

A realização da cidadania como função social do Judiciário: efeitos da Emenda Constitucional nº 45

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Doutor em direito do Estado (UFPR), mestre em ciência política (UFRGS). Professor e pesquisador da Unisinos de São Leopoldo-RS e da PUC-RS, de Porto Alegre.
E-mail: alvaro555@yahoo.com

Resumo

Este pequeno artigo busca fazer uma aproximação ao conceito de cidadania e às condições jurídicas e sociais para a sua realização, destacando a posição do Judiciário brasileiro. Para isso, são apresentados alguns dos principais pontos da Emenda Constitucional nº 45 e os “novos direitos” como instrumentos de aperfeiçoamento da tarefa judicial de equilibrar os interesses individuais e coletivos.

Palavras-chave

Judiciário. Cidadania. Reforma. Novos direitos.

Achieving citizenship as a social function of the Judiciary: effects of Constitutional Amendment nº 45

Abstract

This short article presents an approach to the concept of citizenship, also to the social and legal conditions to make it real, outstanding the position of the Brazilian Judiciary. Thus, some of the principal points of Constitutional Amendment number 45, and the “new rights” are shown, as instruments to improve the judicial task of balance individual and collective interests.

Keywords

Judiciary. Citizenship. Reform. New rights.

O presente trabalho se propõe a expor o problema da realização da cidadania no Brasil, com destaque para a reforma do Judiciário¹ e o modo como podem se relacionar as modificações propostas pela Emenda Constitucional nº45 com a necessidade de implementação dos chamados “novos direitos”² de cidadania, vistos aqui como instrumentos legais na tarefa judicial de equilibrar interesses individuais e coletivos na dinâmica social, implícita no objetivo republicano da promoção do bem de todos, portanto, da inclusão social, em acordo com a primeira parte do inciso IV do artigo terceiro da Constituição Federal de 1988.

Preliminarmente, é preciso lembrar que, a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional ganha proeminência. Muitos grupos sociais brasileiros passaram a ver no Judiciário uma saída para concretizar direitos sociais, buscando desde então essa via, pelo mecanismo do controle abstrato e/ou concreto da constitucionalidade das leis. Observaram-se os sindicatos, organizações não-governamentais, partidos políticos e até mesmo o cidadão, esgotando ou não a via da luta política legislativa, buscando, pelo ingresso de ações judiciais, um posicionamento do Judiciário como instância final idealizada tanto para deslocar disputas políticas de seu lugar legítimo para uma arena mais estável, ainda que inadequada, quanto para garantir a realização de direitos sociais à revelia dos caminhos institucionais já desacreditados. Esse movimento social foi

¹ AGRA, Walber de Moura (Coord.) et al., *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

² Ver WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) *Os “Novos Direitos” no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

denominado “judicialização da política” e assim tem sido tratado por diversos autores³.

Observe-se que o mesmo representou também, inversamente, uma “politização” do Judiciário, pois, embora tenham surgido movimentos internos politizados da magistratura, como o chamado “Direito Alternativo”⁴, a maioria dos magistrados resistia, e muitos ainda resistem, a adotar uma concepção menos “dogmática”⁵ do Direito. Ao mesmo tempo, aliadas a fatores políticos nacionais e internacionais⁶, essas novas posturas aprofundaram a crise⁷ do Estado brasileiro, em especial no Judiciário, cujos agentes não mais dispõem dos mecanismos sociais e jurídicos tradicionais que os furtavam do embate político.

A partir da nova postura constitucional do Judiciário, surge uma expectativa quanto ao posicionamento de seus agentes para a efetivação de uma cidadania brasileira. Com a reforma do Judiciário, efetivada pela Emenda Constitucional nº 45, instrumentalizam-se melhor esse agentes, para essa tarefa. A face mais visível dessa mudança seria, em nossa concepção, a busca de efetiva concretização dos chamados “novos direitos”, visto representarem eles alguns dos pontos mais sensíveis das demandas sociais de nossa coletividade.

Entretanto, preliminarmente, que vem a ser cidadania? O conceito tem sido nublado pela concepção tradicional, que o restringe ao exercício de direitos políticos⁸. Essa noção, entretanto, exclui o direito a tomar parte na formação da agenda pública no âmbito da sociedade civil, que inclui todos os direitos⁹ estabelecidos nos artigos 5º e 6º da

Constituição Federal¹⁰. Por todos os interesses que representa e pelos privilégios que eventualmente ameaça, em nosso contexto social, a cidadania tem difícil conceituação, que merece não apenas ser ampliada, mas também estabelecida como parte da cultura jurídica e social, visto que esse conceito é possível apenas em ambiente político de democracia¹¹.

É nesse sentido que nos interessa conhecer o teor da Emenda Constitucional nº45, que promoveu modificações extremamente importantes na estrutura do Judiciário, que se refletirão necessariamente no modo como deverão os juízes pautar suas ações em futuro próximo. Para os limites desse artigo¹², propomos apresentar e tecer considerações sobre apenas alguns dos pontos da Emenda 45, aqueles que consideramos mais diretamente relevantes para a realização da cidadania em seu sentido amplo.

