

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS E PODER JUDICIÁRIO**

### **FUNDAMENTAL RIGHTS AND JUDICIARY POWER**

Heloísa Alva Cortez Gonçalves\*

Mariane Helena Lopes\*\*

**RESUMO:** Os direitos da personalidade trazem inúmeros preceitos fundamentais á condição humana. O Poder Judiciário se mostra fundamental para o efetivo cumprimento destes direitos inerentes ao homem. Atualmente o Poder Judiciário tem a necessidade de alargar suas funções para atender a demanda e proteção aos direitos da personalidade, porém até que ponto poderá usar desta função? A relação entre os três poderes se faz presente para o estudo do contexto. Necessário reafirmar a necessidade da consolidação da efetiva autonomia do Poder Judiciário á fim de prosperar concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

**PALAVRAS- CHAVE:** Direitos da Personalidade; Poder Judiciário; Pessoa Humana.

**ABSTRACT:** The rights of the personality bring innumerable basic rules the condition human being. The judiciary power if shows basic for the effective fulfilment of these inherent rights to the man. Currently the judiciary power has the necessity to widen its functions to take care of to the demand and protection to the rights of the personality, however until point will be able to use of this function? The relation between the three to be able if makes gift for the study of the context. Necessary to reaffirm the necessity of the consolidation of the effective autonomy of the Judiciary Power in order to prosper concretion of the basic rights of the person human being.

**KEYWORDS:** Rights of the Personality; Judiciary Power; Person Human.

## **1 INTRODUÇÃO**

Os Direitos Fundamentais Sociais refletem direitos com uma tradição histórica ligada às lutas sociais, pelo reconhecimento de melhores condições de vida, fazendo referência a

---

\* Graduada em Direito (UNICESUMAR). Especialista em Direito Constitucional (UEM). Especialista em Direito Ambiental (Universidade Internacional de Curitiba). Mestre em Ciências Jurídicas com ênfase nos Direitos da Personalidade (UNICESUMAR), com formação especializada em Direitos Humanos (Universidad Pablo de Olavide - Sevilla - Espanha), Advogada.

\*\*Mestre em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR) e especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Docente do UNICESUMAR nos cursos de Administração, Direito, Gestão de Comércio Exterior, Gestão de Recursos Humanos, Jornalismo, Logística, Pilotagem de Aviões e Publicidade e Propaganda. E-mail: mariane.lopes@unicesumar.edu.br

uma luta por igualdade e liberdade reais, no sentido de que todos deveriam desfrutar de igual oportunidade de ser livre<sup>1</sup>.

A questão é saber de que maneira a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais poderá ser alcançada. Qual é o papel do Poder Judiciário nesse ponto? Qual é a importância da participação popular nesse sentido? Quais as consequências e críticas que advém desta atuação? Em suma, pretende-se identificar e/ou estimular uma participação mais democrática da Sociedade Civil, em relação às decisões que versem sobre a concretização destes direitos meta-individuais<sup>2</sup>.

## **2 PRINCIPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

A tripartição concebida por Aristóteles (A Política) e aprimorada por Montesquieu (O Espírito das Leis) visava à contenção do Poder (o poder contém o poder) e evitava a concentração do Poder estatal em único órgão<sup>3</sup>.

A concentração do poder nas mãos de uma só pessoa ou de apenas um órgão tem-se revelado maléfica. O poder absolutizado, ao invés de servir aos governados, passa a se constituir em ameaça que pende sobre seus direitos e sua liberdade. Em muitos momentos da História e em várias partes do mundo, o mau uso do poder tem sido um peso injustamente suportado pela sociedade. Daí a necessidade imprescindível de se estabelecerem regras para disciplinar sua distribuição e seu uso.<sup>4</sup>

O poder tende a corromper e o poder absoluto tende a corromper absolutamente. Torna-se imperioso que o poder seja disseminado e repouse sobre a maior quantidade de pessoas a fim de que seja exercido o menos arbitrariamente possível. Ao longo do tempo, muitos autores contribuíram para se fixar um mecanismo capaz de estabelecer condições mínimas de exercício do poder. Deste modo, após longo caminho, idealizou-se uma forma de distribuição das funções do Estado, de modo que pudessem estar em mãos diferentes as

---

<sup>1</sup> CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18 out. 2009.

<sup>2</sup> ZENI, Carine. *O poder Judiciário como Legislador Positivo na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/217>>. Acesso em 20 out. 2009.

<sup>3</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.9, 1995, p. 40-48.

