

A função jurisdicional atributiva dos direitos fundamentais

Carlos Frederico Braga da Silva¹

RESUMO: O presente estudo considera a ausência histórica dos direitos fundamentais como causa do aumento da criminalidade urbana brasileira, a qual não tem diminuído com a aplicação da pena privativa de liberdade. Sugere-se a adoção de uma nova metodologia judiciária atributiva como alternativa para se obter a redução do índice de criminalidade. Propõe-se, assim, que a função jurisdicional coercitiva e previamente intervenha em favor de pessoas expostas a fatores de risco, e desenvolva projetos político-judiciários concretizadores dos direitos fundamentais, com a intenção de diminuir o ingresso dos mais jovens na criminalidade e de proteger a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional e criminal. Separação dos Poderes. Função jurisdicional. Instituições essenciais. Atribuição dos direitos fundamentais. Prevenção à criminalidade.

ABSTRACT: *This paper considers that the lack of human rights enforcement has historically increased the Brazilian urban criminality, which has not been reduced by applying only imprisonment sentences. As an alternative to reduce crime rates, one suggests the adoption of a new judicial methodology, which attributes the fundamental rights to people. Hence, the judicial function can preventively intervene in favor of persons exposed to risk factors, by developing political and judicial projects to enhance fundamental rights. The state has the duty to implement the fundamental rights, in order to reduce the commission of crimes by young people and to protect society.*

KEY WORDS: *Constitutional and criminal law. Checks and balances doctrine. Judicial function. Essential institutions. Human rights enforcement. Crime prevention.*

Sumário: 1 Introdução. 2 O declínio de prestígio da prisão na jurisprudência do STF. 3 Análise crítica. 4 A concretização dos direitos fundamentais. 5 A efetividade da função jurisdicional. 6 Boas práticas do Poder Judiciário. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O ano de 2008 pode ser visto no Brasil como emblemático: completaram-se duzentos anos da chegada do Rei de Portugal; cento e vinte anos da abolição da escravidão; sessenta anos da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos; e vinte anos da Constituição Federal de 1988.

Nada obstante, os direitos e garantias fundamentais constantes da Lei Maior, assim como os previstos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil, não se têm revelado capazes de alterar a excessiva desigualdade social: ainda não surtiram os efeitos que decorreriam da observância voluntária das regras jurídicas. O Brasil tem um longo caminho a percorrer no que tange a assegurar a dignidade do ser humano.

Este estudo considera o valor agregado ao tecido social após a incidência coercitiva dos Títulos I e II da Constituição da República, propondo, a final, uma mentalidade diferente para a função jurisdicional e para as suas instituições essenciais. Compreende-se que o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública têm de desenvolver políticas públicas aptas a concretizar a Constituição. Sugere-se que a função jurisdicional não atue apenas repressivamente e também desenvolva projetos político-judiciários atributivos dos direitos fundamentais, impondo compulsoriamente ao Estado o dever de concretizá-los tempestivamente, com a justificativa precípua de reduzir o ingresso das pessoas na criminalidade e de proteger a sociedade.

2 O declínio de prestígio da prisão na jurisprudência do STF

Consagrando a “jurisprudência das liberdades”, o Plenário do Supremo Tribunal Federal² concedeu *habeas corpus* consolidando a orientação de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da não culpabilidade. Anteriormente, já havia decidido que, em face do *status* supralegal das normas do Pacto de San Jose da Costa Rica, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel³. Na linha do entendimento sufragado, o Tribunal concedeu *habeas corpus*⁴ e averbou expressamente a revogação da Súmula 619 do STF (“A prisão do depositário judicial

¹ Juiz de Direito Diretor de Cidadania e Direitos Humanos da Amagis/MG. Mestre em Direito Constitucional Comparado pela Cumberland School of Law, Alabama, EUA. Professor da Fundação de Ensino Superior de Passos. Coordenador do Núcleo da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes do sudoeste mineiro.

² STF, HC 84078/MG, Rel. Min. Eros Grau, deferido em 05.02.2009, por sete votos a quatro.

³ STF, HC 87585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008.

⁴ STF, HC 92566/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008.

pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”). A interpretação do guardião da Constituição sinaliza claramente: outros instrumentos diferentes do encarceramento têm de ser compulsoriamente desenvolvidos para a solução dos conflitos relevantes ao Direito.

Não se admite a chamada justiça de classe no Brasil; porém, a realidade é que os denominados crimes de colarinho branco, porque praticados sem o emprego de violência física, raramente acarretam a prisão dos acusados. Enquanto isso, é sabido que a maioria da população carcerária brasileira é originária das classes sociais pouco assistidas, uma vez que está acordado que pessoas desprovidas de qualificação profissional e de mínima formação cultural e estudantil são muito mais expostas a fatores sociais de risco e a situações criminosas (HECKMAN e CUNHA, 2006).

