

Política da Justiça: Poder Judiciário e Representatividade Democrática.

Lucas Cavalcanti Dias Pereira (FEMA – ASSIS)

Dr. Elizete Mello da Silva (FEMA – ASSIS)

RESUMO: Sob a ótica dos acontecimentos históricos que sucederam a promulgação da Constituição Federal de 1988, o presente trabalho buscou analisar o fortalecimento político do Poder Judiciário na atuação democrática. Deveras, objetivamos demonstrar que o poder Judiciário, a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988, passou a integrar o circuito de negociação política. A missão de garantir as políticas públicas, de impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, de enfrentamento do processo de desinstitucionalização dos conflitos, possibilitou a atribuição ao ‘intérprete-juiz’ uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Buscar-se-á demonstrar que o fator que compatibiliza a atuação propositiva do Judiciário na realização da democracia é a representatividade ideal e discursiva que se dá no plano das decisões judiciais que defendem a eficácia dos direitos fundamentais e a integridade do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS CHAVE: direitos fundamentais; judicialização; democracia; ativismo judicial; judiciário.

ABSTRACT: From the perspective of historical events that followed the enactment of the 1988 Federal Constitution, the present study sought to analyze the political strengthening of the judiciary in democratic activities. Indeed, we aim to demonstrate that the judiciary, since the enactment of the Constitutional Charter of 1988 became part of the political negotiations circuit. The task of ensuring public policy, to prevent the distortion of state actions to confront the process of deinstitutionalization of conflict, made it possible to award the 'interpreter-judge' an active role in the process of affirmation of citizenship and substantive justice. We demonstrate that the factor that reconciles the purposeful actions of the judiciary in the realization of democracy is the ideal representation and discursive in the plan of judicial decisions defending the efficacy of the fundamentals rights and the effectiveness of the democratic state.

KEYWORDS: fundamental rights; democracy; judicial activism; judiciary.

I. Introdução:

A sociedade brasileira está se valendo, a cada dia mais do judiciário, de seus agentes e de seus procedimentos para defender seus interesses jurídicos. A exemplo disso, em 1990 as Justiças Estaduais, Federais e Trabalhistas receberam cerca de 5,1 milhões de novas ações. Em 2008 foram ajuizadas 25,5 milhões de novas ações. Somando-se essas ações com as que foram protocoladas nos anos anteriores e ainda aguardavam julgamento, 2009 começou com 86,6 milhões de ações.

Tais estatísticas revelam que, ao menos em tese, a credibilidade e atuação do Judiciário cresce a cada dia mais. Nesse trilhar, quando a questão a ser decidida pelo ‘Estado-Juiz’ se limita as relações do direito privado e seus diversos ramos, a decisão não revela controverso do ponto de vista político e social. Todavia, quando o Judiciário é acionado para decidir questões de cunho político ou que digam respeito à atuação dos outros poderes – Executivo e Legislativo – a questão se torna um pouco mais incisiva e polêmica. Dessa feita, o presente estudo pretende analisar a legitimidade da atuação do Judiciário quando houver omissão de poder político competente e quando houver transgressão a direito constitucionalmente previsto. A missão de garantir as políticas públicas, de impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, de enfrentamento do processo de desinstitucionalização dos conflitos, possibilitou a atribuição ao ‘intérprete-juiz’ uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva.

Em suma, com o presente trabalho pretendemos verificar os fatores conciliatórios que compatibilizam e legitimam a atuação política do Judiciário com a democracia.

II. Jurisdição constitucional: Constituição Federal de 1988 e o fortalecimento do Poder Judiciário.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 verificou-se um acentuado aumento da participação política das instituições judiciais, de seus procedimentos e de seus agentes na democracia brasileira. O eminente sociólogo Boaventura de Sousa Santos denomina o fenômeno como “explosão de litigiosidade”. Na visão do sociólogo (2014, p. 23 e ss.), a redemocratização e o novo marco constitucional, no Brasil,

geraram maior credibilidade à utilização da vertente judicial como alternativa válida para conquistar direitos. Diante desse importante fenômeno, houve um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário – daí a ideia de ‘explosão de litigiosidade’.