Os pontos que destacamos são os seguintes:

a) a razoável duração do processo; b) a instituição do Conselho Nacional de Justiça – CNJ; c) a obrigatoriedade de comprovação de três anos de atividades jurídicas aos candidatos aos cargos de juiz; d) o efeito vinculante nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade; e) a Justiça Itinerante; f) o deslocamento de competência para a Justiça Federal dos crimes contra os Direitos Humanos; g) a criação de varas especializadas nas questões fundiárias; h) a autonomia das Defensorias Públicas.

Em conseqüência disso, visto que a concretização da cidadania ampla inclui os “novos direitos”, ou “direitos de cidadania”, que instrumentalizam o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, os quais se impõem como tarefa constitucional ao Judiciário, propomos também apontar e comentar esses direitos, em especial os direitos da criança e do adolescente, os direitos das mulheres, os direitos indígenas, o problema do racismo, os direitos dos idosos, o direito do consumidor, o direito ambiental,

³ Por exemplo, VIANNA, Luiz Werneck (et al.) *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.

⁴ Ver BARCELLONA, Pietro *Luso alternativo del diritto*. Ed. Laterza, Roma-Bari, 1973, e IBÁÑEZ, “Para una practica judicial alternativa” in *Annales de la Cátedra*. F. Suárez, 1976, 16, p.155, e CARVALHO, A.B. *A lei. O Juiz. O justo*. AJURIS: Porto Alegre, v. 39, p. 132, mar. 1987.

⁵ Ver ROCHA, A.F.O. e SILVEIRA, Gabriel E. *O trabalho jurídico como violência simbólica* in Estudos Jurídicos, UNISINOS. São Leopoldo: v. 38, nº2, maio-agosto 2005, p.66.

⁶ GARCIA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 4 ed. Madrid: Alianza, 1996.

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

⁸ Cfe. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. Atual. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 99.

⁹ O conjunto desses direitos pode também ser referido como “direitos de cidadania”.

¹⁰ Cfe. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.628.

¹¹ Ver Kelsen, Hans. *Essência e Valor da Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

¹² Para uma completa visão comentada da EC nº45, ver AGRA, Walber de Moura et al. (Op. cit., nota 3).

o biodireito e os reflexos da difusão da informática e da dinâmica de uma nova sociedade de informação sobre os novos direitos.

Finalmente, nos propomos a fazer uma breve reflexão sobre o sentido da realização dos direitos de cidadania pela via judiciária, com suas vantagens e limitações, já que um dos pressupostos de senso comum a respeito da realização desses direitos, típico da dinâmica de transição da concepção de Estado liberal para o Estado social, é o da fuga ao complexo problema da transformação social, transferindo-se ou impondo-se a completa responsabilidade na realização desses direitos ao Judiciário, como um quase monopólio. Isto surge como problema¹³, na medida em que apenas contribui para que se reforce a antiga idéia de uma autonomia sistêmica do direito¹⁴, resultando nas tradicionais respostas imobilistas – o Judiciário não é o local da inovação, e sim o Legislativo – e também em um desnecessário efeito de legitimação dos juízes e juristas, passando-se ao largo de efetivas mudanças na ação desses agentes, no sentido da concretização dos direitos de cidadania¹⁵.

É preciso enfatizar os reflexos da difusão da informática e da dinâmica de uma nova sociedade de informação sobre a qual os novos direitos se destacam. A noção da rede de informação hoje conhecida como internet já é de domínio público¹⁶, mas seus reflexos jurídicos e suas conseqüências para a cidadania ainda não estão claros¹⁷. Fala-se em inclusão digital, pois seria fundamental ao cidadão ter acesso à rede, por seu poder de informação e esclarecimento. Em contrapartida, a mesma rede é instrumento e fonte de incitação à prática de crimes, o que a torna ambígua nesse sentido¹⁸, necessitando

de muita atenção por parte da sociedade e, em especial, do Judiciário. É necessária, pois, a produção de mais estudos para a clarificação de suas relações com o interesse público, de modo que sua característica de serviço seja colocada sempre a favor da realização da cidadania.

Propusemo-nos apresentar um resumo da problemática da realização da cidadania em seu sentido amplo, pela perspectiva do novo papel constitucional do Judiciário, partindo de sua reforma, pela realização dos “novos direitos”. Esse é um tema bastante amplo, e a pesquisa que origina o presente trabalho se destina a produzir diversos outros, pois surgem, como cremos ter demonstrado, muitas discussões de alta complexidade, para as quais é necessário investir muito tempo e dedicação.