Dissertando sobre a violência de massa, COELHO (2005, p. 273/274) mencionou a linha analítica do *urbanismo como modo de vida*, enfatizando o debilitamento dos mecanismos sociais de controle do comportamento individual, a crescente impessoalidade dos contatos interpessoais no contexto das grandes cidades, o anonimato propiciado pelo sistema social urbano e, de resto, todas as consequentes manifestações de anomia individual. Ressaltou, ainda, que muitas formulações tenham de postular como uma das consequências do urbanismo a elaboração de uma *subcultura* geradora da criminalidade. Mencionou que essas análises terminam por ser teorias sobre a criminalidade do marginal urbano, via postulação de uma subcultura marginal, e não teorias sobre a criminalidade urbana. Disse que não é a pobreza em si que gera a criminalidade (pois, afinal de contas, as áreas rurais são mais pobres), mas a densidade da pobreza, ao permitir a elaboração de uma subcultura marginal. Por fim, Coelho (2005, p. 301) concluiu, impregnado de sincera revolta:

Ocorreu-me observar, depois de elaborado este trabalho, que a crescente taxa de criminalidade e violência nas metrópoles brasileiras não deveria constituir razão moral para a denúncia dos fatores socioeconômicos que permitem a existência e permanência de situações de pobreza e marginalidade. Essa denúncia deve vir, tão indignada quanto nos seja possível, da constatação de que a pobreza e a marginalidade constituem violação de direitos fundamentais do homem. Direito à habitação decente, à educação e ao trabalho. E à própria vida, se considerarmos as altas taxas de mortalidade infantil nas camadas socioeconômicas desprivilegiadas. A pobreza e a marginalidade jamais serão as

causas do crime, pelo simples fato de que são o crime do Estado e da sociedade contra os despossuídos de poder.

O suposto “crime socioestatal” - o qual poderia ser classificado de comissivo por omissão - é prática de vitimização certa. Ainda, revela-se anticonstitucional, principalmente quando se percebe que as suas consequências ultrapassam as pessoas dos condenados⁵ (a viver sem direitos); bem como que a inércia daqueles que têm o dever jurídico de agir obsta a concretização dos objetivos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil⁶. No discurso de posse do atual Presidente do STF, o Ministro Celso de Mello explicou que a omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, visto que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

3 Análise crítica

O Estado descumpridor das promessas constitucionais enfrenta dificuldades para o reconhecimento público da presunção de legitimidade dos seus atos, em uma inconsciente distorção da exceção de contrato (social) não cumprido. Ora, a omissão estatal no plano socioeconômico em nenhuma hipótese justificaria o cometimento de crime ou contravenção, porém autoriza que se investigue e se decida pela corresponsabilidade dos (ag)entes políticos, por omissão, porquanto eles têm o dever jurídico-constitucional de agir contra os efeitos nocivos de inconcebível letargia, em face dos diagnósticos já entregues.

Existe considerável base dogmática para o implemento de novos meios de asseguramento dos direitos humanos. MÖLLER (2006, p. 38) ensina que a fundamentação filosófica dos direitos humanos deve adotar uma perspectiva transdisciplinar de modo a envolver o estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, que são inerentes ao seu reconhecimento em uma comunidade humana constituída politicamente, abarcando tanto a prestação de justificativas dos fins e valores desejados por esta comunidade de interesses como a prestação de justificativas dos meios constituídos para efetivar o seu reconhecimento. SILVA (2008, p. 304) leciona que ampliar o direito à sociedade requer a construção de uma metodologia adequada e capaz de

⁵ Constituição Federal, art. 5º, “XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, [...]”.

⁶ Idem, art. 3º.

enfrentar temáticas e problematizações provenientes da sociedade e do cotidiano prático da comunidade jurídica. SANTOS (2001, p. 176) esclarece que as reformas que visam a criação de alternativas constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios cujos traços constitutivos têm grandes semelhanças com os originalmente estudados pela antropologia e pela sociologia do direito, ou seja, instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas, por vezes impedindo mesmo a presença de advogados, de utilização barata, se não mesmo gratuita, localizados de modo a maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes. SOUTO (2008, p. 28) enfatiza que há no Estado uma “enchente” legislativa e processual, através da burocratização. No chamado primeiro mundo, já se verifica uma reação a isso sob a forma de maneiras de desregulamentação e de alternativas dentro da Justiça e de alternativas à Justiça. No Brasil, uma jusalternatividade chega ao próprio *contra legem*, a um direito alternativo propriamente dito, embora se reconheça, como princípio geral, o do acatamento da lei.

