

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO POTENCIALIZADOR DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

José Laurindo de Souza Netto *

Cassiana Rufato Cardoso **

Resumo: A viragem axiológica operada com a promulgação da Constituição de 1988, aliada à inserção do Brasil no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, permitiu a incorporação de valores e princípios morais na atividade jurisdicional. O presente trabalho problematiza a jurisdição constitucional e a sua relação com a proteção internacional dos direitos humanos, com o objetivo de demonstrar as potencialidades da jurisdição na concretização dos valores insculpidos na proteção internacional. Espera-se, com o trabalho, revelar a jurisdição constitucional como instrumento potencializador da efetividade direitos humanos, colocado à disposição do intérprete, sobretudo dos juízes, e a serviço da transformação da sociedade brasileira.

Palavras-Chave: Processo Civil; Constituição Federal; Jurisdição Constitucional; Direitos Humanos; Efetividade.

THE CONSTITUCIONAL JURISDICTION AS AN INSTRUMENT OF EMPOWERMENT OF THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do curso de Mestrado da Universidade Paranaense (UNIPAR). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR)

** Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. (UFPR)

Abstract: The axiological turn operated with the Constitution of 1988, allied to the insertion of Brazil in the international human rights protection system, allowed the incorporation of values and moral principles in the jurisdictional activity. This article studies the constitutional jurisdiction and its relation with the international human rights protection system, aiming to demonstrate the potentialities of the jurisdiction on the concretization of the values found at the international protection. It is expected, with the research, to reveal the jurisdiction as an instrument of empowerment of the effectiveness of human rights, available to interpreters, mainly judges, and in service of transformation of the Brazilian society.

Keywords: Civil Procedure; Constitution; Constitutional Jurisdiction; Human Rights; Effectiveness.

Sumário: 1. Introdução 2. A jurisdição e a revolução axiológica 3. A integração do ordenamento jurídico brasileiro à proteção internacional dos direitos humanos 4. A aproximação da jurisdição com a Constituição como pressuposto para a efetividade dos direitos humanos. 5. O controle de convencionalidade pela jurisdição e a efetividade dos direitos humanos. 6. Conclusão 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO



Este trabalho problematiza os conteúdos da jurisdição e dos direitos humanos, visando contextualizar a jurisdição como instrumento de conformação do ordenamento jurídico brasileiro com a proteção internacional dos direitos humanos, de modo a potencializar a efetividade daqueles direitos.

Parte-se, para tanto, de duas premissas. A primeira delas

é a revolução axiológica que a virada constitucional proporciona ao Processo, e da modificação do escopo dos seus institutos, sobretudo da jurisdição, a partir da conexão com valores morais e éticos.

A outra é o reconhecimento, pelo Brasil, no plano internacional e interno, da existência e validade dos direitos humanos, que incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro a os valores morais insculpidos na proteção internacional dos direitos humanos.

Com isso, vislumbra-se a possibilidade de que esta nova principiologia, trazida pelos direitos humanos, venha aportar na jurisdição, com aproximação entre as duas esferas, proporcionada pela Constituição.

Assim, indaga-se de que modo se opera a aproximação entre a jurisdição e os direitos humanos, ou seja, quais seriam os pressupostos que a permitem, e de que modo contribuem para a efetividade daqueles direitos.

Tem-se como pano de fundo o abandono da cisão entre moral e direito, proporcionada com a superação do positivismo jurídico como paradigma jusfilosófico, de modo a permitir maior permeabilidade do ordenamento jurídico brasileiro a concepções de carácter ético-valorativo.

Deste modo, neste contexto de transformação axiológica, justifica-se o estudo pelo incremento atual no prestígio das concepções de direitos humanos e cria-se a demanda pelo aprofundamento dos aplicadores do direito nos valores insculpidos na proteção internacional, sobretudo no exercício da atividade jurisdicional.

2. A JURISDIÇÃO E A REVOLUÇÃO AXIOLÓGICA

A concepção de jurisdição se conecta e se contextualiza com o modelo de Estado, sendo influenciados pelo pensamento jurídico de cada época, e evolui conforme se desenvolvem os

paradigmas jurídicos vigentes. Cada tipo de Estado, resultado do tecido social e das forças políticas de cada época, deposita expectativas específicas na jurisdição, desenvolvendo modelos que se adequem a essas necessidades.