<sup>4</sup> FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista eletrônica do Cesumar*.

tarefas de elaborar a lei, de executar atos de acordo com a lei e de decidir os casos litigiosos. As principais contribuições foram dadas por Aristóteles, John Locke e Montesquieu.<sup>5</sup>

No quadro da atual fase política porque passa o Brasil, intitulado Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário exerce papel de proeminência. Especialmente no que diz com o zelo pelo cumprimento da Constituição Federal, deve-se considerar todo juiz um juiz constitucional. E sem respeito à Carta Maior não há democracia ou sequer esboço aproximado dela. É em nome dessa mesma democracia que o Poder Judiciário age apenas quando provocado, para garantir a tão importante imparcialidade e o faz usando de procedimentos previamente conhecidos pelas partes, evitando surpresas às mesmas, respeitando assim o direito fundamental ao devido processo legal.<sup>6</sup>

O Estado exerce as funções de legislar, governar e julgar. O princípio está previsto na Constituição brasileira de 1988 (art. 2º). Essa concepção tripartite das funções estatais é resultado de longa evolução histórica.<sup>7</sup>

Uma das responsabilidades essenciais do Poder Judiciário relaciona-se com a conquista e a manutenção do Estado Democrático de Direito. Um Judiciário independente é condição *sine qua non* para uma democracia plena.

Seriam três as funções do Poder Judiciário contemporâneo: decidir os conflitos, controlar a constitucionalidade das leis e realizar seu autogoverno.<sup>8</sup>

Para Gomes são cinco as funções do Poder Judiciário: a) aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos; b) controlar os demais poderes; c) realizar seu autogoverno; d) concretizar os direitos fundamentais; e) garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito.<sup>9</sup>

Um Judiciário transparente, que “já viveu, até muito pouco tempo, como um molusco, fechado em sua própria concha”, precisa mostrar-se “porque, quanto mais conhecido for [...], mais será compreendido e menos será criticado, porque não serão apenas seus

---

<sup>5</sup> FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista eletrônica do Cesumar*.

<sup>6</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O poder Judiciário olhando diferente para os direitos fundamentais do homem através da Hermenêutica*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/gpforma/1senafe/ligacoes/comunicacoes.htm>>. Acesso em: 17 out. 2009.

<sup>7</sup> FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista eletrônica do Cesumar*.

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 55.

<sup>9</sup> GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 15-117.

defeitos que serão conhecidos de todos, mas também suas virtudes” (Min. César Astor Rocha, presidente do Superior Tribunal de Justiça).

O modelo tripartite deve ser conformado, em tempos atuais, à forma de Estado a que se encontra vinculada: no Estado Social, diferentemente do ocorrido no Estado Liberal, impõe-se o controle de um Poder sobre o outro como forma de concretização dos objetivos buscados pela ordem constitucional, mormente diante da nova feição prestacional do Estado.  
10

Mais adequado, portanto, falar-se atualmente em “tripartição de funções estatais”, sob o entendimento que o Poder Estatal é uno, atuando cada uma das funções administrativa, legislativa e judiciária como forma de controle e contenção da outra, no concebido projeto de *checks and balances*, o qual autoriza que os demais Poderes realizem auto-correções ou correções externas nos atos violadores das normas que os vinculam.<sup>11</sup>

### **3 APLICAR CONTENCIOSAMENTE A LEI AOS CASOS PARTICULARES**

Trata-se da mais antiga função do Poder Judiciário. Ao juiz, não se reservava outra tarefa que não fosse identificar no ordenamento jurídico (no Código) a norma incidente, aplicá-la ao caso concreto e solucionar o litígio levado à sua apreciação. Portanto não poderia ser o juiz somente o aplicador da lei. Embora as características dos litígios, na sociedade atual, tenham se alterado, com as demandas plurissubjetivas, aplicar a lei contenciosamente aos casos particulares continua sendo missão do Poder Judiciário. Contudo, é imperioso reconhecer que sua missão está bastante ampliada.<sup>12</sup>

### **4 CONTROLAR OS DEMAIS PODERES**

---

<sup>10</sup> BACHUR, João Paulo. O controle jurídico de políticas públicas. *Revista da Faculdade de Direito*, ano I, vol. 97, São Paulo, 2002. p. 647-682.

<sup>11</sup> LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 94.

<sup>12</sup> FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista eletrônica do Cesumar*.