A solução processual não permite o enfrentamento que se faz necessário em ambientes multicomplexos. NOGUERA (2008, p. 73) ensina que se deve reservar o conceito de “emergência” para uma verdade trivial (tanto em física, como em química, biologia, economia, sociologia ou qualquer outra ciência), segundo a qual o fenômeno resultante da interação de vários elementos tem propriedades (“emergentes”) que não são as mesmas que os elementos tomados isoladamente, ainda se explica (isto é, se reduz) essa interação⁷.

No Brasil, as gigantescas aglomerações são dotadas de propriedades “emergentes” do agrupamento desordenado das pessoas. O produto da adição causa problemas superiores aos fatores individualmente considerados, por falta de estrutura urbana eficiente. A resistência à observância da lei decorre de frustrações e da ausência de espaço existencial minimamente aceitável, num ambiente liberal e capitalista excessivamente competitivo, além de enfraquecedor da antiga moralidade social. Nesse sentido, o quadro de ocorrências infrações do ano de 2008, desenvolvido pela Justiça da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, indica como principais problemas o tráfico de drogas e o crime contra o patrimônio.

Ato infracional	MAS	FEM	TOTAL	%
Tráfico	1501	204	1705	43,57
Roubo	616	41	657	16,79
Porte ou posse de arma	403	20	423	10,81
Uso de tóxico	219	11	230	5,88
Furto	234	20	254	6,49
Ameaça	75	20	95	2,43
Lesão corporal	60	28	88	2,25
Homicídio	87	3	90	2,30
Danos materiais	104	11	115	2,94
Quadrilha	15	0	15	0,38
Infração de trânsito	8	0	8	0,20
Desacato	17	2	19	0,49
Contravenção	13	10	23	0,59
Estupro	5	0	5	0,13
Sequestro	0	0	0	0
Outros	167	19	186	4,75
TOTAL	3.524	389	3.913	100

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas deve-se articular com os órgãos do Ministério Público e com os Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas suas atividades⁸, considerando-se, ainda, que o usuário e dependente de drogas não é mais submetido à prisão⁹. DURKHEIM (2004, *passim*), em conhecida monografia sobre o suicídio, que muito se assemelha ao abuso de drogas, mencionou que é preciso, sem afrouxar os laços que ligam cada parte da sociedade ao Estado, criar poderes morais que tenham sobre a multidão de indivíduos uma ação que o Estado não pode ter; bem como que só se barra a corrente de tristeza coletiva atenuando pelo menos a doença coletiva da qual ela é resultado e sinal. Por fim, conclui afirmando que, uma vez estabelecida a existência do mal, em que ele consiste e de que depende, quando se conhecem, por conseguinte, as características gerais do remédio e o ponto em que ele deve ser aplicado, o essencial não é fixar de antemão um plano que prevê tudo; é por resolutamente mãos à obra.

4 A concretização dos direitos fundamentais

A dificuldade de concretização dos direitos fundamentais decorre da tradição de lenta atuação repressiva da função jurisdicional, o que dificulta a responsabilização dos (ag)entes políticos que não atuaram. A legis-

⁷ Adaptação livre do texto original em espanhol.

⁸ Lei 11.343/2006, art. 4º, VIII.

⁹ Idem, art. 28.

lação demanda atitude para ser efetivada, não se podendo olvidar a lição de KANT de que o *dever é a necessidade da ação por respeito à lei* (MATTA MACHADO, 1999, p. 97). SOUTO (2008, p. 27/28) chama regra de direito aquela em consonância com o sentimento humano de justiça e com dados de conhecimento científico-empírico; e seria conduta jurídica aquela em consonância com a norma de direito. Reconhece a destacada importância, para as sociedades complexas organizadas em Estado, das formas de coercibilidade estatal, nessas sociedades tendendo as regras em consonância com o sentimento de justiça e com dados de ciência – as regras de direito de nossa terminologia – a ser conteúdo dessas formas para ganharem maior força de atuação social ou maior positividade.

Registre-se que a Constituição Brasileira¹⁰ foi suficientemente clara ao estabelecer um particular conjunto normativo-protetivo¹¹ que prevê a necessidade de ação em benefício do grupo mais sensível a situações de risco: *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Na órbita infraconstitucional, outro dever de todos é prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente*¹².