Cumpra salientar que no Brasil sempre houve demasiada dificuldade para se estabelecer um regime democrático inarredável. Conforme os precisos apontamentos do professor Bandeira de Mello, desde 1500 até o presente o Brasil não experimentou mais do que pouquíssimos anos de cambaleante democracia política, o que aconteceu entre 1946 e 1964 e desde 1986 até o presente momento. *In verbis*, o renomado professor sustenta que:

“(…) durante a República Velha, sabidamente não houve espaço para sua implantação e as eleições “a bico de pena” cuidavam zelosamente de impedir-lhe o nascimento. Sobrevindo a Revolução de 1930 e subsequente implantação da ditadura getulista, o País continuou insciente do que seria este regime, só conhecido nos países civilizados. Finalmente, com a Constituição de 1946 desvendou-se para nós o mundo até então desconhecido da democracia. Contudo, em 1º de abril de 1964 o Golpe Militar se encarregou de desvanecer estes sonhos, implantando nova ditadura, que se manteve até 1986, em seu final disfarçada por configuração mais branda. Só aí, então, iria reencetar-se a experiência democrática.” (MELLO, 2014, pg. 107)

Nesse contexto histórico, é evidente que a transição política, consumada pela Carta de 1988, propôs não somente o estabelecimento de um governo democrático, mas também prescreveu meios para conservá-lo íntegro e eficaz.

É notável, pois, a caracterização da Constituição brasileira como social, dirigente e compromissária com os direitos fundamentais. O grande problema é que a simples elaboração de um texto constitucional, por mais compromissado e dirigente que seja não é suficiente para que o ideário que inspirou sua criação se introduza nas estruturas sociais.

Nesse sentido, sustenta o renomado professor Lênio Streck:

“Não há dúvida de que no Brasil, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social -, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. O Direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade. Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem desse defasado Direito.” (STRECK, 2004, pg. 16)

Infelizmente, aquilo que se procurava evitar com a Constituição de 1988 ocorreu: passados dezessete anos desde sua promulgação, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes e sem aplicabilidade alguma.

Nesse trilhar, podemos afirmar que a Constituição brasileira ainda não logrou em sua inteireza de aplicabilidade fática e social. Deveras, o que se espera é que a Constituição passe a ser aplicada paradigmaticamente como norma jurídica fundamental de uma comunidade de direito. De maneira que, os órgãos encarregados de torná-la efetiva em sua inteireza – Executivo, Legislativo e Judiciário – venham, verdadeiramente, a fazê-lo.

Destarte, o problema da eficácia do texto constitucional passa, fundamentalmente, pelo tipo de justiça constitucional praticada no país e pelo redimensionamento do papel dos operados do Direito. Nesse sentido, é possível sustentar que em razão do Estado Democrático de Direito que se espera alcançar no Brasil, somado ao caráter compromissário de seu texto constitucional e da noção de força normativa da Constituição, podemos observar que por vezes ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Isso porque, inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante utilização dos mecanismos jurídicos previsto na Constituição.

Daí nasce à ideia do crescimento da atuação das instituições judiciais na defesa da democracia, - explosão de litigiosidade - haja vista ser o poder Judiciário um poder político constitucionalmente fortalecido, habilitado para ser o guardião da Constituição. À vista disto, para reforçar a tutela e aparelhar a eficácia da proteção judicial dos direitos subjetivos, a própria Constituição prevê várias ações mandamentais, tais como Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Datas e Mandado de Injunção, por meio das quais, o Judiciário impõe decisões de cunho político.

Valendo-nos dos precisos ensinamentos do Professor Marco Marrafon, podemos afirmar, dessa feita, que em razão do novo conteúdo teleológico do Estado Constitucional de Direito no Brasil, podemos identificar uma redefinição da separação dos poderes, uma vez que a partir da Carta de 1988 o Judiciário assumiu um papel fundamental de guardião constitucional em dimensão formal e material. Esse papel inclui força normativa para impor a realização do projeto de país constitucionalmente determinado, até mesmo no campo dos direitos sociais.

(<http://www.conjur.com.br/2015-ago-31/constituicao-poder-atuacao-judiciario-politicas-publicas-depende-concepcao-estado>)

Essa nova concepção de Estado requer um novo arranjo do sistema de freios e contrapesos e uma revisão nos papéis de cada um dos Poderes sem, contudo, descaracterizar suas especialidades funcionais.

O renomado autor Celso Campilongo entende que a figura Poder Judiciário vai muito além da mera interpretação/aplicação da lei, de modo que no atual paradigma constitucional o Judiciário passar a ser um órgão eminentemente político:

“além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo de atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim, o juiz não aparece mais como o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrio entre interesses supraindividuais”. (CAMPILONGO: 2004, p. 207)

Assim, ‘interpreta-aplicar’ o direito tende a configurar-se apenas num resíduo da atividade do juiz. Em suma, não é de se esperar uma posição de subordinação do Judiciário frente aos outros poderes, a quem caberia a produção legal. O juiz não há de se limitar a ser a boca da lei, mas deve ser a boca do próprio Direito. Por exemplo, através do controle da constitucionalidade das leis, o Judiciário pode exercer uma oposição às omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.

