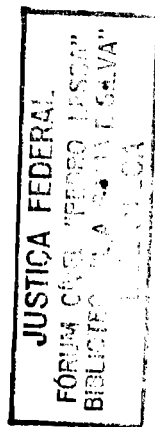


P0004707

REVISTA DA AJUFE

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL

ANO 18 - NÚMERO 60
JANEIRO A MARÇO DE 1999



É certo que nenhum sistema é perfeito e acabado e é próprio da natureza humana a constante reformulação. O exemplo português apresenta-se como modelo viável para adoção no Brasil, com as devidas adaptações.

Notas

¹ A propósito da anterior formação de magistrados no CEJ, ver Fiuza, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Lições de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado*. Belo Horizonte: Ed. Lê, 1991.

² Dados fornecidos pelo Centro de Estudos Judiciários. No ano passado registraram-se 1835 candidatos para 120 vagas. A procura é justificada pelo aumento do número de licenciados em Direito (cf. matéria publicada na revista visão — Que justiça, a dos juizes?. Lisboa, nº 301, 22/12/1998.

³ Art. 218 da Constituição da República Portuguesa. O Conselho é composto por dois vogais designados pelo Presidente da República, sete eleitos pela Assembleia da República e sete juizes eleitos pelos seus pares, em harmonia com o princípio da representação proporcional.

⁴ Art. 220, 2, CRP: *A Procuradoria-Geral da República é presidida pelo Procurador-Geral da República e compreende o Conselho Superior do Ministério Público, que inclui membros eleitos pela Assembleia da República e membros de entre si eleitos pelos magistrados do Ministério Público.*

⁵ Decreto-lei 374/79, de 10/09, com alterações posteriores.

⁶ Lei 16/98, art. 1º: *O Centro de Estudos Judiciários (CEJ) é um estabelecimento dotado de personalidade jurídica e de autonomia administrativa e financeira, sob tutela do Ministro da Justiça.*

⁷ Respectivamente, art. 6º, 1 e art.4º, 1, a e b.

⁸ Decreto-lei nº 714/75, de 20 de dezembro.

⁹ Neste sentido, a proposta da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, aprovada no V Congresso, realizado em Viseu, novembro de 1997.

¹⁰ A formação do juiz contemporâneo. *Revista do CEJ*, Brasília, nº 4, jan./abr. 1998, pp. 96-102.

Marcus Orione G. Correia

JUIZ FEDERAL NA SEÇÃO JUDICIÁRIA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

O PODER CONSTITUCIONAL DE AÇÃO

É corriqueira a concepção da ação como direito à prestação da tutela jurisdicional pelo Estado. Tratar-se-ia, portanto, de um direito público subjetivo ou cívico, porque tem no seu pólo passivo o Estado, como devolvedor de uma prestação positiva (solucionar a lide). Assim como se pretende do Estado que este preste uma política de acesso à saúde ou à educação, deste se pede que também conceda a justiça, através da tutela jurisdicional.

No entanto, entendemos que se possa realizar um aprofundamento no conceito de ação, o que terá importantes consequências práticas, como se verá.

Assim, sugerimos que, mais do que um direito público subjetivo, deve-se entender a ação como um poder constitucionalmente conferido aos cidadãos. Por outro lado, o poder de ação coloca o Estado em uma situação de dever, o dever de prestar a jurisdição, bem como de fazê-lo da forma mais eficiente para o exercício da cidadania.¹

Passemos, pois, a analisar a tese do poder de ação. Ou melhor: do poder constitucional de ação.²

Bobbio lembra que: "Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas".³

Assim, o conceito constitucional de ação integra o rol das liberdades públicas.⁴

Não é de se estranhar, portanto, a sua colocação no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, situado exatamente no título dos direitos e garantias fundamentais. Segundo este dispositivo, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos”.

No entanto, com o progresso da humanidade, não há como se deixar de atentar para o fato de que o exercício da ação contenha também um elemento social, no sentido pretendido por Bobbio. Portanto, ainda usando a terminologia do ilustre doutrinador, a ação possui, ao lado da sua idéia de liberdade, uma conotação de poder.

Logo, há na ação — proposta ou não proposta — um aspecto individual, que a transforma em uma liberdade pública ou, mais especificamente, um direito subjetivo público, e um aspecto social, que a torna um poder. Tratemos dos dois aspectos.

A ação é uma liberdade pública.

Explicuemos de forma ainda que ligeira em que consistem estas liberdades públicas.

As liberdades públicas consubstanciam uma primeira fase do desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais. Aparecem como um dos aspectos de afirmação ideológica do então emergente liberalismo. Segundo esta concepção ideológica, que já buscava a máxima valorização do indivíduo, seria fundamental à preservação dos direitos humanos que o Estado se abstivesse de intervir. Portanto, as liberdades públicas surgem como direitos dos homens em que o Estado tem o seu poder limitado e o indivíduo tem aumentada a sua esfera de liberdade, especialmente em relação a este mesmo Estado.