GAMBOGI (2006, p. 170) diz que, se lhe fosse pedida uma definição de juiz, diria: homem que, além de um sólido alicerce ético, tem vocação para decidir. Isto é, gosta mais da ação que da especulação teórica. Gosta menos da engabelação, das firulas, das veleidades teóricas e processuais que da decisão. Portanto, deve ter tanto o desenvolvimento da “razão prática”, da racionalidade ético-política quanto o da “razão pura”, lógico-teórica. Em pesquisa divulgada no site da Associação dos Magistrados Brasileiros, na qual os juízes foram questionados se a magistratura deve envolver-se no debate das questões sociais brasileiras, apenas 6,04% dos participantes foram contra o referido envolvimento, argumentando que esse tema não tem ligação direta com a atuação dos magistrados. Outros 74,78% foram favoráveis, pois, como atores da sociedade, os integrantes do Poder Judiciário não podem ficar alheios ao que acontece no País. Para finalizar, os restantes 19,18% também são favoráveis, mas desde que o envolvimento tenha alguma relação com a atuação do Poder Judiciário.

Em se tratando da dignidade do ser humano, a neutralidade do juiz é uma impossibilidade jurídico-antropológica e não equivale à imparcialidade. Exigir a inação do magistrado, atualmente, significa manter odiosos privilégios e condenar os menos favorecidos a não desfrutar dos direitos fundamentais, sendo desnecessário qualquer tipo de debate sobre a relevância do tema. A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³ foi aprovada por 48 votos a favor e nenhum contra, havendo, ainda, oito abstenções. BONAVIDES e ANDRADE (1991, p. 465) registram que, com respeito aos artigos do Título I, versando sobre direitos fundamentais, constaram da votação no Plenário da Assembleia Nacional Constituinte os seguintes resultados: 480 votos a favor, 9 contra e 4 abstenções.

As liberdades civis clássicas não se encontram mais tão ameaçadas no Brasil, porém a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do Judiciário, o que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas tem a ver, também, com um nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação (SANTOS, 2008, p. 16/17). Livres da culpa, cabe àqueles que ocupam os cargos do aparelho judiciário se desacorrentarem da responsabilidade decorrente do fraco desempenho, em verdade, do sistema judicial, o qual é estruturado para ser lento e formal. Talvez para que a responsabilidade possa fluir com energia para acertar as contas, em cheio, com a verdadeira causa do problema: processos judiciais repressivos tendem (ou *tem de?*) a ser trocados por projetos político-judiciários atributivos dos direitos minimamente necessários, para que se estabeleça uma política de segurança pública suplementar da atuação da polícia e da justiça repressiva.

5 A efetividade da função jurisdicional

BARROSO (2009, p. 82) ensina que a efetividade significa a realização do direito e o desempenho concreto de sua função social, bem como representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Como o sufixo da palavra indica, a efetividade tem de ser uma qualidade da função jurisdicional exercida em tempo razoável, além de prestadora de um resultado conforme ao senso de justiça preponderante na comunidade jurídica. SADEK (2004) sustenta parecer inquestionável que a atual estrutura do Judiciário não tem sido

¹⁰ Art. 227.

¹¹ STF, HC 93784/PI, Rel. Min. Carlos Britto, 16.12.2008.

¹² Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 70.

¹³ Resolução 217 A (III), da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10.12.48.

capaz de atender minimamente às exigências de um serviço público voltado para a cidadania. A reação não pode chegar atrasada. SARMENTO (2006, p.3) atribui ao caráter pacífico do povo brasileiro o fato de ainda não ter rebentado alguma revolução violenta por esses *tristes trópicos*.

AMADO (2008, p. 44) enfatiza que o importante do direito é que funcione. Diz que o direito chega a existir por uma necessidade funcional do sistema social, não como produto da reflexão intelectual. Mas, no momento em que os indivíduos tratam de governar aquele elemento organizador, valendo-se da reflexão sobre o mesmo, surge o direito em termos de validade: deixa de ser mecânica social irreflexiva ou espontânea e passa a ser produto de uma teoria enquanto sua conformação e funcionamento, mantendo a sua função; é dizer, será direito o que opere como direito debaixo das condições de validade impostas pelo discurso teórico-prático¹⁴.

A Emenda Constitucional nº 45/04 desvelou a insatisfação com a ausência de justiça, nos sentidos de sentimento e de valor jurídico fundamental, a qual foi redirecionada ao Poder Judiciário. Aquele que deveria ser o principal garantidor de uma Constituição repleta de decisões políticas não implementadas está na berlinda nos dias atuais, em face da dificuldade de se afirmar na condição de efetivo prestador jurisdicional (SADEK, 2004). Isso não surpreende, pois o sistema judicial foi elaborado para que o Poder Judiciário somente atue a final, e o tempo necessário para a efetiva solução reparadora da paz jurídico-social aumenta os efeitos nocivos da lesão perpetrada, assim como os juros de uma dívida rolada.