O modelo de Estado liberal se sustentava no império da lei, na medida em que aquela era a única legítima representante da vontade popular. A lei, neste paradigma, conforme explica Marinoni, “não vale por qualidades morais e lógicas, mas precisamente como ordem”, e “o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.” (MARINONI, 2012, pág. 25)

Em função destas características, o pensamento jurídico no Estado Liberal se sustentou fortemente pelo positivismo jurídico, já que o raciocínio positivista permitia a plenitude lógica do sistema jurídico, uma vez que “não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação”. (MARINONI, 2012, pág. 30)

Nas palavras de José Laurindo de Souza Netto,

No iluminismo racionalista que influenciou o Estado liberal, a norma estava desconectada de uma indagação de sua justiça intrínseca. O dogma da completude da lei não admitia a existência de lacunas como forma de evitar a distorção do espírito legal. (SOUZA NETTO, 2012, pág. 3107)

A jurisdição que se vislumbrava neste modelo de Estado era aquela que pressupunha a mera replicação pelo juiz das previsões legislativas. A interpretação da lei era impedida. A função da jurisdição era somente proteger os direitos consagrados na lei, somente quando violados. Não se conjecturava, neste paradigma, a atividade criativa do juiz, no sentido de criar direitos para além dos já previstos na legislação.

Este modelo de Estado entra em cheque, a partir do questionamento da perspectiva de que a lei era fruto da vontade

geral e legítima, e sugerindo-se a existência de “vontades políticas”, emergindo outro modelo, “preocupado com as questões sociais que impediam a ‘justa’ inserção do cidadão na comunidade”. (MARINONI, 2012, pág.43)

Com a mudança de paradigma do Estado Legislativo (Liberal) para o Estado Constitucional, a lei pede a sua primazia na ordem jurídica, dando lugar à Constituição, que, nesse contexto, ganha atributos que lhe conferem maior imperatividade.

Há, nas palavras de Marinoni, a “dissolução da lei genérica, abstrata, coerente, e fruto da vontade do parlamento.” (MARINONI, 2012, pág. 40). A lei não é mais suprema, e está, portanto, submetida a controle, que não leve em conta apenas a correção de seu processo de elaboração, mas sim a sua harmonia com princípios de justiça, insculpidos na Constituição.

Assim, questionada a perfeição e legitimidade da lei, há o gradual abandono da perspectiva liberal e positivista, em que a validade da lei se sustentava na sua perfeição formal, e uma consequente retomada (ou busca) pelo conteúdo substancial das leis, estampados nas constituições.

Neste contexto, o positivismo perde espaço, uma vez que a lei, subordinada aos princípios constitucionais e de justiça, deixa de ser objeto científico. A legitimidade do sistema se vê deslocada da supremacia da lei e sua interpretação positivista à possibilidade de concretização dos valores constitucionais, com hermenêutica diferenciada.

O reconhecimento da jurisdição de valores morais, e a colocação destes nos textos constitucionais, na forma de princípios, “realizam uma plasmação de jurídica de conteúdos de natureza moral nos ordenamentos jurídicos hodiernos” (MAIA, 2010, pág.101), revolução que tem impacto direto na concepção e função da jurisdição.

A Constituição, por ter matriz principiológica, altera a estrutura normativa disponível para o intérprete, deixando de ser composta por normas a serem determinadas mediante o silo-

gismo típico do positivismo, para ser formada pelo binômio regras e princípios, cujo manejo depende de ponderação e análise de valores.

Na doutrina constitucional brasileira, essa nova constelação teórica, que reconhece ser a estrutura normativa composta de regras e princípios, foi primeiramente exposta, como já destacado, por Paulo Bonavides, apontando Ronald Dworkin e Robert Alexy como seus principais protagonistas. Para descrever essa nova configuração nosso venerando constitucionalista utilizou o termo “pós-positivista”. A utilização de tal rubrica justificou-se na medida em que a incorporação dos princípios jurídicos e dos valores a eles atrelados implicou o abandono de uma das características principais do paradigma do positivismo jurídico – a não-conexão necessária entre direito e moral. (MAIA, 2010, Pág. 103)

Antes de adentrar nas transformações sofridas pela jurisdição nesse novo contexto, convém ressaltar que esta revolução axiológica impacta no processo como um todo, significando uma quebra do paradigma anterior, uma vez que evidencia “o inegável paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que ele se desenvolve”. (DINAMARCO, GRINOVER, CINTRA, 2005, pág. 80)

Com efeito, a perspectiva constitucional do processo revolucionou a concepção clássica de que as normas, processuais, tidas como meramente técnicas, seriam refratárias a concepções político-jurídicas.