A doutrina da tripartição de poderes concebeu Legislativo, Executivo e Judiciário independentes e harmônicos entre si. Nessa arquitetura de poder, reservou-se ao Poder Judiciário a tarefa de solucionar os conflitos levados à sua apreciação.<sup>13</sup>

A Constituição de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário legitimidade para controlar o arbítrio dos demais poderes. Nesse sentido, cabe aos juízes: o poder e o dever de anular atos administrativos ilegais; invalidar atos praticados com abuso de poder; declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.<sup>14</sup>

## **5 REALIZAR SEU AUTOGOVERNO**

Em razão do princípio da independência entre os poderes, o Poder Judiciário tem autonomia para realizar seu autogoverno. Essa autonomia, prevista na Constituição Federal (art. 99), tem tripla dimensão: administrativa, financeira e funcional.<sup>15</sup>

## **6 PROTEGER OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Pode-se afirmar que, neste início do século XXI, encontra-se em curso a *era dos direitos humanos fundamentais*. Tais direitos têm se constituído no objeto central das preocupações dos governos e das pessoas em geral. No Estado do bem-estar social – pouco efetivado no Brasil –, desenvolveu-se uma pluralidade de novas necessidades e de novos direitos fundamentais para sobrevivência humana, cuja satisfação exige a atuação dos poderes estatais.

Cabe a todas as instâncias estatais prover tais necessidades ou criar as condições necessárias, para elas poderem ser atendidas. Em face da incapacidade do Poder Executivo, bem como da inércia do Poder Legislativo, para se atender satisfatoriamente essas demandas, tem restado às pessoas a busca de um provimento jurisdicional.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> FACHIN, Zulmar. As Funções do Estado no Pensamento de Aristóteles, John Locke e Montesquieu: breve resgate histórico. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*. Londrina: IDCC, v. 1, p. 143-151, 2005.

<sup>14</sup> FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista eletrônica do Cesumar*.

<sup>15</sup> FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista eletrônica do Cesumar*.

<sup>16</sup> FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista eletrônica do Cesumar*.

Estas observações preliminares revelam que ao Judiciário cabe, em última instância, o reconhecimento da dignidade humana nas suas diversas manifestações, principalmente aquelas relacionadas com os direitos fundamentais catalogados ou não no Texto Constitucional. Revelam também que as decisões sentenciadas devem em qualquer instância, no caso concreto, e orientarem por este preceito magno possam caracterizar-se pela validade, legitimidade e eficácia.

De modo que a pergunta nuclear é: até que ponto a tutela jurisdicional tem sido utilizada para realizar o objetivo macro da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar do Estado brasileiro?

De tal sorte que a tutela jurisdicional deve estar profundamente comprometida com os princípios constitucionais que estão atrelados à supremacia vetorial da dignidade humana. Dignidade humana que é “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.<sup>17</sup>

E esse comprometimento passa por uma concepção individualista porque o Estado, a título de priorizar o coletivo, tem se recusado a atender demandas individuais argumentando que há “o risco de do efeito multiplicador de tais decisões que ofendem a ordem e a economia pública, ante a imposição do pagamento de alto custo sem prévio procedimento administrativo.”<sup>18</sup>

Todavia, contra este argumento inaceitável, Gustavo Tepedino argumenta que “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental da erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do artigo 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos e desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula

---

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64.

geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico”<sup>19</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta uma dimensão fundamentadora, como núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo, uma dimensão orientadora que estabelece metas ou finalidade predeterminadas que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obste a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional, e uma dimensão crítica que serve de critério para aferir a legitimidade das diversas manifestações legislativas, executivas e jurisdicionais.<sup>20</sup>

A preponderância do princípio magno, o da dignidade do homem, tem sido objeto de intensos estudos que proclamam, em uníssono, que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito da dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”<sup>21</sup>.

O homem, como núcleo fundamental das sociedades modernas, condicionado pelos dispositivos constitucionais imanentes da sua dignidade, adquiriu força imperiosa em diversos ordenamentos jurídicos, como destaca, por exemplo, a Carta Espanhola de 1978, no seu artigo 1º: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público.”<sup>22</sup>

O fenômeno ocorreu em todo o mundo, de modo geral, principalmente após o advento da Carta das Nações Unidas<sup>23</sup>, que no seu preâmbulo reafirma a “fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos

---

<sup>19</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>20</sup> BULOS, Uadi Lammêngo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009.p. 392.

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 106.

<sup>22</sup> BULOS, Uadi Lammêngo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009.p. 393.

