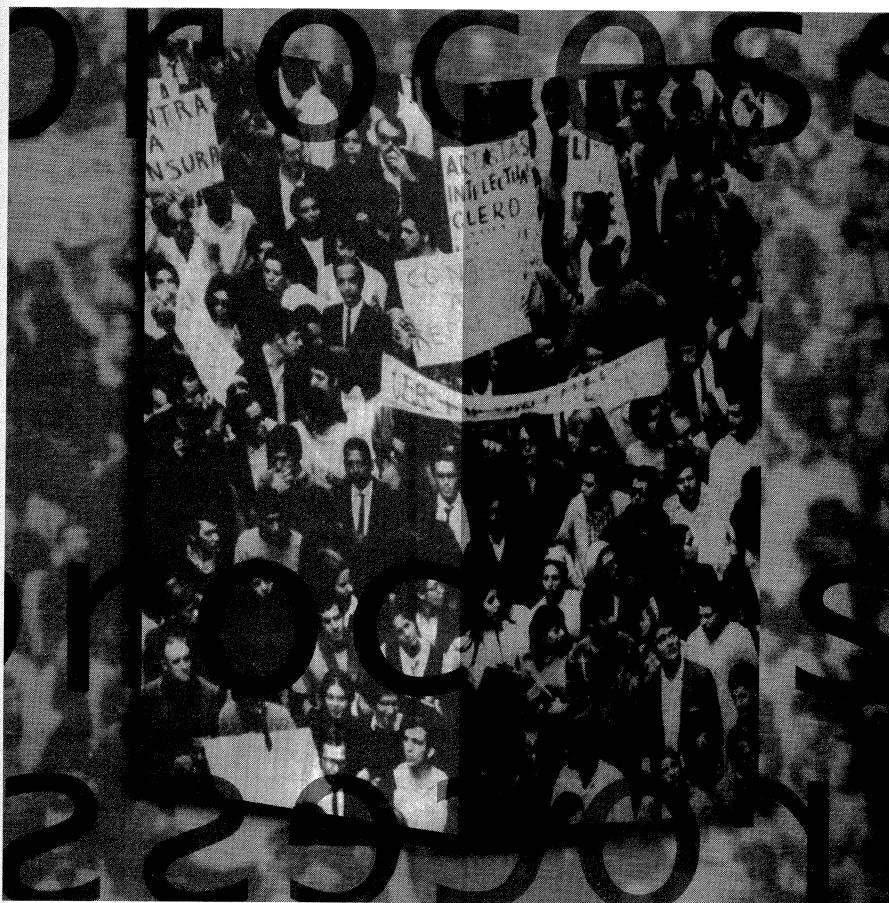


CIDADANIA, CONSTITUIÇÃO E ATUAÇÃO PROCESSUAL

Benedito Pereira Filho*



RESUMO

A Constituição é o espelho do Estado que estrutura. Para conhecer a organização de um Estado, sua forma de governo, regime político, repartição de competência etc., é mister uma leitura acurada da sua Constituição. O respeito a essa Lei Fundamental reflete o grau de justiça que reina na sociedade que disciplina. Daí, a necessidade de um conceito e, acima de tudo, uma efetiva atuação dos direitos de cidadania. Declarar direitos não significa, em absoluto, garantia. É preciso fomentar nos membros da sociedade capacidade de exercício e gozo de seus direitos assegurados formalmente na Constituição. Para tanto, o processo, que é o instrumento para reparar um desrespeito ao direito do cidadão, deve estar apto a reconduzir as partes à exata situação existente antes do desrespeito. Contudo, não só os legisladores mas, sobretudo, os aplicadores dessas normas (juízes, advogados, educadores etc.), devem estar conscienciosos da relevância social que reveste toda e qualquer norma jurídica.

* **Benedito Pereira Filho** é professor dos cursos de graduação e pós-graduação - *latu sensu* - da Faculdade de Direito de Marília-SP, Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", e mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - Curitiba-PR.

Discorrer sobre cidadania requer, pela própria essência do tema, uma análise que transcende a simples previsão legislativa. Cidadania é um estado que deve ser cotidianamente vivenciado, discutido, respeitado e exigido. Portanto, é mister fazer uma abordagem, ainda que sucinta, sobre a fonte dos direitos de cidadania para depois buscar uma compreensão sobre tão importante tema.

Conceituar cidadania é, no mínimo, imprudência ou inocência, uma vez que, assim como direito, justiça, requer muitos outros fatores - culturais, estruturais, políticos etc. - para uma adequada realização. Por essas razões, não obstante definições de insígnies juristas, aqui prefere-se externar seu papel a defini-la.