Nas palavras de Cândido Dinamarco:

A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina. (DINAMARCO, 2005, pág. 24)

Assim, a interpretação constitucional do processo marcou a concepção que o processo está informado por princípios e valores que determinam seus institutos essenciais, sobretudo a jurisdição, que possui a função de dar concretude os valores

escolhidos socialmente e estampados na Constituição.

Nas palavras dos autores de Teoria Geral do Processo:

Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro que a história, a sociologia e a política não de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico.

Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade, em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que se deve utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e seus princípios. (DINAMARCO, GRINOVER, CINTRA, 2005, pág. 81).

Ou seja, nesta virada axiológica, o processo emerge, portanto, não mais como “um conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.” (DINAMARCO, GRINOVER, CINTRA, 2005, pág. 82).

No dizer de Dinamarco:

A idéia-síntese que está na base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal, são manifestações de algo dotado de maior espectro e significado transcendente: o valor *justiça*. (DINAMARCO, 2005, pág. 26).

Também para os autores de Teoria Geral do Processo:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*. (DINAMARCO, GRINOVER, CINTRA, 2005, pág. 35)

Em que pese a viragem constitucional tenha impactado os três pilares da ciência processual – ação, jurisdição e processo

–, é na jurisdição que os seus efeitos se sentem de maneira mais evidente.

Isto porque o que caracteriza este paradigma novo é, como aponta José Laurindo de Souza Netto, valendo-se da lição de Luis Roberto Barroso, “o reconhecimento da força normativa da Constituição, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e, especialmente, a franca expansão da jurisdição constitucional” (SOUZA NETTO, PEGORARO, 2009, pág. 6568)

Como explica José Laurindo de Souza Netto:

A extração do significado, a partir dos direitos fundamentais, exigiu da jurisdição tutela e proteção como deveres de atuação em prol da efetividade. A atuação judicial se tornou, pois, exigência de um direito à tutela efetiva, cabendo a jurisdição assegurá-la adequadamente.

Com a necessidade de extração do significado constitucional da norma, numa concepção semântica, alterou-se substancialmente o papel da jurisdição, fazendo a moral parte do ponto de vista interno do direito. (SOUZA NETTO, 2012, pág. 3122)

Assim, a alteração do paradigma jusfilosófico de concepção do direito, e mais especificamente da jurisdição, abre espaço para a reinserção da compreensão da realidade concreta e dos valores morais, antes alijados do estudo do Direito e do processo.

Com efeito, nesta nova ética, que desloca o seu fundamento último da mera lógica para a axiologia, não se concebe mais a distinção tradicional entre moral e direito, em que a moral é meramente auxiliar ao intérprete de um sistema perfeito e completo.

Assim esclarece Comparato:

Assim como a axiologia transformou a ética contemporânea, assim também, segundo se esperava, deveria ela transformar a ciência jurídica. Se os fundamentos do dever ser não são idéias nem fatos, mas valores, é preciso reconhecer que tanto a Moral quanto o Direito alimentam-se da mesma fonte axiológica, são partes componentes do mesmo sis-

tema normativo. (COMPARATO, 1998, In: PIOVESAN, 2012, pág. 15).

A superação do positivismo jurídico e da cisão entre a moral e o direito resgata a exigência ética e o compromisso do Estado-Juiz de privilegiar, na resolução do caso concreto, a condição humana dos indivíduos envolvidos, estimulando a vivência da relação com o outro, base da concepção de ética.

No dizer de José Laurindo de Souza Netto:

O compromisso da jurisdição com o resgate da consciência de si dos sujeitos conduz a consecução de uma educação ética que viabiliza o exercício dos próprios direitos e do respeito aos direitos alheios. (...)