A meu sentir, a tão desejada efetividade do direito necessita do melhor desempenho político da função jurisdicional, bem como das suas instituições essenciais, capazes de provocar e sacudir o Poder Judiciário. A morosidade decorre do excesso de demandas e da legislação ultrapassada, mas também de apego indeclinável a uma formalidade exagerada e de certo desprezo às técnicas da oralidade e às possibilidades de inovação. É intuitivo que *efetividade* adjetiva a jurisdição, denota atitude e ação, inconciliável com o estático plano formal. Sob um prisma social e antropológico, o comportamento humano e, especialmente, os *meios coercitivos de fazer cumprir as disposições fundamentais* não mudaram em consequência dos atuais direitos fundamentais. Assim, a implantação das disposições de direitos fundamentais poderia se basear em metodologia atributiva, devendo ser os (ag)entes políticos compelidos pelas instituições essenciais à função jurisdicional *a priori* a concretizar os direitos fundamentais, para que se evite a

ocorrência de qualquer omissão lesiva ao interesse da sociedade.

Enquanto CAVALCANTI (1958, p.196) ensinou que uma das funções primordiais do Estado é garantir os direitos de todos que vivem em seu território, impondo precípua e coercitivamente o respeito à ordem jurídica, BARROSO (2009, p. 121 e 163) cita gabaritada doutrina para sustentar que a função jurisdicional é tipicamente restaurativa da ordem jurídica, quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação prática da norma concreta que deve disciplinar determinada situação. Afirma que o seu exercício pressupõe uma controvérsia em torno da realização do direito e visa removê-la pela definitiva e obrigatória interpretação da lei. Ressalta, também, não existir diferença ontológica entre a função jurisdicional e a função administrativa, por isso que ambas se voltam para a realização do Direito, ao passo que a função legislativa se liga ao fenômeno de sua criação. Distinguem-se, no entanto, as duas primeiras, pela forma com que são acionadas e pelo momento e finalidade de seu exercício. Assevera que em uma democracia é não apenas possível, como desejável, que parcela do poder público seja exercida por cidadãos escolhidos com base em critérios de capacitação técnica e idoneidade pessoal, preservados das disputas e paixões políticas. Afirmou, ainda, que a falta de emanção popular do poder exercido pelos magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eleitorais, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado. Também em nota de rodapé citou ensaio de Victor Nunes Leal, o qual teria desmistificado o dogma da divisão dos Poderes, assentando que, em seu verdadeiro sentido sociológico, foi concebido *“menos para impedir as usurpações do Executivo do que para obstar as reivindicações das massas populares (ainda em embrião, mas já carregadas de ameaça)”*.

No Brasil, há uma distância abissal entre a letra das normas constitucionais de direitos fundamentais e a realidade; somos um país com necessidades próprias, que ainda desenha seu perfil definitivo, que ainda formula suas opções (REZEK, 2008, p. 32). MÖLLER (2006, p. 48) esclarece que a idéia moderna de Constituição, entendida como o documento normativo que firma o compromisso para a vida associativa, deriva do termo *Politeia*, o qual era utilizado pelos gregos para determinar *“a articulação entre o fim visado pela política e os meios que tinham de ser empregados para realizá-la”*. O eminente ministro BRITO, citando LOURIVAL VILANOVA, explica que o Poder Judiciário cumpre uma função política, porém com necessária fundamentação técnica ou jurídica, ao interpretar e aplicar a Constituição, inclusive na perspectiva da demarcação dos espaços de legítima

¹⁴ Adaptação livre do texto original em espanhol.

atuação dos Poderes¹⁵. Por sua vez, DALLARI (2008, p. 1) enfatiza a inadequação dos Poderes para a realidade política e social do nosso tempo, porque a sociedade brasileira vem demonstrando um dinamismo crescente, não acompanhado pela organização política formal e pelos métodos de atuação do setor público. É evidente que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças. Mas, tem que assumir a sua quota-parte de responsabilidade na solução (SANTOS, 2007, p. 34). Consequentemente, a função jurisdicional e as suas instituições essenciais não deveriam se apegar a antigas balizas da doutrina de separação dos Poderes, que não soluciona totalmente os atuais e complexos problemas brasileiros, mas sim desenvolver a articulação apta a cumprir a missão política de concretizar os direitos fundamentais, porque se trata de importante dever do corpo técnico criado pela Constituição para zelar pela observância do ordenamento jurídico.