No entanto, é cristalino o entendimento segundo o qual cidadania é, entre outras coisas, a real possibilidade de participação do povo na vontade geral. O detentor do poder é o povo. Nada mais justo e coerente que ele tenha mecanismos de participação na formação social que ele almejou e criou. Esta via de participação é inerente à cidadania.

A existência jurídica do Estado, aqui compreendido Estado Federal, dá-se com a implementação da ordem constitucional. Assim, o Brasil, juridicamente, nasceu no dia 05 de outubro de 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal.

Tanto é assim que o constitucionalista Celso Bastos (1999) conceitua Constituição como sendo a particular maneira de ser do Estado, sua certidão de nascimento, porque ela inova na ordem jurídica com total supremacia, sobrepujando as demais leis existentes, recepcionando-as ou repudiando-as.

Por esta sorte de razão, tem-se o princípio da verticalidade fundamentadora das normas, significando que elas se posicionam numa estrutura escalonada verticalmente, sendo que, no ápice está a Constituição Federal - por isso também denominada de Carta Magna, Lei Maior, Lei Fundamental etc - e, abaixo, as demais leis, como as complementares, ordinárias, decretos, medidas provisórias etc.

Em virtude dessa supremacia, contra a Constituição nada pode ser

alegado, sequer direito adquirido. A não ser, logicamente, que ela, ao legislar sobre determinado assunto expressamente (por exemplo, fim da estabilidade dos funcionários públicos), determine que sejam respeitados os direitos daqueles já no uso e gozo de suas funções.

Esta norma inaugural, suprema, cuida daqueles temas de grande relevância, servindo como um verdadeiro alicerce, estruturando o Estado, estabelecendo competências e disciplinando os direitos e deveres de um

"Cidadania é um estado que deve ser cotidianamente vivenciado, discutido, respeitado e exigido"

determinado povo, num dado território e numa certa época.

Evidente que se está cuidando do seu conceito jurídico, uma vez que constituição, em sentido comum, laico, relaciona-se com tudo aquilo que tem um corpo, uma estrutura, como o corpo humano, composto de cabeça, tronco e membros, pelo simples fato de que todas as coisas têm uma constituição, uma determinada estrutura.

Ainda se faz necessário identificar na Constituição matéria constitucional e matéria não constitucional, muito embora esta lá esteja. A explicação é singela. Significa que certas matérias, em virtude de suas relevâncias, necessariamente têm que estar previstas na Constituição, ao passo que outras poderiam, perfeitamente, vir disciplinadas em leis ordinárias.

Assim, é matéria constitucional, pelo seu evidente interesse e importância, o parágrafo único do artigo primeiro, que relata ser o povo o

único titular do poder, ora o exercendo diretamente, ora via representantes. Ao passo que não é matéria constitucional, porque poderia perfeitamente vir expresso em lei ordinária, todo um capítulo destinado aos índios, por exemplo.

Mas esta distinção não tem grande relevância no campo jurídico, visto que a Constituição brasileira é rígida, de tal modo que toda e qualquer mudança, necessariamente, terá de passar por um processo mais difícil, cauteloso. Frise-se, as constituições são analisadas quanto à forma, origem e mutabilidade.

Quanto à forma são classificadas em escritas ou costumeiras. Escritas são aquelas cuja estruturação do Estado vem encartada, documentada num texto, como a nacional. Já costumeiras são aquelas cuja obediência recai sobre os usos e costumes cristalizados pela passagem do tempo. Hodiernamente, é exemplo a constituição inglesa, mas mesmo essa já tem em seu bojo textos escritos.

Quanto à origem, podem ser promulgadas e outorgadas. As primeiras são aquelas oriundas de uma assembleia constituinte, com total aval do povo, para exercer a nobre atividade de constituir a Lei Fundamental do Estado. Já as outorgadas são aquelas advindas da vontade de uma só pessoa ou de um grupo de pessoas, mas sem a anuência popular.

Mas a classificação que no momento mais de perto interessa é a relativa à mutabilidade. Por este viés, as constituições poderão ser rígidas, flexíveis e semi-rígidas.

Flexíveis são aquelas que podem ser modificadas com facilidade, pois não se exige nenhum processo especial para tal. Semi-rígidas são caracterizadas por haver em seu corpo matéria que necessita de um processo especial para sofrer mudanças, ao passo que outras poderão ser modificadas sem maiores dificuldades.