Cabe à jurisdição transformadora compreender o Direito como um objeto ético, numa concepção abstrata de justiça, devendo o preparo científico do juiz coincidir com sua retidão ética. (SOUZA NETTO, 2012, pág. 3124/3125)

3. A INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Concebida no contexto da necessidade da retomada axiológica ante à lógica fria do positivismo que sustentava atrocidades do totalitarismo, a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 inaugura a noção contemporânea de direitos humanos, de caráter mais profundo e com inédita densidade jurídica em relação às Declarações precedentes.

A Declaração Universal de Direitos Humanos traz uma nova ética de valores, de ordem universal, lastreada axiologicamente na concepção de que o direito atribui valor a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência.

Centrada nesta concepção ética e jurídica se desenvolveu a proteção internacional dos direitos humanos, mediante a criação e implementação de mecanismos que permitem a conformação da ordem internacional a este novo consenso, e na valorização dos direitos humanos como elemento de destaque nos

ordenamentos jurídicos.

Nas palavras do jurista Valério Mazzuoli:

É imensa a parte das normas internacionais contemporâneas que dizem respeito à proteção e promoção dos direitos da pessoa humana, sendo inúmeros os tratados de proteção dos direitos humanos conhecidos atualmente. Todos eles têm uma característica fundamental: a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição. Em outros termos, basta a condição de ser pessoa humana para que todos possam vindicar seus direitos violados, tanto no plano interno como no contexto internacional. (MAZZUOLI, 2010, pág. 749)

Assim também define o juiz da Corte Interamericana Cançado Trindade:

A proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Orientado essencialmente à proteção das vítimas, reais (diretas e indiretas) e potenciais, regula as relações entre desiguais, para os fins de proteção, e é dotado de autonomia e especificidade própria. (CANÇADO TRINDADE, 2006, pág. 410)

No Brasil, a Constituição da República faz parte deste contexto de incorporação da proteção dos direitos humanos e cumpre nele papel de centralidade, na medida em que constitui o marco de transição democrática e de inserção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. (MAZZUOLLI, 2010, pág.763)

Nesse sentido, não se pode olvidar que, assim como o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi concebido como reação às atrocidades cometidas pelo nazismo, é notório que a Constituição de 1988 foi pensada sob os escombros dos abusos da ditadura civil-militar brasileira, de modo que, dadas as devidas proporções, a Constituição apresente o mesmo espírito de busca da valorização da pessoa humana e de repúdio a qualquer forma de arbítrio que informa a proteção internacional dos direitos humanos.

Assim destaca Flávia Piovesan:

Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade da pessoa humana. Esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra. Observa-se, desde logo, que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade da pessoa humana demarcaram as feições das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política – até porque tal feição seria incompatível com a vigência de regimes militares ditatoriais. A respeito, basta acenar à Constituição Brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana. (PIOVESAN, 2012, pág. 419/420)

Assim, no contexto já delineado no item anterior, de valorização dos princípios e de transformação da interpretação constitucional, dados com a superação do positivismo jurídico e da cisão entre moral e direito, a dignidade da pessoa humana emerge como a síntese valorativa do ordenamento jurídico brasileiro, a ser garantido pelos seus intérpretes.

Nas palavras de Piovesan:

A dignidade humana e os direitos fundamentais vem a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. Na ordem de 1988, esses valores passar a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. (PIOVESAN, 2012, pág. 52)

Convém ressaltar ainda que, a Constituição da República, além de trazer como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e um significativo rol de direitos fundamentais, de forma a espelhar grande parte da proteção internacional, prevê a possibilidade de integração com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, no seu art. 5º, §2º.

Ocorre então, no ordenamento jurídico brasileiro, uma abertura constitucional ao Direito Internacional, seja quando espelha a essência da proteção internacional, seja quando expressamente incorpora as normas ao seu quadro normativo, aperfeiçoando a principiologia interna com a proteção internacional. (MAZZUOLLI, 2010, pág.763)

Ainda nesta linha, a sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissivo na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais, redefinindo, nas palavras de Piovesan, o conceito de cidadania no Brasil.

