos tratados internacionais?

Diante da pluralidade e complexidade social com que nos deparamos em nosso tempo, não se pode aceitar que o papel da jurisdição limite-se apenas em ser uma “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei” (CHIOVENDA, 1943, p. 11) ou, na visão de Francesco Carnelutti, de dar a justa composição da lide nos termos do direito, pois, certamente, essas concepções de atividade jurisdicional não atendem aos anseios sociais e à realidade que vivenciamos.

Também não se pode aceitar que diante da pluralidade e da complexidade social na qual nos encontramos (isto em nível local, regional e mundial) que ainda prevaleça a rígida separação das funções do Estado com fundamento na teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, sob pena de ver-se a atividade jurisdicional aquém de suas finalidades e, conseqüentemente, falhar na sua missão constitucional e humanística consistente em fazer prevalecer os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Desse modo, uma jurisdição que combata as violações sistemáticas a direitos humanos e de direitos fundamentais deve impactar o ambiente social, político, jurídico e cultural. Deve ter como finalidade a inclusão social, política e econômica dos menos favorecidos ou excluídos nas relações sociais, no sentido de procurar atender às necessidades sociais observando a realidade social e as singularidades dos diversos grupos que a compõem, transformando-a, para então,

legitimar sua atuação mediante a realização efetiva e concretizante do discurso humanístico.

A jurisdição deve ser entendida como

[...] uma atividade que se destina à formação e composição de uma sociedade livre, justa e solidária, onde está garantido o desenvolvimento nacional, com a pobreza e a marginalização erradicados e reduzidas as desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (PAULA, 2002, p. 87)

Trata-se de uma nova visão acerca da jurisdição quando se fala em concretização e efetivação de direitos humanos e direitos fundamentais. Esses direitos, projetados do passado para o nosso presente e, ainda, para o futuro, nem mesmo em seus aspectos básicos foram implementados no plano nacional ou supranacional, cabendo, neste passo, aos respectivos Poderes Judiciários de cada país suprir esta falta quando necessário.

A escolha das políticas públicas ou políticas internacionais de cooperação necessariamente passa pela sua conformação à realidade social (local, regional e mundial). Não há dúvida de que o processo de escolha deve ser orientado pelas Constituições dos Estados e pelo corpo de tratados internacionais de direitos humanos, que quando não correspondidos, pedem a satisfação pela via jurisdicional efetiva.

Tome-se como exemplo nosso país. Encontra-se no artigo 3º, da Constituição Federal, os fins da jurisdição, que também constituem o objeto que legitima a atividade jurisdicional e nos oferecem as verdadeiras razões de sua existência.

Além disso, pode-se até mesmo afirmar que o conteúdo do artigo 3º, da Constituição Federal, estabelece diretrizes programáticas de vinculação obrigatória a atividade estatal, o que, certamente, exige a atuação conjunta e coordenada de todos os poderes públicos em busca de sua concretização, por meio da elaboração de leis, projetos governamentais e da atuação jurisdicional, sempre com vistas a melhor tutela aos direitos humanos e fundamentais.

Segundo Carlos Ayres Brito (2007, p. 102),

Agora a programaticidade tem que ser vista como descrição dos programas mínimos de todo e qualquer governo. Antecipado molde para o recorte de

políticas públicas passíveis de ampliação, sem dúvida, mas não de descarte. Um fazer primeiro que a Constituição ordena, impessoalmente, para somente depois se pensar (havendo folga financeira) em empreitadas que signifiquem a personalizada ocupação da cadeira do Poder por esse ou aquele bloco de parlamentares, por esse ou aquele chefe do Poder Executivo. Aqui, bastando que tais empreitadas (sempre de assento legal) sejam compatíveis com o Magno Texto. Não o afrontem. Ali, mais que uma fria ou linear compatibilidade, mais que um simples não-desrespeitar a Constituição, um somente fazer o que ela imperativamente determina. Logo, um contracenar no palco das ações político-administrativas sem a mínima possibilidade de fuga do script constitucional.

A efetivação e concretização dos direitos humanos e fundamentais adequada exige a atuação conjunta de todos os poderes estatais, o que por si só afasta a postura clássica no que diz respeito a atuação jurisdicional.

Dito de outro modo, a observância do artigo 3º, da Constituição Federal, exige que, “ante a falha do Poder Executivo (ausência de ação) e a falha do Poder Legislativo (ausência de legislação), resta a atividade do Poder Judiciário para conferir eficácia forçada à política social determinada no artigo 3º, da CF” (PAULA, 2002, p. 62), para que assim se possa definitivamente promover a passagem do discurso para uma praxe efetiva e concretizante no que diz respeito aos direitos humanos e fundamentais.