<sup>23</sup> A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça faz parte integrante da Carta. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_carta.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php)> Acesso em 12 fev. 2009.

homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla”.

No Texto pátrio, a dignidade da pessoa humana foi plantada no artigo 1º, inciso III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, como alicerce do Estado Republicano brasileiro, “uma ordem estatal justa, mantenedora das liberdades públicas e do regime democrático cuja força e intensidade projetam-se em todos os escaninhos da vida constitucional brasileira”.<sup>24</sup>

Os Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário deve atuar de modo objetivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Essa atuação deve ser ampla, aferindo se as políticas públicas estão sendo desenvolvidas e, mais do que isso, se estão atingindo os objetivos previstos na Constituição. Nessa direção, o Poder Judiciário deve atuar de forma ativa, suprindo omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes.<sup>25</sup>

Direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder. O Estado despótico é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto, encontra-se o Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito.<sup>26</sup>

O Estado Constitucional Democrático de Direito, previsto na Constituição de 1988 precisa ser garantido. Nesse propósito, exige-se que todos os governantes e todas as pessoas o protejam, mas, de modo especial, requer dos juízes que o exercício de suas funções seja voltado para sua proteção e garantia.<sup>27</sup>

Nesse contexto constitucional, os direitos de personalidade saem de um paradigma meramente patrimonialista e passam a exercer uma função protetiva não mais do sujeito de direitos, mas um papel promocional do livre desenvolvimento da personalidade, afastando todos os óbices a que tal fato ocorra.

Lembra Gustavo Guerra que é na Constituição que o Poder Judiciário deve buscar o referencial argumentativo de aplicabilidade lógico-legitimante das decisões que impliquem a

---

<sup>24</sup> BULOS, Uadi Lammêngo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009.p. 390.

<sup>25</sup> ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 75-76.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 23.

<sup>27</sup> FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista eletrônica do Cesumar*.

valoração dos direitos civis, políticos e sociais. Um dos caminhos para tal empresa é a busca por uma hermenêutica contextualizada com as transições de paradigmas que ora se impõem, especialmente a partir de uma maior aproximação da semiótica jurídica, cada vez mais implicada na compreensão e estruturação do direito, tal como a filosofia da linguagem no seu papel de construção das relações humanas. Sem esquecer, é claro, da hoje permanentemente reclamada interpretação principiológica, em que se reconhece a plena e audaz carga de normatividade e argumentatividade dos princípios.<sup>28</sup>

Impõe-se frisar que se defende a possibilidade dos juízes atuarem como legislador positivo para salvaguardar Direitos Fundamentais Sociais sem que sejam subvertidos os basilares da Democracia.<sup>29</sup> Em suma, defende-se que o Judiciário tem a função de garantir a Supremacia da Constituição, em especial o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade.<sup>30</sup>

O STF, através da “Ação Declaratória de Constitucionalidade”, possui poderes mais extensos que o próprio Poder Legislativo, tendo em vista que o Poder Legislativo não consegue imunizar os seus próprios atos do Controle de Constitucionalidade incidental ou concentrado, mesmo as emendas constitucionais.<sup>31</sup>

Um exemplo no qual o Poder Judiciário atuou como legislador positivo é a decisão cautelar proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 4, cujo relator foi o Ministro Sidney Sanches, julgada em 11 de fevereiro de 1998, pois além de imunizar o art. 1º da Lei 9.494/97 do controle incidental de inconstitucionalidade, a decisão suspendeu os efeitos das decisões anteriores que tivessem por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do mesmo dispositivo legal.<sup>32</sup>

## **7 CRÍTICA AO MODELO ATUAL**

---

<sup>28</sup> GUERRA, Gustavo Rabay. *Direitos Fundamentais e Poder Judiciário*. Disponível em: <[http://www.jfjb.gov.br/esmafe/pdf\\_esmafe/direitos%20fundamentais%20e%20judiciario%20duplo.pdf](http://www.jfjb.gov.br/esmafe/pdf_esmafe/direitos%20fundamentais%20e%20judiciario%20duplo.pdf)> Acesso em: 19 out. 2009.

<sup>29</sup> ZENI, Carine. *O Poder Judiciário como Legislador Positivo na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/217>>. Acesso em: 20 out. 2009.

<sup>30</sup> ANDRADE SILVA, Ana Cristina Monteiro de. *O Poder Judiciário como legislador?* Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero27/prodacad.pdf>. Acesso em: 20 out. 2009.