O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados. A sistemática internacional de accountability vem ainda integrar este conceito renovado de cidadania, tendo em vista que, ao lado das garantias nacionais, são adicionadas garantias de natureza internacional. Consequentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias internacionais importa no desconhecimento de parte substancial dos direitos da cidadania, por significar a privação do exercício de direitos acionáveis e defensáveis na arena internacional. (PIOVESAN, 2012, pág. 81)

Assim, imperioso concluir que a Constituição da República funciona, de várias maneiras, como o fator determinante de aproximação da proteção internacional de direitos humanos com o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que integra, formal e materialmente, as duas esferas de proteção.

Importante ressaltar, contudo, que é na fonte valorativa, ou seja, na proteção da dignidade humana e os princípios que dela emanam, anteriormente delineada, que unifica e conecta as duas esferas de proteção – internacional e interna –, que se constitui o eixo fundamental para a efetividade dos direitos humanos, que se consubstancia, em última análise, na valorização do ser humano.

Nas palavras de Cançado Trindade:

Nunca é demais salientar que a concepção, análise e sistematização do Direito Internacional dos Direitos Humanos não estaria completa se, a par dos direitos e garantias, das normas substantivas e dos mecanismos e procedimentos de proteção, não tivesse presentes igualmente os valores que lhes são subjacentes. Estes valores são captados pela consciência humana, fonte material última desse novo corpus juris de proteção. Em meu entender, - permito-me reiterá-lo, - é, em última análise, a consciência jurídica universal (cf. *infra*) que reconhece e dá expressão concreta aos direitos inerentes a todo ser humano, por conseguinte universais. (CANÇADO TRINDADE, 2006, pág. 418)

(...)

O despertar e a evolução da consciência humana têm acompanhado *pari passu* a elevação da condição humana. Os avanços nesta linha se devem aos esforços das gerações que se sucedem no tempo. É graças à consciência humana que se cultiva e se enriquece o universo dos verdadeiros valores, e que se fomenta a solidariedade humana. Mais além do Estado e do mercado, há que buscar a proeminência dos valores superiores, capazes de bem orientar a ação e atender as aspirações humanas. O Estado existe para os seres humanos que o compõem, e não vice-versa. (CANÇADO TRINDADE, 2006, pág. 469)

4. A APROXIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Na medida em que a jurisdição hoje é compreendida na perspectiva da Constituição, e que esta reflete, em grande medida, o espírito da proteção internacional, e permite a integração do ordenamento jurídico interno, é possível concluir que a jurisdição se coloca no contexto da proteção internacional dos direitos humanos.

A Constituição da República, nesse contexto, funciona como fator determinante de aproximação da jurisdição com os

direitos humanos, permitindo, de várias formas, a compreensão da jurisdição na perspectiva humanitária.

A Carta Magna reproduz o quadro axiológico da proteção internacional dos direitos humanos, propiciando harmonia natural entre o ordenamento jurídico brasileiro e aquele arcabouço normativo, favorecendo, sobretudo ao intérprete, a compreensão conjunta das duas previsões jurídicas.

É o que ressalta a jurista Flávia Piovesan em interessante passagem:

A reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira reflete não apenas o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a que se ajuste, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará não apenas em responsabilização nacional, mas também em responsabilização internacional. (PIOVESAN, 2012, pág. 53)

Ressalta-se ainda que os direitos humanos, mais que mero reforço aos fundamentos constitucionais, trazem consigo concepção ética transformadora, que aporta no conceito de jurisdição, pois vem de encontro à perspectiva constitucional do processo.

Com efeito, a principiologia constitucional se conecta com os valores éticos trazidos pela incorporação do ordenamento jurídico brasileiro à proteção internacional dos direitos humanos, e repercute na transformação sofrida pela jurisdição com a virada axiológica.

Em outras palavras, amplia-se o espectro já delineado, do compromisso da jurisdição com a os valores constitucionais, para que também a jurisdição se conecte com as perspectiva dos direitos humanos, para configurar-se como instrumento de conformação do ordenamento jurídico brasileiro com o corpo

jurídico humanitário internacional.

Com efeito, a aproximação da jurisdição com a perspectiva humanitária ressalta qualidades da jurisdição que a perspectiva constitucional define apenas de maneira tímida, de modo que o ponto de vista humanitário, conectado à jurisdição, permite um aprofundamento da matriz constitucional.