Partimos da necessidade de se ter presente, no mundo jurídico, a noção de que não é mais possível limitar a cidadania ao seu conceito estrito, no texto de lei, mas é fundamental a compreensão da realização da mesma em seu sentido amplo, o que implica a compreensão de seus fundamentos constitucionais e também as conseqüências sociais da ação do Estado por suas políticas públicas e pela ação esclarecida de seus agentes, no caso, os integrantes do Judiciário.

Para tanto, destacou-se o papel fundamental de um ambiente político-democrático, sem o qual esse objetivo se torna impossível. Impõe-se a necessidade de compreender o alcance da vida democrática em todas as suas dimensões, entre as quais a dimensão jurídica é central. Por essa razão, o aspecto constitucional da cidadania deve ser tomado como programa de realização social. Procura-se firmar, especialmente entre os juristas, a noção de que a realização dos direitos no papel nada significa: o que se grafa em papel ou arquivos eletrônicos como texto de lei são apenas idéias para padrões de comportamento. Mas é preciso ter consciência de que somente a ação humana, social, modifica a realidade em todos os seus aspectos. O papel do Judiciário, então, torna-se de extremo relevo. É necessário afastar os mecanismos de acomodação de seus agentes, que permitiram no passado que muitos deles se furtassem ao seu papel social.

¹³ Ver SAAVEDRA, Giovanni A. *Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhman*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 67.

¹⁴ LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora da UnB, 1980, 202 p.

¹⁵ Ver FLICKINGER, Hans-Georg. *Direitos de Cidadania: uma faca de dois gumes*. In: *Em nome da Liberdade: uma crítica ao liberalismo contemporâneo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 153.

¹⁶ CASTELS, Manuel. *A Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹⁷ FILHO, Adalberto. (Coord.) *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000.

¹⁸ HINDLE, John. *A internet como paradigma: fenômeno e paradoxo*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1997.

Entretanto, o foco desse novo instrumental do Judiciário se dirige, nesse primeiro momento, da dinâmica da construção da cidadania em sentido amplo no país à realização dos direitos de cidadania, aqui chamados “novos direitos”. Esse objetivo não se esgota na realização desses direitos, mas pressupõe ampla transformação social, no sentido do amadurecimento dos seus cidadãos, para a inclusão de mais cidadãos.

Gostaríamos de observar, entretanto, que não faz sentido procurar o desenvolvimento social sem destacar que ele só é possível a partir de um desenvolvimento econômico que signifique *justiça social*, especialmente distribuição de renda. Reformar a economia significa afastar o Estado da função de provedor dos melhores cargos e remunerações do mercado, permitindo assim o real desenvolvimento da população, que passaria a ter condições de amadurecer suas necessidades, sem a tutela permanente de um corpo de agentes que pode e deve se preocupar com os níveis mais altos da dinâmica social, impossíveis de realizar entre pessoas sem nenhuma cultura, apenas aspirantes ao básico da cidadania e, pois, da inclusão social.

É preciso lembrar, ainda, que confiar a realização da cidadania apenas ao Judiciário é limitar suas possibilidades de desenvolvimento, pois, como antes observado, o Judiciário é principalmente instância de composição de conflitos e conservação de direitos, com muito pouco espaço para a inovação, cujo espaço é o do Legislativo, em nome da população e dos seus interesses. A ação do Judiciário para a realização da cidadania é fundamental. Mas esse processo social não está isolado e demanda também o amadurecimento da sociedade como um todo; resulta da elevação do nível de consciência de seus cidadãos, principalmente a partir de melhores condições econômicas e educacionais. Hoje, portanto, é dever de todos os cidadãos conscientes e principalmente dos juristas colaborar, no máximo de suas forças de produção intelectual e de ação, para a realização desse objetivo.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura (Coord.) et al. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BARCELLONA, Pietro *L'uso alternativo del diritto*. Roma-Bari: Ed. Laterza, 1973.
- CARVALHO, A. B. A lei: o juiz: o justo. *AJURIS*, v. 39, p. 132, mar. 1987.
- CASTELS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 99.
- FLICKINGER, Hans-Georg. Direitos de cidadania: uma faca de dois gumes. In: EM NOME da liberdade: uma crítica ao liberalismo contemporâneo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 153.
- GARCIA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 4. ed. Madrid: Alianza, 1996.
- HINDLE, John. *A Internet como paradigma: fenômeno e paradoxo*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1997.
- IBÁÑEZ. Para uma practica judicial alternativa. In: ANNALES DE LA CÁTEDRA. F. SUÁREZ, 1976. *Anales...* [S.l.: s.n.], 1976. p.155.
- KELSEN, Hans. *Essência e valor da democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora da UnB, 1980. 202 p.
- MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ROCHA, A. F. O.; SILVEIRA, Gabriel E. O trabalho jurídico como violência simbólica. *Estudos Jurídicos*, v. 38, n. 2, p. 66, maio/ago. 2005.
- SAAVEDRA, Giovani A. *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhman*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 67.
- SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000.
- VIANNA, Luiz Werneck (et al). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 628.
- WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “Novos Direitos” no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.