A atual Constituição é rígida, significando dizer que toda e qualquer alteração necessitará de uma tramitação, cujo processo é especial e qualificado. Assim, a iniciativa é restrita a um número expresso de pessoas. A votação e discussão ocorrem em cada Casa do Congresso Nacional em dois

turnos e a aprovação fica condicionada a três quintos (3/5) dos votos dos respectivos membros.

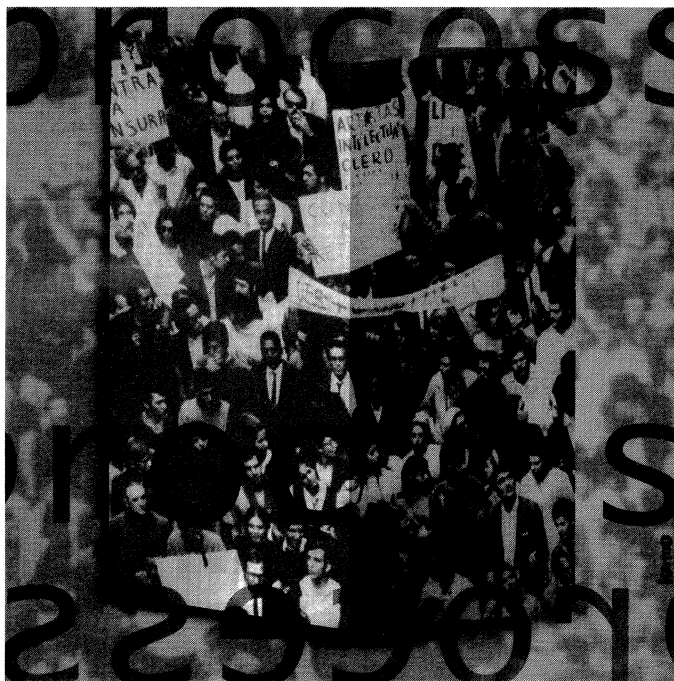
Esta singela introdução objetiva explicitar que a fonte da cidadania é a Constituição Federal, fator de extrema segurança, eis que estando prevista na Lei Maior, conseqüentemente, há proteção máxima no campo jurídico.

Tanto é assim que, em virtude do princípio da verticalidade fundamentadora das normas já abordado, os direitos dos cidadãos, enquanto imprescindíveis à cidadania, não poderão ser enfrentados por normas infraconstitucionais, só se submetendo às emendas constitucionais e, mesmo assim, muitos deles, talvez o mais importante, o voto direto, secreto, universal e periódico, não poderão ser mudados sequer por emendas à Constituição, tendo em vista as cláusulas pétreas previstas no § 4º do artigo 60.

Por força deste dispositivo, as matérias ali abordadas não poderão ser abolidas, nem mesmo se submeter ao processo especial e qualificado acima aludido. E o inciso IV deste § 4º relaciona como matéria intocável os direitos e garantias individuais. Ora, neste leque estão, inexoravelmente, os direitos de cidadania. Mas, a maior garantia está no inciso II, que veda qualquer tentativa de abolição do voto direto, secreto, universal e periódico, prestigiando amplamente o direito de cidadania de votar e ser votado.

Pelo até aqui exposto, pode-se, então, dizer que cidadania, como conjunto de prerrogativas inerentes à nacionalidade, vem elencada na Constituição Federal, podendo ser compreendida de forma restrita e de forma ampla.

Para José Afonso da Silva, cidadão no direito brasileiro é todo aquele que pode votar e ser votado, ou seja, titular de direitos políticos que participa na formação do Estado. A Constituição, do artigo 14 ao 17, disciplina os direitos políticos, determinando quem vota, quem pode ser vo-



tado, traçando, também, normas gerais sobre os partidos políticos.

Assim, tem-se o conceito restrito de cidadania, consubstanciado no fato de votar e ser votado. Não poderia ser de outra forma, pois o parágrafo único do artigo 1º expressa textualmente que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Pela sua real importância, tal norma é taxada de substancialmente constitucional na exata medida em que declina clara e expressamente o povo como titular do poder, afastando a divindade, entidade de classe etc., para indicar com exclusividade o povo como seu único detentor.