A título de exemplo, no contexto da proteção internacional dos direitos humanos, e tutela da dignidade da pessoa humana, ganha relevo, sobretudo, a questão da inclusão social mediante a viabilização do acesso à justiça sem distinção, especialmente a certos grupos da sociedade e setores antes marginalizados da atividade jurisdicional.

Assim, os direitos humanos repercutem na jurisdição de modo a ressaltar a característica de vulnerabilidade e humanidade dos sujeitos envolvidos no conflito a ser apreciado, apelando para o senso humanitário e ético do aplicador do direito.

Com efeito, a inserção da jurisdição na órbita dos direitos humanos confere a ela caráter de instrumento não só a serviço do ético e do justo, mas também da inclusão social dos menos favorecidos, atribuindo ao acesso à justiça significado socialmente transformador.

Nesta linha, o processualista Jonatas Luiz Moreira de Paula concebe a jurisdição como elemento de inclusão social, na medida em que se insere como atividade estatal destinada a superação das desigualdades sociais e a promoção da justiça social, objetivos da república postos no art. 3^a da Constituição Federal. (PAULA, 2002)

Nas palavras do jurista:

A transformação e a inclusão social é uma meta a ser alcançada e isso significa uma opção em favor dos grupos sociais excluídos. Logo, não poderá a neutralidade do Estado e nem da jurisdição quando tratar de atividade pública visando a inclusão social.

Assumindo a postura transformadora, tanto a jurisdição como o processo, passarão a ter uma finalidade declarada: a realização da justiça social. Supera-se, assim, a visão de que

o processo tem em mira o controle social (sobretudo no processo penal) ou de que o processo visa a unificação do direito positivo ou que se destina a realizar a ordem jurídica.

A jurisdição, assim como o processo porque é o seu instrumento de realização, visa a transformação da sociedade, incluindo na ordem socioeconômica grupos sociais excluídos. Essa postura revela o caráter teleológico de sua atividade, o que significa inexistir qualquer neutralidade no ofício jurisdicional. (PAULA, 2002, pág. 168/169)

A inclusão social, mediante a viabilização do acesso à justiça aos menos favorecidos, realmente se destaca como resultado de uma interpretação do processo e da jurisdição conformada com os direitos humanos, na medida em que proporciona o incremento das condições de igualdade de direitos concebidas nos seio do paradigma humanitário.

Na mesma linha, em defesa da inclusão social como corolário da jurisdição na perspectiva dos direitos humanos, alerta o jurista paranaense Cândido Furtado Maia Neto que a marginalização, discussão típica do âmbito do processo penal, deve adentrar as ponderações no âmbito do processo civil.

Assim coloca o autor:

De maneira analógica, o cidadão verdadeiramente marginalizado no processo civil é aquele que não possui acesso ao judiciário, não consegue fazer valer e ter direitos, compondo o grupo de indivíduos pertencentes à esfera de exclusão jurisdicional estatal. (MAIA NETO, 2011, pág. 105/106)

No contexto do neoprocessualismo e da análise constitucional do processo, a partir da matriz constitucional principiológica, é possível considerar que uma confluência de normas que versam sobre os dois sistemas processuais - civil e penal -, conduzindo para uma unidade sistêmica, possa possibilitar essa confluência de conceitos.

Conforme explicitam José Laurindo de Souza Netto e Paulo Pegoraro Junior:

A crescente importância que tem sido atribuída à jurisdição constitucional, sobretudo em decorrência da histórica transição para o Estado Democrático de Direito – que em nos-

so ordenamento se identifica com a promulgação da Constituição da República de 1988 – tem conduzido a unidade processual sistêmica, relacionada tanto ao processo civil quanto ao processo penal, e se caracteriza pela convergência de diversos institutos processuais, num trilhar que se nutre da mesma fonte: a matriz constitucional.

(...)

Se a matriz constitucional impera, então o resultado não poderia mesmo ser outro que não a convergência dos sistemas, superando suas dicotomias extrínsecas e reafirmando, cada vez mais, sua raiz comum. (SOUZA NETTO, PEGORARO JUNIOR, 2009, pág. 6568)

Assim, com a transposição de princípios e ideias, concebidas na conformação humanitária do processo penal, para o processo civil, é possível enriquecer a já operada conformação constitucional do processo civil, e direcioná-lo à consecução e efetividade dos direitos humanos.