A tripartição das funções públicas, inicialmente amparada no mito da separação e independência dos poderes constitucionalmente constituídos já não tem mais o mesmo sentido. Faz-se, portanto, necessária a presença do Poder Judiciário em todos os setores públicos e sociais

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário, quando estritamente necessário, procederá a análise e a revisão das escolhas dos representantes dos poderes Legislativo e Executivo, que tenham por objeto o melhoramento das condições sociais ou, que, por serem ineficientes, acabam por manter o *status quo* excludente.

À atividade jurisdicional cabe verificar se as escolhas feitas estão consoantes aos corpos de tratados internacionais de direitos humanos signados pelo país e, à Constituição e, ainda, se convergem para os valores consagrados em seus textos, que em um primeiro momento, representou a vontade internacional em dado momento histórico e, no plano interno, a vontade de constituição de toda a população.

Dizer que a atuação jurisdicional firmada nestes moldes caracteriza a invasão de competências definidas nas constituições dos Estados trata-se de heresia.

Tomando-se mais uma vez as disposições contidas na Constituição Federal brasileira, nota-se que a nova concepção acerca da jurisdição em verdade não se revela invasão de competências, pois trata-se da genuína atividade jurisdicional, que personifica a figura de guardião da Constituição (art. 5º, XXXV, CF), dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, e tem como pressuposto a diminuição da exclusão social, mediante uma atuação que privilegia inclusão social, cultural, política e econômica dos excluídos.

Com efeito, não se pode concordar com

[...] algumas interpretações dadas pelo Poder Judiciário em algumas questões, como a impossibilidade do Poder Judiciário apreciar questão da administração pública, quando essa referir-se aos objetivos do art. 3º, da CF...Essas questões - de nítido caráter social – devem direcionar o direito processual e a atividade jurisdicional para a justiça social e com isso legitimar o exercício do ofício jurisdicional. (PAULA, 2002, p. 61)

A atividade jurisdicional deve ter em conta que

[...] A sociedade contemporânea é integrada por indivíduos, mas também por grupos. A sociedade identifica-se com o espaço onde circulam os indivíduos e os mais diferentes grupos: os seres coletivos. São as grandes corporações, os sindicatos, os partidos políticos, as associações culturais e de classe, a igreja, as grandes empresas, os conglomerados bancários; grupos dotados de interesses próprios, quase nunca coincidentes com aqueles do Estado, que muitas vezes disputam poder com este, e não muitas vezes são mais poderosos que ele. (CLEVE, 2003, p. 43)

Nesta esteira, para se chegar ao bem-estar social e ter-se a ética constitucional e dos direitos humanos disseminada no ambiente social, nas ações estatais em suas decisões políticas, econômicas e legislativas, o juiz, em sua atividade jurisdicional, deve, simplesmente, compreender a aptidão da jurisdição em realizar a justiça social, com os olhos voltados para os valores inseridos nos corpos de tratados internacionais e nas constituições dos Estados.

Não há qualquer dúvida que, sobretudo, em países de

[...] modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado, como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à

transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição. A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige a firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988. Nos países periféricos, o Judiciário deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais. Caso contrário, a prevalecer as posições mais conservadoras pela não interferência judicial, menores são as perspectivas de efetivação desses direitos e, conseqüentemente, mais distantes ficam esses países da promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social. (CAMBI, 2010, p. 181-182)

Como consequência dos movimentos políticos e culturais, no decorrer da história surgiram declarações de direitos e uma gama de tratados internacionais, voltados para a dignificação do homem e à centralização de todo o ordenamento jurídico nacional e supranacional justamente ao redor do homem, o que por si só impede que qualquer formalidade impeça a manutenção de qualquer *status* dogmático-formalista que prejudique o fortalecimento da atividade jurisdicional baseada no sentimento humanístico, com vistas à implementação eficaz e concreta dos princípios basilares constitucionais e internacionais relacionados aos direitos humanos.

A questão principal é que vivemos um tempo em que muito se fala em direitos fundamentais e direitos humanos. Dá-se aos direitos fundamentais e aos direitos humanos um protagonismo nunca visto antes em nossa história, cria-se direitos humanos ou de dignidade constitucional a toque de caixa, como consequência do rápido desenvolvimento científico, tecnológico e econômico.

Contudo, este desenvolvimento não se reflete nas relações sociais em mundo atualmente globalizado, pois, de certo modo, há uma ruptura entre o discurso humanista e de direitos fundamentais e a praxe política executiva e legislativa, que colaboram para a manutenção e fortalecimento do estado excludente no tocante as diferenças sociais, econômicas, políticas e culturais originadas por suas escolhas.