Ainda, podem as instituições essenciais à função jurisdicional situar o (ag)ente político, ironicamente, no polo passivo da demanda, posição adequada a responder pela inobservância do dever. O Pretório Excelso decidiu que o consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo, e não só da culpa do agente¹⁶, bem como que o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das consequências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima¹⁷. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando decidir que houve a violação de um direito ou liberdade protegidos, determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, bem como que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada¹⁸.

6 Boas práticas do Poder Judiciário

Agora é a hora do Poder Judiciário ser ativista, por causa das necessidades e peculiaridades da sociedade brasileira, no que diz respeito a direitos e garantias fundamentais, é mister frisar. Porém, é necessário que

assuma a condição de Poder, com a indispensável participação consensual do Ministério Público e da Advocacia e Defensoria Pública.

Em nota de rodapé SANTOS (2001, p. 162) mencionou que DURKHEIM recusava a distinção entre direito público e privado, por considerá-lo insustentável no plano sociológico, substituindo-a pela distinção entre direito repressivo (o direito penal) e direito restitutivo (direito civil, direito comercial, direito processual, direito administrativo e constitucional). Explicou, ainda, que cada um desses tipos de direito corresponde a uma forma de solidariedade social. O direito repressivo corresponde à solidariedade mecânica, assente nos valores da consciência coletiva, cuja violação constitui um crime, uma forma de solidariedade dominante nas sociedades do passado. O direito restitutivo corresponde à solidariedade orgânica, dominante nas sociedades contemporâneas, assente na divisão do trabalho social, cuja violação acarreta a sanção simples de reposição das coisas. Já MATTACHADO (1999, p. 218) cita as lições de MAUSS e MARITAIN para sustentar que é preciso dar ao outro o que na realidade constitui parcela de sua natureza e substância, bem como que no coração do conceito do *direito a alguma coisa* o que está é a noção de *debitum*, o que é devido à pessoa humana.

A omissão na atribuição dos direitos fundamentais às pessoas é uma das causas do cometimento de crimes. A necessária (re)ação humanista, por dever de defesa eficiente da sociedade, e para que o Estado proceda à restauração do equilíbrio social rompido, não comporta amadorismo nem dispensa a coerção. MATTACHADO (1999, p.46) cita palavras de R. SICHES no original espanhol, “*para que se lhes comprove a ênfase e não se lhes perca o sabor*”:

El Derecho es Derecho, la norma jurídica es jurídica, precisamente y solo en tanto que tiene una pretensión de imperio inexorable, de imposición coercitiva irresistible. Este especial modo de imperio o de mando que consiste en la imposición inexorable (a todo trance) es lo que funda y determina la dimensión jurídica.

Assim, em benefício do interesse coletivo, deve a função jurisdicional prestar à sociedade projetos político-judiciários que atribuam os direitos fundamentais ao maior número possível de jurisdicionados. Não por acaso a educação formal básica é obrigatória. HECKMAN e CUNHA (2006) afirmam que uma das mais bem estabelecidas regularidades empíricas em Economia é que a educação reduz a criminalidade, bem como que uma importante estratégia de prevenção ao aumento do

¹⁵ STF, MS 26.603-1 DF, 04.10.2007.

¹⁶ STF, RE 215981/RJ, 08.04.2002, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira.

¹⁷ STF, STA 223 AgR/PE, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, j. em 14.4.2008, maioria.

¹⁸ Pacto de San José da Costa Rica, Art. 63, §1.

crime consiste em obrigar a conclusão do ensino médio. A lição de BANDEIRA DE MELLO (2003, p. 47) de que a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito significa o dever jurídico funcional de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse de terceiros - interesse coletivo e não do agente - tal como afirmado na regra aplicanda.

A função jurisdicional pode indubitavelmente auxiliar o País, especialmente nessa fase de transição, em que impera nos grandes centros uma cultura predominantemente violenta, para uma sociedade na qual a dignidade humana seja um valor fundante presente no inconsciente coletivo. A coerção pública, antes presente na ameaça de prisão, deve agora migrar para a política preventiva ao crime, exercendo pressão sobre o livre arbítrio. Sugere-se que a função jurisdicional intervenha no comportamento humano que inicia o descolamento do socialmente aceitável e toma o rumo do ilícito, pois não são justos os atos do indivíduo que visam obstaculizar a atuação das leis gerais do Estado. A justiça preventiva é, sob cada princípio de razão, de humanidade e de adequada política, preferível em todos os aspectos à justiça repressiva. Com efeito, se considerarmos numa perspectiva ampla e estendida as punições inflingidas aos seres humanos, nós as encontraremos muito melhor empregadas para prevenir futuros crimes do que para expiar o passado (BLACKSTONE, 1753). SHELTON (2007) ensina que o foco atual deve ser preventivo. As violações generalizadas dos direitos humanos, assim como os desastres ambientais, envolvem danos catastróficos e muitas vezes irreversíveis. Prevenção em vez de reparação, por conseguinte, deve ser o objetivo, e conceber programas para reforçar o respeito pelos direitos humanos deve ser uma prioridade¹⁹.