<sup>31</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo34.htm>>. Acesso em: 19 out. 2009.

<sup>32</sup> ZENI, Carine. *O Poder Judiciário como Legislador Positivo na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/217>>. Acesso em: 20 out. 2009.

É preciso pensar se o Poder Judiciário, tem-se dado conta de que os instrumentos de que se utiliza para agir canalizam ações fortes para direitos individuais e ações fracas para os direitos coletivos. Por outro lado, a pobreza da formação cultural, que despreza o coletivo e o bem comum, justifica o descaso do legislador e o pouco preparo dos operadores jurídicos para com as demandas da cidadania, que envolvem direitos coletivos.

De nada adiantará mudar os Códigos e tampouco abrir as possibilidades de tutela coletiva dos direitos se o operador do direito mantiver-se indiferente às injustiças e às desigualdades sociais. Um dos primeiros princípios fundamentais da federação brasileira é reduzir as desigualdades entre os homens. Sua associação com a ideia de bem comum e de vida boa é irredutível. Ultrapassa o sentido do individual e os limites da esfera de cada indivíduo. Fala a fala da cidadania e exige do Estado prestações positivas.

A permanência da inefetividade dos direitos fundamentais, como o direito à saúde, educação, moradia, meio ambiente sadio, respeito aos direitos da personalidade, entre tantos outros, continuará na pauta do dia e das discussões dos juristas se não se realizar a aproximação do Direito com a história, percebendo-se que dados do passado que servem de lições ao presente não são estáticos, mas plásticos porque devem ser hermeneuticamente compreendidos.<sup>33</sup>

É necessário que a essencial problematidade do Direito, que o aproxima inexoravelmente do caso, surge hoje com imperiosidade, o que leva a duvidar que um dia Descartes e Leibniz puderam concebê-lo como construção matemática. Daí a necessidade de se abandonar a linguagem unívoca, aceitando a inversão do dogmático pelo problemático, alforriando-se do simples em que tranquilamente sempre se acreditou, para o complexo que se impõe cotidianamente.<sup>34</sup>

É importante que se compreenda que os princípios constitucionais ligados à atividade do Poder Judiciário sofram uma releitura, para que deixem de ser interpretados como princípios de um modelo ideal e sim que o seu ser se desvele para fazer da efetividade uma realidade, diante da faticidade e pluralidade dos direitos materiais existentes – aqui direitos fundamentais -, ainda que o sistema codificado não dê, explicitamente, mecanismos formais ao intérprete. A busca pela efetividade dos direitos fundamentais a partir de um novo modo de

---

<sup>33</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O Poder Judiciário olhando diferente para os direitos fundamentais do homem através da Hermenêutica*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/gpforma/1senafe/ligacoes/comunicacoes.htm>>. Acesso em: 17 out. 2009.

<sup>34</sup> MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 175-343.

ver sua estreita ligação com a Constituição, passa pela clivagem das produções de sentido da dogmática jurídica, diante dos pré-juízos inautênticos, que acompanharam sua evolução.<sup>35</sup>

À moda gadameriana, para o intérprete a extrema fidelidade à letra do texto não é garantia de sua correta interpretação. E o intérprete compreende o conteúdo da norma e também dos princípios a partir de uma pré-compreensão que é o que vai permitir-lhe ver a norma e o princípio a partir de certas expectativas, protegendo-se contra as estreitezas de hábitos, dirigindo o olhar para as coisas-mesmas.<sup>36</sup>

Posicionando-se os aplicadores jurisdicionais nesta direção, é possível antever um sensível incremento da inclusão social e do efetivo exercício da cidadania. O tema não é novo e nem sequer inspira qualquer possibilidade de exaurimento. O importante é tanto refletir, quanto alcançar, verdadeiramente, fazer valer o compromisso ético que deve permear a relação entre Judiciário e a sociedade, cuja plena defesa recai sobre o Estado.<sup>37</sup>

Conclui-se que em todos os setores da vida humana, independente de tipificação expressa, quando há agressão à dignidade da pessoa humana, deve tal fato ser objeto de reparação (direta, com a cessação do comportamento, ou indireta, com a aplicação de sanção, no mais das vezes pecuniária).<sup>38</sup>

Qualquer lesão a um dos aspectos da personalidade, objeto de proteção da cláusula geral de tutela da pessoa humana, independentemente do aspecto específico encontrar-se tipificado em norma constitucional ou infraconstitucional, virá a caracterizar o dano moral, que deve receber proteção do ordenamento jurídico, seja de forma profilática, com a adoção de medidas que evitem ou façam cessar a agressão, ou de forma repressiva, com a fixação de indenização que vise à reparação do mal causado.