Como bem explica Jônatas Luiz Moreira de Paula (1999, p. 80):

Como reflexo da falência da administração do Bem Estar Social, o Estado passou a diminuir sua presença em setores nos quais ele era prescindível para atender eficazmente o setor em que ele era indispensável: a promoção social. Essa mudança de comportamento político foi motivada pela seguinte situação: observou-se que o Estado que muito promete e pouco cumpre, é um Estado ineficaz; mas um Estado que pouco promete, e cumpre, é um Estado eficaz. Assim, em nome da eficácia do Estado com o objetivo de promover uma melhora na qualidade do serviço, justifica-se a sua esfera de

interferência. Em contrapartida, deve o serviço jurisdicional – assim como outros serviços exercidos pelo poder público – corresponder às pretensões dos cidadãos brasileiros.

Complementa ainda o literata jurídico que o ativismo jurisdicional possibilita ao jurisdicionado ter a seu favor uma jurisdição que

[...] não só distribui riquezas entre os integrantes de diversas classes sociais, ela também serve para corrigir desigualdades sociais e colocar seus integrantes em condições de competir no mercado econômico. São exemplos da atuação da jurisdição civil: o reconhecimento da prática do racismo na competição pelo mercado de trabalho e a definição da responsabilidade civil decorrente desta prática; a distribuição de terras aos sem terras; a demarcação de terras para as populações indígenas; a garantia do acesso de pessoas a funções públicas, discriminadas em razão de sexo e idade; escolaridade a quem foi negada por razões múltiplas. Enfim, de maneira direta ou indireta, faz circular e distribuir rendas e bens de consumo. As classes desfavorecidas são as que mais necessitam da jurisdição como meio de promoção individual e ascensão social. (PAULA, 1999, p. 86)

A verdadeira atuação jurisdicional baseada nos direitos humanos e nos direitos fundamentais permite ao Poder Judiciário “[...]miscuir, inclusive, nas escolhas ou opções do legislador, quando observar desacordo com metas, finalidades, enfim com parâmetros de juridicidade previstos no ordenamento jurídico” (BARROS, 2008, p. 140), na Constituição e no corpo de tratados internacionais relacionados aos direitos humanos. Somente uma atuação jurisdicional pautada nestes axiomas pode atingir um grau de efetivação e concretização em grau elevado, que atenda às necessidades humanas e, conseqüentemente, faça prevalecer a tão aludida dignidade da pessoa humana.

No caso brasileiro, conforme já mencionado, pode-se utilizar como fundamento, nesta busca para a verdadeira implementação dos direitos humanos e fundamentais, o artigo 3º, da Constituição Federal, que segue em direção da ampla atuação jurisdicional fiscalizatória e ativa sobre o oferecimento por parte do Estado de condições dignas ao homem no que diz respeito a serviços de saúde, educação, saneamento básico, alimentação, moradia ou, ainda, em questões que envolvam discriminações de natureza políticas, religiosas, sexuais, por idade, cor da pele, nacionalidade.

Dito de outra maneira para se chegar a uma atuação jurisdicional efetiva e concreta, o Poder Judiciário deve atentar-se às premissas hermenêuticas dirigidas à jurisdição para obter a melhor interpretação e aplicação das normas

constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais, bem como, atentar-se para os valores humanísticos inseridos nos tratados internacionais. Ou seja, a prestação jurisdicional deve ser pautada nos direitos fundamentais, nos direitos humanos e ter como ponto de convergência a dignidade da pessoa humana, inserindo-os no contexto da realidade social e toda sua complexidade.

Pode-se dizer que no plano nacional, o Poder Judiciário tem a Constituição como ponto de partida e ponto de chegada hermenêutica, e abandonar a ideia positivista de que o texto constitucional esteja ilhado “[...] em um mundo exclusivo de leis positivas, descuidando igualmente da tarefa, senão mais essencial, de fazê-la valer como força constitutiva de um *idem sentire* político, difundido em todos os estratos sociais” (ZAGREBELSKY, 2004, p. 23). A Constituição não pode ser colocada apenas como vértice do ordenamento jurídico, ela deve ser confrontada com a realidade justamente para atingir os fins constitucionais e proporcionar à atividade jurisdicional a sua realização plena, consubstanciada em uma atuação fundada no humanismo, o que conseqüentemente possibilitará a inclusão social baseada nos valores jurídicos-princípios fundamentais e de direitos humanos.

O diálogo com a realidade social torna os direitos humanos firmados no esteio jurídico-político internacional fortalecidos e, definitivamente, inseridos na cultura jurídico-política de cada Estado. Somente por esta via dá-se aos direitos humanos capacidade transformadora da sociedade, seja em nível local, regional ou mundial.