Por outro lado, deve-se lembrar, ainda com Bobbio, que, para os liberais, o Estado de Direito é aquele em que o Estado se subordina às leis (“superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens”) e ainda aquele em há a constitucionalização dos direitos naturais, com a criação de mecanismos constitucionais que impedem o exercício arbitrário e ilegítimo do poder estatal. Dentre estes, um dos mecanismos mais importantes para a preservação da liberdade do homem é exatamente “um poder judicial independente del poder político”⁵ — pressuposto indispensável ao exercício da liberdade pública conhecida como ação.

Assim, tomando-se todos os elementos anteriores, compreende-se

que a ação seja, sob certo aspecto, uma liberdade pública — o que se acen-tuava mais quando a concepção individualista da ação se sobrepunha ao seu lado social.⁶

Primeiro, em consonância com a explanação anterior, não há como se negar que o exercício da ação, em grande parte das situações, encontra-se na esfera da disponibilidade do indivíduo, que, mesmo para utilizá-la contrariamente aos interesses do Estado — como no caso em que este é parte no processo —, precisa de plena liberdade e da abstenção estatal.

Dai a inclusão da ação no capítulo dos direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, plenamente justificável a utilização da ação como um dos componentes mais importantes da base do Estado liberal moderno.

Somente o exercício — ou possibilidade de exercício — da ação res-tabelece o império das leis, já que a sentença, na forma tradicionalmente concebida, dita, para a controvérsia, a lei. Portanto, a constitucionalização do direito de ação corresponde a um dos desejos mais íntimos do liberalismo, ou seja, a prevalência do governo das leis sobre o governo dos ho-mens.

Por outro lado, a ação apareceria inicialmente como fonte de afirma-ção da existência “de um poder judicial independente do poder político”.

Assim, não há como se negar que a ação seja uma liberdade pública.

No entanto, lembramos Sartre, para quem o “homem está condenado à liberdade”.

Prefiro dizer, para efeitos da nossa análise, que o homem está conde-nado, de forma amarga, ao culto exagerado e desproporcional do mito da liberdade.

Grandes homens da história já se renderam de forma frenética ao cul-to desenfreado da liberdade.

Immanuel Kant, grande filósofo do século XVIII, por exemplo, parti-cipando deste culto, reduziu os direitos inatos a apenas um: a liberdade.

O culto sem medidas à liberdade fez com que o homem esquecesse que este não é o seu bem maior. Agimos, ainda hoje, como se a liberdade fosse realmente o valor supremo⁷. Esta forma de entender a vida aparece nas situações mais corriqueiras possíveis. Por exemplo: quantas vezes, ao estudarmos o direito penal, não dizemos que a liberdade do indivíduo é o bem supremo — o juiz criminal, ao sentenciar, aplicando penas restritivas da liberdade, lida com o maior de todos os bens. Como se, ao decidir uma

ação de alimentos ou trabalhista, isto é, de cunho patrimonial, estivéssemos na esfera de bens menores.

Pergunto: de que vale a liberdade do denunciado, se este não tem condições de sobrevivência? Será que a liberdade é, para este denunciado, o seu maior bem, quando ele vive em estado de miséria?

Pergunto ainda: se os alimentos pretendidos ou o salário pleiteado é a própria razão da possibilidade de subsistência do autor, não estamos lidando com um bem maior — mais expressivo até do que o direito de liberdade?

A liberdade de acionar, por exemplo, será efetiva se o autor não possuir condições financeiras de bem ingressar com a ação? Existe liberdade de ação onde há a diferença social entre os futuros demandantes? Há liberdade de ação para quem sabe que ficará anos à espera da solução judicial, tendo que enfrentar a “miséria do processo”?

Prisioneiros do mito da supervalorização da liberdade é no que realmente nos transformamos.

A forma de se solucionar os problemas oriundos da idéia simplista de que a ação é mera liberdade pública é concebê-la, também e acima de tudo, como um poder. Essa a única forma de nos livrarmos dos grilhões impostos pelo culto desproporcional ao mito da liberdade.

Passamos, aqui, a analisar o segundo aspecto da ação: o seu lado comum poder.

Assim, na verdade, ao nos depararmos com a Constituição, estamos diante de um poder constitucional de ação.

A idéia de poder constitucional de ação é extremamente vigorosa, na medida em que retoma o aspecto social da ação, requerendo do Estado uma atuação efetiva no sentido de melhor implementar a atuação jurisdicional.

Assim, como se pretende do Estado que este construa escolas e hospitais, fornecendo educação e saúde de forma plena aos cidadãos, deseja-se do Estado que ele conceda justiça, de forma plena e efetiva.

O poder de ação coloca o cidadão em uma posição de prestígio em relação ao Estado, que passa a ter um dever — não o mero dever de prestar a tutela jurisdicional, mas de prestar a justiça efetiva através da atuação jurisdicional.