Registre-se que os procedimentos judiciais ajuizados contra os indivíduos que caíram na rede repressiva ao crime quase nunca infirmam a causa de inserção dos agentes na seara do ilícito; e a sanção posterior ao acontecido não tem revelado eficácia para a transformação do tecido social. A alta taxa de reincidência e o perfil social da população carcerária demonstram a imprestabilidade da prisão, isoladamente considerada, no combate preventivo ao crime e na conformação ao legal. Nesse sentido, independentemente da existência de uma ordem jurídica cogente e representativa de uma tentativa meio que frustrada de controle social, ainda

bem mais forte e presente é o eixo de deslocamento de parcela da população urbana para fora da legalidade.

Considerando-se a fase em que se encontra a democracia brasileira, vê-se que as boas práticas judiciárias refletem os legítimos anseios dos cidadãos brasileiros, que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram significativos direitos sociais e econômicos e de que, por isso, veem no Direito e nos Tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social (SANTOS, 2008, p. 29).

Cabe ao Conselho Nacional de Justiça elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa²⁰. Registre-se que o CNJ criou o banco de boas práticas do Poder Judiciário do Brasil²¹.

O Canadá, reconhecidamente um dos países mais seguros do mundo, possui uma estratégia nacional de prevenção à criminalidade, com foco estabelecido em parcerias com os principais interessados e baseada em análise cuidadosa das tendências-chave da criminalidade. As prioridades são: enfrentar fatores precoces de risco presentes entre as famílias vulneráveis, bem como entre as crianças e os jovens em risco; responder a questões de criminalidade prioritárias (gangues de jovens, criminalidade relacionada com a droga); evitar a reincidência entre grupos de alto risco; e promover a prevenção em comunidades aborígenes²². É certo que uma análise baseada em dados empíricos e de direito comparado sobre a possível eficácia de projetos político-judiciários no tecido social brasileiro recomenda uma pesquisa científica, jurídica e sociológica muito mais aprofundada, a qual não cabe neste espaço.

7 Conclusão

A experiência forense ensina que as conclusões da Sociologia Jurídica e a jurisprudência dos Tribunais Superiores deveriam ser preceptivas, e não descritivas, em homenagem ao valor da segurança jurídica. Penso que a atividade judiciária atributiva dos direitos fundamentais não pode desconsiderar o que os atores urbanos fazem nas próprias vidas, bem como por que assim procedem, uma vez que tais práticas sociais produzem

¹⁹ Adaptações livres dos textos originais em inglês.

²⁰ Art. 103-B, § 4º, VII.

²¹ Conforme http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=-blog&id=120&Itemid=321, último acesso em 11.02.2009.

²² Disponível em http://www.publicsafety.gc.ca/prg/cp/_fl/ncps-blu-prin-eng.pdf, adaptação livre do texto original em Inglês, último acesso em 18.02.2009.

efeitos relevantes ao Direito. Para a otimização da capacidade resolutive da função jurisdicional, sugere-se a adoção de metodologia informal e coletiva, que rompa com a tradicional tendência à torturante processualização sem-fim, ao invés da solução do problema; porém, sem abandonar a compulsória orientação ético-racional impregnada nos direitos humanos e o recurso à coerção, inerente à função jurisdicional do Estado. Os objetivos fundamentais da República têm de ser atingidos, pois não há opção válida diferente da constitucional. Para tanto, é mister que se desenvolvam estudos empíricos, além da observação e do desenvolvimento do interesse pela vida dos cidadãos, mediante interação social, criatividade e consenso a ser obtido com as instituições essenciais da função jurisdicional e com o restante da comunidade jurídica.