Não se pode confundir nacionalidade com cidadania e nem nacional com cidadão como em épocas passadas:

"O vínculo nacional, servos e vassallos também o tiveram, mas o participar da vida política do Estado e fazê-lo vendo respeitada a esfera da sua autonomia individual, seu direito de realizar-se como pessoa, seu direito de cumprir, com independência e eficácia, seu destino pessoal, no quadro de uma sociedade organizada, esta é a novidade que pede seja enfatizada." (Hauriou apud

Passos, 1993, p. 98)

Nacionalidade se adquire com o nascimento ou naturalização, conforme artigo 12 e seguintes da Constituição, enquanto que cidadão é aquele que participa do Governo, sendo ouvido pela representação política. Nacionalidade é pressuposto de cidadania, pois só pode ser cidadão aquele que tem a nacionalidade brasileira.

É evidente que, num país tão vasto e populoso, é inviável qualquer tentativa do próprio povo, que é segundo a norma substancialmente constitucional citada o titular do poder, exercê-lo diretamente.

Tem ele que se valer de representantes, prevendo a legislação apenas algumas situações em que poderá o então cidadão, de forma direta, participar na vontade geral, que são os casos da iniciativa popular, referendo e plebiscito.

Mas, como bem adverte Rodrigo Borja, nem mesmo estas três formas de participação podem ser consideradas como exercício direto do poder, eis que os não eleitores, obrigatoriamente, terão que ser representados pelos eleitores, o que faz com que suas participações sejam mediante representantes, quais sejam, aqueles que podem votar. O jurista alienígena esboça seu pensamento da seguinte maneira:

"Conceptualmente, la democracia directa supone la inexistencia de intermediarios entre el pueblo y el ejercicio del poder político. Como el cuerpo electoral no es el pueblo mismo, sino la representación constitucional de él, que se interpone entre la massa popular y el gobierno del Estado, bien claro está que todo acto suyo tiene forzosamente naturaleza representativa. En consecuencia, la iniciativa popular, el referéndum y el plebiscito son formas de democracia indirecta, en las que el pueblo actúa por intermedio de sus representantes, que son los electores." (Borja, p. 222)¹

Porquanto, restritamente, para muitos constitucionalistas cidadão é todo aquele que participa na formação política do Estado, podendo votar e ser votado. Mas, cidadão e, por consequência lógica, direitos de cidadania, merecem uma compreensão muito mais ampla. Corroborando com esse entendimento, Adam Przeworski vê o surgimento do cidadão, e os consequentes direitos da cidadania daí decorrentes, no momento em que ele é governado sem poder ser oprimido.

Aplausos, pois cidadania não pode se restringir tão somente ao fato de votar e ser votado. Num país que se diz democrático e de direito, cidadania envolve, necessariamente, muitos outros fatores.

A partir desse ponto de vista, começam a surgir inconvenientes oriundos de variados fatores que impedem o pleno exercício da cidadania. É inegável a farta existência de previsão legal, em nível constitucional inclusive, alicerçando a cidadania. Porém, há, infelizmente, uma proporção imensuravelmente maior de obstáculos ao exercício desses direitos.

Para Passos (1993), a real cidadania envolve muito mais do que direitos humanos pois, além de englobar os direitos que a todos são atribuídos em virtude da sua natureza humana, abrange ainda os direitos políticos.

Então, ao contrário daqueles que entendem cidadania como simples fato de poder votar e ser votado, este jurista, com total acerto, vê esse direito político como algo que vem complementar aqueles direitos inerentes à cidadania. Nessa linha de raciocínio, cidadania é dividida em três dimensões: política (direito de participação), civil (direito de autodeterminação) e social (direito a uma vida digna, adequada).

Essa é a cidadania plena e eficaz que envolve, entre outros pontos, a questão do respeito aos direitos humanos, da igualdade entre as pessoas, enfim, a construção de uma sociedade li-

vre, justa e solidária, não só formalmente como até aqui se tem, mas de maneira real, efetiva.

A situação requer mais acuidade quando se sai dos textos pomposos e etéreos da lei para se discutir cidadania no mundo fático e concreto. É que, formalmente, ela existe, no livro, no papel denominado Constituição, estando alguns direitos, inclusive, livres de qualquer emenda constitucional, por se constituírem em cláusulas pétreas, como já visto, mas efetivamente não se tem o seu exercício, não se desfruta dos direitos de cidadania como se deveria.

Os direitos relativos à cidadania, em sua maioria, são exercitáveis contra o Estado ou, quando não, requerem dele uma atuação. Este, prevê na legislação tais direitos de forma a causar inveja a qualquer país desenvolvido, contudo, astuciosamente, nega-os ao povo, "cidadão". Para pôr em prática tal artimanha, não se utiliza de nenhum poderio bélico, mas de duas institucionalizações: **o não saber e a dependência.**

Através do não saber, o povo é mantido ignorante, alheio à educação, de tal forma que não sabe como utilizar os direitos que tem ou é induzido a utilizá-los erroneamente quando, exemplificando, vota por influência da mídia, principalmente a televi-

siva. Ignorância é falta e ausência de conhecimento. Manter o povo ignorante, alheio, é negar acesso aos seu direito de cidadania e pela forma mais cruel: a omissão.