Em outras palavras, a aproximação dos dois sistemas processuais contribui para uma maior efetividade dos direitos humanos, uma vez que permite a maior penetração das novas concepções éticas e jurídicas, mais comumente vislumbradas no contexto do processo penal, no âmbito do processo civil.

Nesta mesma linha, a vocação para a proteção não só dos indivíduos nas relações públicas, mas também privadas não escapou também ao juiz da Corte Interamericana, Cançado Trindade.

Vejamos:

Embora as relações jurídicas reguladas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos sejam sobretudo as que contrapõem os indivíduos como seres humanos ao poder público, nestas não se exaure a aplicação do mencionado *corpus juris* de proteção. Dada a diversificação das fontes (inclusive as não-identificadas) de violações dos direitos humanos - outro grande desafio contemporâneo, - o raio de ação do Direito Internacional dos Direitos Humanos se estende também à proteção contra terceiros (grupos clandestinos, paramilitares, grupos detentores do poder econômico, dentre outros) - configurando-se o *Drittwirkung*; nesta hipótese, pode-se com-

prometer a responsabilidade do Estado por omissão (a responsabilidade internacional *objetiva*). (CANÇADO TRINDADE, 2006, 412)

Portanto, observa-se que a aproximação da jurisdição com os a Constituição, permite potencializar a efetividade dos direitos humanos, uma vez que permite situá-la, cada vez mais, epistemologicamente na perspectiva humanitária.

Com efeito, tal aspecto merece ainda reforços, para que a jurisdição civil atinja, a exemplo da penal, verdadeira teorização à luz dos direitos humanos, em que se configure totalmente conformada com aquela principiologia.

Conforme advoga Cândido Furtado Maia Neto:

Necessitamos aprofundar o estudo da Teoria Geral dos Direitos Humanos em conjunto com a Teoria Geral do Processo (Civil, Penal, Administrativo, Trabalhista...) para a plena realização e capacitação profissional pela necessidade de especialização na área de proteção as garantias fundamentais e do (sic) Direitos Humanos. (MAIA NETO, 2011, pág. 237)

5. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA JURISDIÇÃO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Como já dissemos anteriormente, como a Constituição Federal desencadeou uma revolução axiológica, que, por sua vez, se conectou com o conteúdo dos direitos humanos, consignado está que a jurisdição se situa epistemologicamente nesse contexto axiológico, com a missão de efetivar os direitos humanos.

Contudo, é de se ponderar, num contexto de busca pela a efetividade dos direitos humanos, não basta a compreensão epistemológica da jurisdição como instrumento de efetividade, sendo também necessários a caracterização dos meios que propiciem aos encarregados da jurisdição – os juízes – efetivarem esta proteção.

Deste modo, além do conhecimento crítico da realidade

brasileira e do impacto da axiologia dos direitos humanos tem sobre nosso ordenamento jurídico, pressuposto epistemológico da concretização dos direitos humanos, é também necessário o domínio, pelo intérprete, das técnicas do controle de convencionalidade.

Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional.

A abertura constitucional aos direitos humanos, a partir do art. 5º, §§2º e 3º da Constituição Federal, (MAZZUOLLI, 2010, pág.763), traz ao operador do direito brasileiro um desafio hermenêutico, pois inclui nas etapas interpretativas, além da já conhecida filtragem constitucional, o necessário controle de convencionalidade das leis brasileiras.

Com efeito, mesmo com a controvérsia a respeito da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, e independentemente da solução que se tenha dado ao status dos tratados – supralegal, constitucional ou emenda constitucional – não se questiona que eles integram o ordenamento jurídico brasileiro em hierarquia privilegiada, remetendo o intérprete à sua análise obrigatória. (PIOVESAN, 2012, pág. 115 e ss.; MAZZUOLI, 2010, pág.762 e ss.)

Nas palavras de Piovesan:

O pressuposto básico para a existência do controle de constitucionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé. (PIOVESAN, 2012, pág. 149)

Neste sentido, em que pese a Constituição brasileira silencie sobre a obrigatoriedade deste controle, (PIOVESAN,

2012, PÁG. 149), o juiz, que se destaca neste contexto, como representante do poder Judiciário, tem a obrigação de não só conhecer a proteção internacional, mas aplica-lo mediante controle de convencionalidade difuso, não podendo se furtar de realiza-lo.