E nesse contexto, nesse arcabouço jurídico, situa-se o Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais, seja no âmbito público, seja no âmbito privado.

## 8 CONCLUSÃO

---

<sup>35</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O Poder Judiciário olhando diferente para os direitos fundamentais do homem através da Hermenêutica*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/gpforma/1senafe/ligacoes/comunicacoes.htm>>. Acesso em: 17 out. 2009.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 211.

<sup>37</sup> GUERRA, Gustavo Rabay. *Direitos Fundamentais e Poder Judiciário*. Disponível em: <[http://www.jfjb.gov.br/esmafe/pdf\\_esmafe/direitos%20fundamentais%20e%20judiciario%20duplo.pdf](http://www.jfjb.gov.br/esmafe/pdf_esmafe/direitos%20fundamentais%20e%20judiciario%20duplo.pdf)> Acesso em: 19 out. 2009.

<sup>38</sup> MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Qualquer lesão a um dos aspectos da personalidade, objeto de proteção da cláusula geral de tutela da pessoa humana, independentemente do aspecto específico encontrar-se tipificado em norma constitucional ou infraconstitucional, caracteriza o dano moral. Lesão que deve receber proteção do ordenamento jurídico seja de forma profilática, com a adoção de medidas que evitem a agressão, ou de forma repressiva, com a adoção de medidas de que façam cessar a agressão e fixe o valor da indenização que vise à reparação do mal causado. E tudo isso no contexto das garantias e direitos fundamentais cujo núcleo é a dignidade do homem.

Quanto à reserva do possível, incoerente a sua fundamentação como justificativa para a omissão de obrigações fundamentais de índole constitucionais. Garantir o mínimo não é suficiente, nessa equação dignidade (necessidades fundamentais) versus recursos orçamentários. Diante da alegação de escassez ou falta de recursos, o Poder Judiciário, consoante o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, quando se depara, por exemplo, com a violação/não satisfação dos direitos sociais por parte do Poder Legislativo e Poder Executivo, agirá no sentido de suprir a sua efetivação, não se escusando sob o preceito inaceitável da reserva do possível.

Nesse contexto ou arcabouço jurídico, situa-se o Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais, no âmbito público e no âmbito privado, como guardião da Constituição e, mais do que isso, como força garante dos direitos fundamentais atrelados à dignidade da pessoa humana. Sim, para que este não seja apenas um valor semântico ou um véu a encobrir o desprezo pelos valores inerentes ao homem digno objeto de dominação e subserviência do poder estatal.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE SILVA, Ana Cristina Monteiro de. *O Poder Judiciário como legislador?* Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero27/prodacad.pdf>. Acesso em: 20 out. 2009.

BACHUR, João Paulo. O controle jurídico de políticas públicas. *Revista da Faculdade de Direito*, ano I, vol. 97. São Paulo, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000

BRASIL. A Carta das Nações Unidas. Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_carta.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php)>. Acesso em 12 fev. 2009.

BULOS, Uadi Lammêngo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18 out. 2009.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

FACHIN, Zulmar. As Funções do Estado no Pensamento de Aristóteles, John Locke e Montesquieu: breve resgate histórico. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*. Londrina: IDCC, v. 1, 2005.

\_\_\_\_\_. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista Unicesumar*. Acesso em 19 out. 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n.9, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUERRA. Gustavo Rabay. *Direitos Fundamentais e Poder Judiciário*. Disponível em<[http://www.jfjb.gov.br/esmafe/pdf\\_esmafe/direitos%20fundamentais%20e%20judiciario%20duplo.pdf](http://www.jfjb.gov.br/esmafe/pdf_esmafe/direitos%20fundamentais%20e%20judiciario%20duplo.pdf)> Acesso em 19 out. 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALDANHA. Jânia Maria Lopes. *O poder Judiciário olhando diferente para os direitos fundamentais do homem através da Hermenêutica*. Disponível em:<<http://www.ufsm.br/gpforma/1senafe/ligacoes/comunicacoes.htm>>. Acesso em 17 out. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em:<<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo34.htm>>. Acesso em: 19 out. 2009.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: R dos Tribunais, 1995.

ZENI, Carine. *O poder Judiciário como Legislador Positivo na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/217>>. Acesso em: 20 out. 2009.