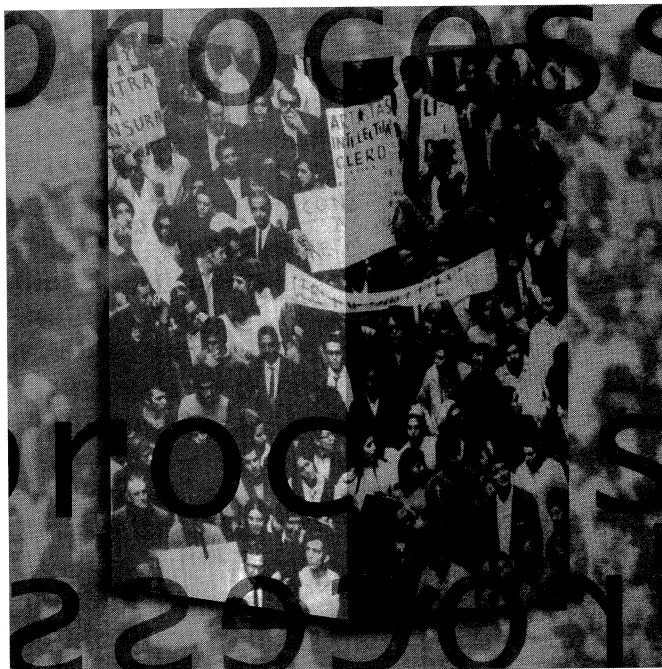
Outro artifício para negar o uso dos direitos de cidadania é a dependência. Alcança-se este desiderato mantendo o povo pobre, uma vez que a pobreza gera dependência, pois aquele que vive de favores jamais se voltará contra seu "padrinho", mesmo para exercer um direito que lhe é inerente, com receio de perder aquele miserável, mas único apoio.

Então tem-se, como aponta J. J. Calmon de Passos, uma "cidadania tutelada". Tutelada porque, apesar de oferecer o céu legislativamente falando, a sua aplicação é propositadamente deficiente, "(...)se fomos generosos no 'enunciar', fomos mesquinhos no 'assegurar', mesquinhos, cautelosos e astutos." (Passos, 1993, p.112). Com essas palavras, Calmon de Passos demonstra a tutela da nossa cidadania, exatamente porque não temos meios eficazes para uma real participação, fruto da cidadania.

A Constituição Federal, redução da cidadania, engloba todos os direitos inerentes a qualquer cidadão. Porém, a sua ausência é latente; bastando analisar a miséria da grande massa, a exploração do trabalho infantil, a discriminação e os excluídos. Mas ela existe! Para aquela minoria que possui reais condições de exercê-la, qual seja, a que possui boa educação e, principalmente, aquela detentora do poder econômico, uma vez que não sofre do mal da dependência:

"Quem não depende de outro, nem materialmente, nem intelectualmente, é livre e jamais será dominado, podendo apenas ser subjugado pela força física, ou seduzido psicologicamente." (Passos, op. cit., p. 101)

A grande parte da população não tem sequer o direito de consumir aquilo que produz. Ora, é direito do



cidadão participar da formação do seu Estado em vários níveis, inclusive o encarregado à produção de bens e serviços. Mas também, por via de consequência, deve-lhe ser concedido o direito a consumir, em condições de igualdade, pelo menos parte daquilo que com muito trabalho ajudou a produzir. Mais uma vez, é oportuna a lição de Calmon de Passos:

"Quem, no campo social ou econômico, é um dominado, não pode deixar de ser um dominado no campo político, por mais enfáticas que sejam as proclamações de sua autonomia; assim, quem dominado social ou economicamente está inabilitado, de modo radical, para desempenhar o papel de cidadão." (Passos, op. cit., p. 101)

A Constituição de 1988 manteve o sistema econômico liberal ao garantir a livre iniciativa, mas buscou garantir uma "justiça social", procurando proteger certos direitos como o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana, o da sociedade livre, justa e solidária etc. Essa junção do sistema econômico liberal com a preocupação de uma "justiça social" deve-se ao fato de que, à época da Constituinte, houve pressão das mais variadas classes de *lobbyistas*, sendo todas aceitas, menos a do povo, que não teve representação.