Assim, a ação proposta comove de forma a promover o efetivo bem-estar social, já que se trata de poder plenamente exercitável. E isto se dá

não apenas na ação coletiva, mas também em cada ação individualizada —mente proposta — em cada uma destas, para que a sociedade se sinta atendida, a justiça material deve ser feita. E, para que o exercício da ação corresponda aos reais interesses, com a concessão da verdadeira justiça, passa o Estado a ser devedor de uma prestação de qualidade — qualidade obtida a partir das boas condições para que o juiz profira as decisões e mais para que as profira de forma rápida.

Por outro lado, nas ações coletivas, prestigiadas de forma nunca vista na nova Constituição, o poder consubstanciado no seu exercício é mais potente ainda. A comoção social promovida por estas demandas é nítida. Quem, por exemplo, pode duvidar da força de uma ação coletiva de defesa dos consumidores? Ou ainda de uma ação civil pública em que se busca a defesa do meio ambiente?

Por outro lado, enquanto poder que extrai as suas forças da constituição, a leitura do texto infraconstitucional deve ser tido sempre no sentido de se fornecer maior eficácia a este poder — com evidente prestígio a toda e qualquer interpretação que implique evidente prestígio à idéia de amplo acesso à justiça. Trata-se da conhecida leitura potencializada das instituições processuais a partir da análise da Constituição, preconizada, dentre outros, por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Há que se fazer, portanto, uma leitura potencializada da Constituição, quando confrontada com textos infraconstitucionais, também no que concerne ao prestígio do poder constitucional de ação.

Estes são apenas alguns dos diversos exemplos que deixam claro que a leitura da ação como poder constitucional traz reflexos práticos que não podem ser olvidados.

A admissão de que a ação é um poder, ao lado da sua concepção como liberdade pública, nos fornece a sua efetiva conotação social. Passamos, com esta visão, entendo, a nos afastarmos da prisão a que estamos eternamente condenados, quando realizamos o exagerado culto ao mito da liberdade.

Notas

¹ A idéia de ação como poder não é nova, mas será aqui melhor esmiuçada, sob a ótica de que seu fundamento de validade é constitucional. De certa forma Adolfo Armando Rivas, por exemplo, já percebia um elemento de poder no conteúdo da ação, como se depreende da seguinte passagem: “La acción es derecho subjetivo en cuanto la titularice un particular, desde el punto de vista de la jurisdicción-garantía; es deber del Estado, si se traduce en el ámbito penal, como participación en

Vera Lucia R. S. Jucovsky

JUIZA FEDERAL NA SEÇÃO JUDICIÁRIA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

la supragarantía de la protección judicial de los derechos y es potestad (de ejercicio obligado) en tanto asume el fin de asegurar la paz general; parecidas consideraciones caben hacerse cuando la administración debe recurrir a juicio" (*in: Ideas para una teoría general del proceso. Revista de Proceso*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n° 51, jul.-set. de 1988, p. 91). No entanto, de forma mais corriqueira, se considera a ação apenas a partir da ótica de sua aceitação como direito subjetivo público. Corrente, portanto, é a noção difundida por Carnelutti, segundo a qual, enquanto a jurisdição consubstancia um poder, a ação se coloca no quadro dos direitos subjetivos ou, mais precisamente, dos direitos subjetivos públicos (a respeito confira-se a obra *Derecho Procesal Civil y Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. I, 1971, p. 127).

² Esta idéia de ação como poder, que apresenta raízes na Constituição, vem desenvolvida, ainda que de forma um pouco diversa da abordada, por Couture. No entanto, mesmo este autor, em alguns momentos, ressalta mais o elemento liberdade componente da ação (veja-se a obra *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, t. I, 1978, pp. 24 a 45).

³ *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21.

⁴ Como acentua Canotilho, "a defesa dos direitos e o acesso aos tribunais não pode divorciar-se das várias dimensões reconhecidas pela Constituição ao catálogo do direitos fundamentais. O sentido global resultante da combinação das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais é o de que o cidadão, em princípio, tem assegurada uma posição jurídica subjetiva, cuja violação lhe permite exigir a proteção jurídica" (*in: Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, p. 387).

⁵ *Liberalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 17 a 20.

⁶ Mesmo no Estado Social de Direito, esta idéia vem bem presente, como se depreende das seguintes lições de Jorge Miranda: "Para o Estado Social de Direito, a liberdade possível — e, portanto, necessária — do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar o futuro. Há que criar condições de liberdade, mas a sua criação e a sua difusão somente têm sentido em regime de liberdade; porque a liberdade (tal como a igualdade) é indivisível, a diminuição da liberdade — civil ou política — de alguns (ainda quando socialmente minoritários), para outros (ainda que socialmente majoritários) acederem a novos direitos, redundaria em redução da liberdade de todos" (*in: Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, t. IV, 1993, p. 97).

⁷ Autores como Carnelutti chegam a afirmar que "la libertad vale más que la vida ..." (confira-se a obra *Como se hace un proceso*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1989, p. 6).