Do mesmo modo, mais uma vez referindo-se ao plano interno dos Estados, a confrontação dos direitos fundamentais inseridos na Constituição com a realidade também confere à Constituição a possibilidade de transformar o paradigma social estabelecido e evidencia a

[...] capacidade da Constituição, planejada como lei, de converter-se em *ius*; fora de formalismos, na capacidade de sair da área do poder e das frias palavras de um texto para deixar-se atrair a esfera vital das convicções das idéias queridas, sem as quais não se pode viver e que se adquire com calor. (ZAGREBELSKY, 2004, p. 22)

Portanto, nesta nova perspectiva, a jurisdição, por intermédio da efetivação e concretização dos direitos humanos e fundamentais, caracteriza-se

como mecanismo de inclusão social, que tem os valores constitucionais e de direitos humanos como balizas.

As limitações constitucionais e de direitos humanos, certamente, não conferem ao Poder Judiciário a capacidade de influenciar a conduta dos demais poderes estatais por meio de uma interpretação criativa ou subjetiva, marcada pela politização, que acaba por degenerar a própria constituição e a razão de ser dos direitos humanos, mas somente o desenvolvimento de uma interpretação dialética, realista, que observe as condições sociais.

Isto porque “julgar é uma tarefa essencialmente axiológica” e ao juiz não basta aceitar a ordenação legislativa, pois a ele cabe “[...] ser um crítico dos preceitos ditados pelo legislador [...] tornando-se responsável pela legitimação social do direito e, conseqüentemente, por uma tutela jurisdicional justa” (CAMBI, 2008, p. 134) e inclusora.

Convém ressaltar, que essa forma de atuação jurisdicional, além de promover a inclusão social mediante a busca pela implementação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, fortalece a Constituição e a democracia.

Por conseguinte, o paradigma jurisdicional sustentado nesse artigo impede que a Constituição sofra com incessantes modificações (reformas) “ao nível de uma lei ordinária e a matéria constitucional se confunde com a luta política cotidiana...A lei da boa vida das constituições é o desenvolvimento na continuidade. O instrumento normal é a jurisprudência...” (ZAGREBELSKY, 2006, p. 165). Este também é um importante papel da jurisdição enquanto meio de efetivação e concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

## **CONCLUSÃO**

Desde a afirmação histórica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais nas constituições, passando pelo surgimento de novas necessidades humanas, o grande problema em torno destes direitos está na sua efetivação e concretização.

A atuação do Estado, seja por meio da escolha de suas políticas públicas e, até mesmo, sua postura no cenário internacional evidenciam se sua postura privilegia, ou não, os valores consagrados no corpo de tratados internacionais, especificamente, de direitos humanos ou os direitos fundamentais

inseridos nas cartas constitucionais, que tem como finalidade principal conduzir a atividade estatal ao encontro da dignidade da pessoa humana.

A via jurisdicional torna possível a efetivação e concretização dos direitos em questão, desde que pautada na Constituição e no corpo de tratados de direitos humanos, sob pena de ver-se sua atuação caracterizada pela politização e criacionismo jurisprudencial.

O rompimento com a postura clássica da jurisdição e o surgimento da postura jurisdicional ativa não significa que se tenha caracterizada a invasão de competências estatais ou a diminuição do campo de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Para o bem da verdade, o que se busca na satisfação jurisdicional é a afirmação e reafirmação dos valores tidos como direitos humanos e direitos fundamentais, com vistas à inclusão social, política, econômica, cultural e jurídica dos jurisdicionados.

Não se quer defender uma atuação jurisdicional invasiva, a judicialização da política ou a “ditadura jurisprudencial”. Pretende-se defender a posição ativa do Poder Judiciário que supre a omissão dos poderes constitucionalmente constituídos sem perder de vista as limitações constitucionais, orçamentárias, estruturais, de um país de modernidade tardia, como é o caso do Estado Brasileiro.

Por fim, convém ressaltar que essa forma de atuação jurisdicional, além de tornar possível a concretização e efetivação dos direitos humanos e fundamentais, ante a interação da realidade o texto constitucional e as cartas internacionais de direitos humanos, as fortalece pela via jurisprudencial, ao evitar o seu abandono e a procedência de incessantes modificações textuais das cartas nacionais e internacionais, calhando por efetivá-los e concretizá-los adequadamente, em um mundo socialmente globalizado e, ao menos em tese, cosmopolita.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRITO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CAMARGO, Daniel Marques. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

CAMBI, Eduardo Salomão. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição no processo civil: compreensão crítica**. 1 ed. 7 tiragem. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2012.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. Teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KANT, Immanuel. Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita. In: TERRA, Ricardo R. (org.). **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri: Manole, 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme: Editora de Direito, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang . **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley, El derecho y La constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 24. Núm 72. Set.-Dez. 2004.

\_\_\_\_\_. **Que és ser juez constitucional?** Trad. Miguel Carbonell. Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autonoma do México. Num. 15. Nov. 2006.