Porém, a força do poder econômico, como sempre, influi irracionalmente e estes mecanismos, colocados pelo legislador constituinte, na tentativa de "frear" os abusos de um sistema econômico liberal, não são efetivamente realizados, aparecendo, como consequência lógica, os excluídos, marginalizados.

O Estado, é inegável, criou mecanismos para intervir no mercado e proteger, através de medidas sociais, os mais necessitados. Mas, além de não conseguir realizar tal tarefa, a derrocada neoliberal parece complicar ainda mais esta situação, haja vista as inúmeras investidas no sentido de diminuir sua atuação, retirando o mínimo de direitos sociais até aqui conquistados às duras penas, pelo povo, notadamente no campo do

direito do trabalho.

Com a insistência do Estado mínimo, pretende-se deixar a maioria das questões, inclusive as de índoles sociais, para serem resolvidas sem a ingerência do Estado. Ora, ainda nem se consegue usar, de forma efetiva, a cidadania e já se está vendo a mesma esvaziar-se.

Se é certo que o paternalismo exacerbado é um mal, também não se pode deixar nas mãos de um mercado selvagem questões de grande relevância, envolvendo a saúde, dignidade da pessoa humana e outros, sob pena de se verem ainda mais inviáveis os direitos de cidadania. Um país que ain-

*"Através do não
saber, o povo é
mantido
ignorante, alheio à
educação, de tal
forma que não
sabe como utilizar
seus direitos"*

da vive com o drama da distribuição de terras não pode sustentar, sem os devidos cuidados, o lema do Estado mínimo.

Para se tornar menos abstrata a "justiça social", não se faz necessário criar novos modelos ou aperfeiçoar os já existentes. Basta tão-somente dar efetividade aos que se têm, pois a Constituição é farta neste sentido, requerendo apenas bom senso e vontade daqueles encarregados da implementação dos direitos previstos.

Esta alienação à qual está submetido o cidadão acarreta, por via oblíqua, um total inaccessível à justiça. Destarte, sua situação agrava-se quando o desrespeito ao seu direito força-o a buscar respaldo junto ao poder responsável pela aplicação do Direito, qual seja: o Judiciário.

É cediço que, abolida a justiça privada, o Estado chamou para si

toda a responsabilidade na elaboração e aplicação do Direito. Porquanto, no mundo jurídico, tudo, até raríssimos resquícios daquela antiga justiça, necessariamente, passa pelo senso estatal, através de seu Poder, subdividido em legislativo, executivo e judiciário.

O legislativo, elaborando as leis, constituindo o corpo normativo em abstrato, coadjuvado às vezes pelo executivo e até mesmo pelo povo, através das modalidades de participação direta no exercício do poder, tem o dever de proporcionar às várias demandas sociais, a devida proteção jurídica.

O poder legiferante estando nas mãos do legislativo e executivo, resta ao judiciário, por sua vez, a tarefa de aplicar as normas elaboradas, com o fito de tutelar o direito reclamado pelo cidadão. O Estado, como visto, monopoliza a distribuição da justiça, elaborando e aplicando as normas jurídicas. Porém, dos dois momentos, o da elaboração e o da concretização, interessa mais de perto, por ora, o segundo.

Neste panorama, conjugando elaboração e criação, temos o Direito como conjunto de normas regendo a vida dos homens que optaram pela construção de uma sociedade, acreditando ser a melhor forma de convívio. Em síntese, esse conjunto de regras, denominado direito positivo, material, substantivo, é elaborado visando a que todos obedeçam aos preceitos normativos elencados, por se constituir na conduta ideal para a harmonia e a realização do bem comum.

Contudo, por motivos vários, o direito material é constantemente desrespeitado, surgindo então a necessidade de mecanismos capazes de restabelecer novamente a paz. Então, se há uma estrutura normativa limitando a conduta dos indivíduos, é mister um remédio para viabilizar o interagir das pessoas envolvidas nesta cadeia de normas.

É preciso um caminho, um norte, para que as pessoas possam exigir do Estado, detentor de todo este sistema, um atuar no sentido de que todos, inclusive ele, respeitem o que está normatizado. Este remédio, caminho, é o processo criado para servir

de instrumento à aplicabilidade do Direito, conjunto de normas elaborado para regular as várias relações entre os membros da sociedade.