Ora, concorde-se ou não com o desenvolvimento de projetos político-judiciários, o argumento ainda sem resposta é o de que os processos judiciais, mesmo os coletivos, por imperativo legal somente produzem efeitos restritos aos sujeitos da relação processual. Consequentemente, não têm como ser os instrumentos viabilizadores da já constitucionalmente decidida necessidade de transformação nacional, uma vez que não detêm as propriedades imprescindíveis ao reconhecimento de ampla coercibilidade às normas de direitos fundamentais. Acrescento, ainda, que na grande maioria das vezes o que está no mundo não está nos autos; dessa forma, fora do espectro da atuação tradicional do Poder Judiciário. Quando a criação do novo está em jogo, resignar-se ao provável e ao exequível é condenar-se ao passado e à repetição. No universo das relações humanas, o futuro responde à força e à ousadia do nosso querer (GIANNETTI, 2005, p. 277). Dessa maneira, pretendendo exponencializar os efeitos das disposições sobre direitos fundamentais, podemos utilizar a função jurisdicional para extrair da Constituição a vontade político-cidadã deflagradora do dever de transformação do futuro. Tal raciocínio torna imprescindível ao Ministério Público concentrar mais as suas forças nas curadorias especializadas, incrementando a sua atuação resolutive e extrajudicial em relação às omissões estatais pertinentes aos direitos fundamentais; e que se aparelhe a Defensoria Pública com estrutura equivalente à destinada àquele.

Por causa da generosidade da nossa Constituição, atente-se que o Poder Judiciário não deveria se furtar a apreciar casos ligados às omissões constitucionais, sob o argumento de que estariam fora do estrito âmbito do controle judicial do ato administrativo, em face da discricionariedade do administrador público. Para se guiar durante o processo decisório, basta ao juiz mirar a luz das disposições da Lei Maior, que, literalmente, afirmam quais são os fundamentos, os objetivos e as prioridades da República Federativa do Brasil.

Nos violentos dias atuais, em que encaramos noticiários com números de mortos típicos de guerras civis, a alegação de que uma política pública de prevenção à criminalidade urbana não é atribuição da função jurisdicional não se sustenta. O desfrute de direito fundamental tem de ser tempestivo, produzindo efeitos quase inócuos quando concedido ulteriormente, porquanto a evidência empírica revela que as habilidades cognitivas e não cognitivas das pessoas são adquiridas paulatinamente, desde a primeira infância (HECKMAN e CUNHA, 2006). O desempenho atributivo da jurisdição reúne chances de impedir a sua futura atuação punitiva; enraizando-se a noção de dever, profundamente, na consciência dos indivíduos, antes de recorrer à força coercitiva da lei para lhe assegurar a execução (GILLET, citado por MATTACHADO, 1999, p. 66). Nesse sentido, a função jurisdicional atributiva dos direitos fundamentais contribuiria *a priori* para realizar a igualdade material e para abreviar a sem-graceza do plano formal.

8 Referências bibliográficas

AMADO, Juan Antonio Garcia. Sobre los modos de conocer el derecho – o como construir el objeto jurídico. In *Sociologia do direito: na prática da teoria*. Artur Stamford da Silva (Coordenador). Curitiba: Juruá, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. *Discricionariedade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England in four books*, vol. 2 [1753], disponível em http://app.libraryofliberty.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.ph-p%3Ftitle=2142&layout=html-#chapter_198921

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo e outros estudos sobre a criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. *Direito: razão e sensibilidade – as intuições na hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GIANETTI, Eduardo. *O valor do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HECKMAN, James e CUNHA, Flávio. *Investing in our young people* (2006), disponível em <http://www-news.uchicago.edu/releases/06/061115.education.pdf>, último acesso em 20.02.2009.

MATTA MACHADO, Edgar de Godói da. *Direito e coerção*. São Paulo: Unimarco Editora, 1999.

MÖLLER, Josué Emilio. *A fundamentação ético-política dos direitos humanos*. Juruá: Curitiba, 2006.

NOGUERA, José Antonio. *El individualismo metodológico y ontológico: um falso enemigo para la ciencia social*. In *Sociologia do direito: na prática da teoria*. Artur Stamford da Silva (Coordenador). Curitiba: Juruá, 2008.

REZEK, Francisco. *Política e constituição, em Constituição Federal – avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. Ives Gandra Martins e Francisco Rezek (Coordenação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais – estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHELTON, Dinah. *International human rights law: principled, double, or absent standards?* 25 *Law & Ineq. J.* 467 (2007).

SILVA, Artur Stamford da. *Sociologia da decisão jurídica: pesquisa qualitativa sobre a semântica social da comunidade jurídica*. In *Sociologia do direito: na prática da teoria*. Artur Stamford da Silva (Coordenador). Curitiba: Juruá, 2008.

SOUTO, Cláudio. *Ciências e saberes jurídicos: enfrentando o objeto*. In *Sociologia do direito: na prática da teoria*. Artur Stamford da Silva (Coordenador). Curitiba: Juruá, 2008.

...