Assim destaca a jurista, valendo-se da Lição da Corte Interamericana:

“Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação das leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade das leis’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”. (PIOVESAN, 2012, pág. 149/150)

Deste modo, em que pese a efetividade desta proteção internacional esteja calcada igualmente nos mecanismos de proteção internacional, os quais permitem a responsabilização internacional do Estado por violações de direitos humanos, é de se ponderar que a efetividade da proteção internacional recai sobremaneira no controle de convencionalidade das leis brasileiras.

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade. (PIOVESAN, 2012, pág. 149)

Com efeito, na exata medida em que a jurisdição constitucional depende do controle de constitucionalidade, (MARI-
NONI, 2008, pág. 56), os direitos humanos e sua efetividade recaem substancialmente no necessário controle de convencio-

nalidade pela jurisdição, que, compreendida epistemologicamente no contexto constitucional e humanitário, conforma constitucionalidade a normativa brasileira aos tratados internacionais de direitos humanos.

Como afirma Flávia Piovesan, “o controle de constitucionalidade contrubuirá para que se implemente no âmbito doméstico os standarts, os princípios e a jurisprudência internacional em matéria de direitos sociais” (PIOVESAN, 2012, PÁG. 150), permitindo a harmonização efetiva da ordem interna com a ordem internacional.

Assim, com o controle de constitucionalidade potencializa-se a concretização dos direitos humanos, permitindo inserção dos valores dos direitos humanos nas decisões brasileiras, efetivando a proteção internacional por meio da jurisdição.

6. CONCLUSÃO

Com a superação do positivismo jurídico, criou-se um espaço, no âmbito da ciência jurídica, para a consideração de valores éticos e morais, antes alijados do pensamento jurídico por conta do hermetismo típico daquela corrente jusfilosófica.

Tal viragem axiológica propiciou a necessidade da reafirmação e concretização desses valores, consubstanciados na Constituição e na proteção internacional dos direitos humanos, por meio da atividade jurisdicional.

Nesse ínterim, demonstrou-se que há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma aproximação da jurisdição constitucional com os direitos humanos, na medida em que o consenso humanitário internacional se aproxima e se conecta com a principiolgia constitucional, encontrando-se com a transformação ocorrida na jurisdição.

A própria Constituição, além de operar ela mesma uma revolução axiológica na compreensão da atividade jurisdicional, viabiliza a incorporação das concepções humanitárias de

natureza transformadora no nosso ordenamento jurídico, cumprindo vital neste processo de aproximação com direitos humanos.

Esta conexão com o paradigma humanitário confere conotação socialmente engajada à jurisdição, direcionando-a para a consecução da justiça social, aprofundando, deste modo, a axiologia constitucional, e repercutindo na atividade jurisdicional de modo a ressaltar o seu viés ético e efetivador dos direitos humanos.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais.

Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social.



7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª Edição, revista e atualizada, de acordo com a EC 45, de 8.12.2004. Malheiros, 2005.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI*. Conferências proferidas no

- XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, 2006. Disponível em <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 12ª Edição. Malheiros, 2005.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. *As transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo. Em Hermenêutica Constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Organizadores: Jerson Carneiro Gonçalves Junior; Lucia Elena Polleti Bettini; Eduardo Ribeiro Moreira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos Humanos no Processo Civil: Poder-dever Estatal de respeito à Dignidade da Pessoa e Segurança Jurídica*. Disponível em http://www.direitoshumanos.pro.br/ler_dhumano.php?id=19. Último acesso em 20/10/2012.
- _____. *Processo Civil e direitos humanos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil, v.1).
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Editora Manole, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5ª Edição.

São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROBLES, Manuel E. Ventura. *La jurisprudência de la corte interamericana de derechos humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*. Disponível em www2.ohchr.org/.../PonenciaM Ventura.doc. Último acesso em 21/10/2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª Edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007. Malheiros, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. *A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade*. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1 (2012), nº5. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/>. Último acesso em 08/03/2013.

_____. PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. *O neoprocessualismo e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica: uma afirmativa da jurisdição constitucional*. Artigo apresentado no XVIII Econtro Nacional do Conpedi em Maringá, 2009. Disponível em www.conpedi.org.br/anais/36/11_1080.pdf.