Direito e Processo seguem, invariavelmente, um ao lado do outro, harmonizando autonomia e instrumentalidade. Por isso, se entre as pessoas e o direito reclamado existe uma ponte, que é o processo, isto o reveste de fundamental importância, razão pela qual deve ser bem estruturado para comportar com satisfação a incumbência que lhe é rogada. Dessarte, compreendê-lo bem significa aparelhar-se para uma melhor aplicação do Direito e, conseqüentemente, para uma harmonização do convívio social, fim último do Estado.

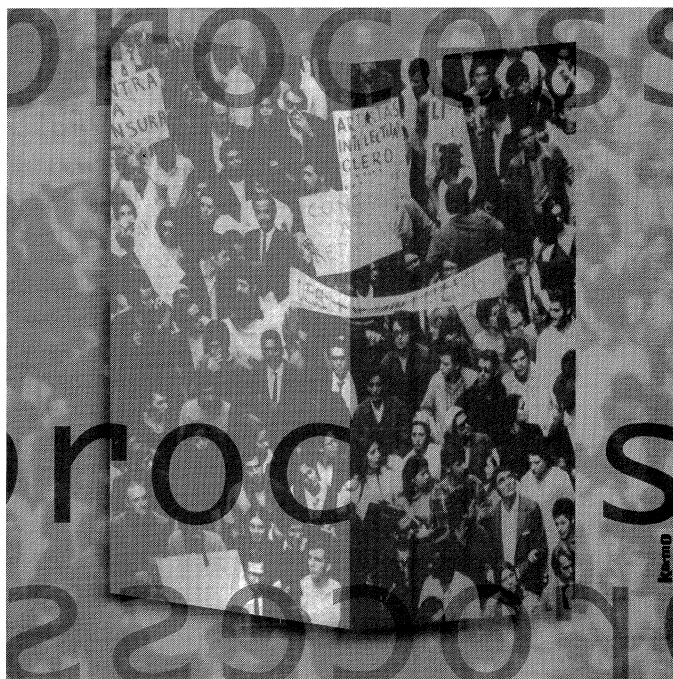
Na escala evolutiva do direito processual, dentre as fases mais acentuadas, a da instrumentalidade do processo é atualmente a mais festejada. Cândido Rangel Dinamarco carrega a bandeira com sua obra intitulada "A instrumentalidade do processo", alcançando vãos bem altos, fugindo do chamado "processualismo", na procura do esperado processo de resultado, pois o apego ao formalismo exacerbado acarreta em dar mais importância à emenda do que ao soneto.

Porquanto, não obstante a inegável importância da visão instrumentalista do processo, amenizando a cegueira, própria das paixões, que resume o processo com fim em si mesmo, é necessário algo mais. Ele deve ser compreendido como mais uma oportunidade para as partes resgatarem o diálogo, agora de forma ordenada e instruída pelo Estado-juíz, visando atender humanitariamente aquela demanda social trazida a juízo, objetivando a composição do conflito com igualdade para que não existam perdedores e vencedores, mas sim convencidos.

Diante disto, a instrumentali-

dade do processo deve ser corroborada por um atuar do Estado, materializado na pessoa física do juiz, que vai muito além da vetusta idéia de neutralidade. O juiz, assim como as partes, os sujeitos da relação processual, portanto, devem estar interagidos, prontos ao diálogo, procurando sempre a forma mais fácil para se chegar à decisão, equacionando o binômio justiça/rapidez.

No processo, o campo de atuação não deve e não pode se restringir apenas às partes. O juiz tem de ser um agente ativo e não passivo. Não pode aceitar as "verdades" trazidas para os autos se com sua atividade puder alcançar o pano de fundo do conflito e resolvê-lo da forma mais próxima pos-



sível da realidade.

Para isso, é necessário que ele, sem perder a responsabilidade do poder/dever de dizer o direito, se iguale às partes, no sentido de dar oportunidades de ouvi-las e jamais se posicionar de forma equidistante, observando tudo se passar, ainda que conforme as regras do processo, mas sem sua intervenção, sob a especiosa capa de neutralidade. Neste sentido, Amílton Bueno de Carvalho relata o seguinte:

"Mas a escuta não deve alcan-

çar, como se poderia pensar apressadamente, apenas os litigantes, mas também o próprio juiz, o qual não tem sido treinado à democracia (ouvir/escutar/dialogar) mas à prepotência. Via de regra, ele entra no processo com preconceito de tratar com pessoas de "menor significado", que nada têm a dizer, mas apenas a ouvir sua respeitável decisão." (Carvalho, 1995, p. 17)

É inocência ou artifício retórico defender radicalmente a presença da neutralidade nas decisões judiciais. Ao decidir, invariavelmente o julgador descarrega toda uma carga de subjetivismo na sua convicção. Sua cultura, seus hábitos, sua posição social etc., são fatores que pesam na hora de decidir. Somente através de uma atuação mais perto possível das partes e, de um modo geral, de todos os envolvidos na relação processual, consegue-se amenizar estas ditas influências.

O mundo jurídico vê, então, no direito e no processo, um papel de vital importância para o respeito aos direitos de cidadania e, por conseqüência, a harmonia da sociedade. Porém, além das normas elaboradas (direito) e do instrumento (processo) para viabilizá-las, quando necessário, é fundamental a atuação do juiz. Não somente como uma pessoa poderosa, detentora da jurisdição. Mas, principalmente, como alguém capaz de aplicar os princípios gerais do direito e não simplesmente a lei, como lhe é posta pelo poder competente.

Como bem relata o Advogado e Professor de Direito Processual Penal Edson Vieira Abdala:

"O julgador, mesmo que não saiba ou não deseje, quando decide baseado somente no direito positivo, apenas repete o sistema e infunde a megaestrutura estatal ao cidadão, podendo até ser o executor expresso ou tácito daqueles que dominam o conjunto da sociedade. O juiz

pode tudo, dependendo apenas da sua habilidade para fundamentar, não necessitando esconder-se na legislação inflexível para ser mais ou menos juiz." (Abdala, 1995, p. 65)

Alternativo ou não, o que importa é que o juiz não pode se subsumir a uma lei injusta, desatualizada ou inadequada para o caso, sob o pretexto de estar aplicando a lei ao caso concreto e, assim, de estar realizando justiça.

O processo deve ser, portanto, mais do que um instrumento de aplicação do direito positivo, deve ser utilizado por todos, principalmente pelo juiz, como meio de aplicação do Direito, visto não só aquele positivado, mas o do povo, da sociedade. Não passa de romantismo ingênuo defender que o juiz deve aplicar a lei ao caso concreto, como se fosse uma luva que se encaixa nos dedos. Esta clarividência é utópica por demais.

A atuação de um judiciário comprometido com o Direito, no sentido de justiça, constitui sagrado respeito aos direitos de cidadania, nem que para isto tenha que, ao julgar, rechaçar leis antiquadas e injustas.

NOTAS

¹ No vernáculo: Conceitualmente, a democracia direta supõe a inexistência de intermediários entre o povo e o exercício do poder político. Com o corpo eleitoral, não é o povo mesmo, senão a representação constitucional dele, que se interpõe entre a massa popular e o governo do Estado, bem claro está que todo ato seu tem forçosamente natureza representativa. Em consequência, a iniciativa popular, o referendo e o plebiscito são formas de democracia indireta, nas quais o povo atua por intermédio de seus representantes, que são seus eleitores.

BIBLIOGRAFIA

- ABDALA, Edson Vieira. Esquisitice de juiz : dois novos fundamentos para a rejeição da denúncia. In : RODRIGUES, H. W. **Lições alternativas de direito processual** : civil, penal e trabalhista. São Paulo : Acadêmica, 1995. p. 59-66.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- BORJA, Rodrigo. **Derecho político y constitucional**. México : Fondo de Cultura Económica, [s.d.].
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CALDAS, Gilberto. **Nova Constituição Brasileira anotada**. 3. ed. São Paulo : Edipraxis Jurídica, 1991.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito alternativo e processo. In : RODRIGUES, H. W. **Lições alternativas de direito processual** : civil, penal e trabalhista. São Paulo : Acadêmica, 1995. p. 9-17.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- DOTTI, René Ariel. A justiça e a linguagem cifrada. **Folha de Londrina**, Londrina, 28 abril 1997, c. 1.
- GINZBURG, Carlo. **O queijo e os vermes** : o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela inquisição. [10. Reimpressão], tradução de Maria Betânia Amoroso. São Paulo : Companhia das Letras, 1998.
- PAINE, Thomas. **Os direitos do homem**. Petrópolis : Vozes, 1989.
- PASSOS, J.J. Calmon de. Cidadania tutelada. In : TUBENCHALAK, James BUSTAMANTE, R. S. de (Coors) **Livro de estudos jurídicos**. vol. 7. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. p. 91-119.
- PEREIRA FILHO, Benedito. O necessário reconhecimento da união estável. **Jornal da Fundação**, Marília, maio 1997, p. 2, nº 12.
- PRZEWORSKY, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Traduzido por Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos, Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1995.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- SUPLICY, Marta. Caso Pataxó: tentando entender. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 4 maio 1997.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.