Este contexto fático demonstra que a dogmática constitucional brasileira aceita a atuação judicial nas políticas públicas. As possibilidades normativas – mandado de injunção; ação direta por inconstitucionalidade - somadas à ausência de ação dos Poderes Executivo e Legislativo no atendimento das demandas sociais e a direitos constitucionalmente garantidos, acabaram legitimando a possibilidade da ação política dos tribunais. Nesse sentido entende o renomado jurista Marco Marrafon que:

“Como efeito adverso, a luta política acaba mudando de lugar, e o papel institucional do Legislativo e do Executivo fica comprometido. Note: algumas das recentes transformações significativas no Direito brasileiro

são resultados de interpretações dadas pelo STF, em vez de serem provenientes da deliberação parlamentar.” (MARRAFON, 2013. Pg. 195)

Nesse sentido, o juiz passa a compor o circuito do debate político, proferindo decisões que impõem a obrigação de realizar determinadas condutas ao Poder Público ou de se abster de fazê-las; declarando inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios constitucionais; e que aplicam a Constituição de maneira direta a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como por exemplo no mandado de injunção.

Para elucidar os fatos acima descritos, o nobre professor Marco Marrafon se vale de um eminente julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal que corrobora toda a tese do presente trabalho, senão vejamos:

Recentemente o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no Recurso Extraordinário nº 592.581. No julgamento a Suprema Corte proferiu decisão de repercussão geral acerca do papel do Poder Judiciário na determinação de política públicas. O relator do caso – Min. Ricardo Lewandowski - propôs a seguinte tese de repercussão geral, seguida por seus pares: “É lícito ao Judiciário impor à administração pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. (<http://www.conjur.com.br/2015-ago-31/constituicao-poder-atuacao-judiciario-politicas-publicas-depnde-concepcao-estado>)

A decisão do STF acaba por confirmar a nossa tese fundamental: a teoria da representatividade discursiva que o Judiciário exerce ao proferir decisões de cunho político, que dizem respeito a direitos constitucionalmente previstos.

Em suma, a evolução da sociedade e a excessividade de demandas políticas implicam em uma “flexibilização” do princípio da tripartição dos poderes. Inobstante, cumpre salientar que os juízes não podem exercer vontades discricionárias ou vontades absolutas. O juiz deve ser sempre o intérprete do sentimento social e deve sempre reconduzir a sua decisão a uma norma jurídica, a um princípio ou valor social que servirá de substrato de legitimidade de sua decisão.

O que se espera, é que possamos superar a crise política que torpedeia o cenário Brasileiro para que os três poderes passem a se complementar de maneira que possam realizar a finalidade máxima do Estado de Direito que se pretende alcançar no Brasil: a garantia do bem comum e a defesa da democracia.

III. Enfraquecimento da divisão tripartite de poder:

Grande parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes, quais sejam: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

Contudo, essa triologia não reflete uma verdade proveniente da natureza ontológica do Estado de Direito. É meramente uma construção política, notavelmente conhecida e bem-sucedida, na medida em que recebeu amplíssima consagração jurídica.

O sistema tripartite foi idealizado por Montesquieu que deu a ele uma forma explícita. O propósito do eminente teórico se resumia na necessidade de impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes, tão frequente em meados do século XIX.

Essa divisão clássica de Montesquieu tornou-se princípio norteador da organização política liberal, o que deu a essa teoria *status* de dogma a partir da sua previsão na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, (art. 16), bem assim estando insculpida no art. 2º da Carta Magna brasileira.

Nas palavras *in verbis* de Montesquieu:

“(…) é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tirânicamente.” (L’*Ésprit des Lois*, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, Paris, 1869, avec des notes de Voltaire, de Crevier, Livro XI, cap. IV, pg. 142)

As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Nada obstante, conforme sustenta Luis Roberto Barroso, o Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o

surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. (BARROSO, 2009, p. 15)

O princípio da tripartição dos poderes é rígido e absoluto em nosso sistema constitucional. Inobstante, o próprio texto magno é pródigo em estabelecer o exercício de funções atípicas pelos poderes do Estado. A título de exemplificação, recorde-se os artigos 52, inciso I e 84, inciso XXVI, da Constituição Federal que determinam competir, respectivamente, ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente por crimes de responsabilidade, e ao Presidente editar medidas provisórias com força de lei, não seriam, pois, práticas abusivas ao princípio da tripartição dos poderes? Não, pois todos esses instrumentos encontram-se previstos no sistema de freios e contrapesos constitucionais.

Nesse trilhar, a Constituição prevê hipóteses em que se pode dizer que o “Judiciário administra e legisla, o Executivo julga e legisla e o Legislativo administra e julga”. Nesse sentido é que o Judiciário tem competência para apreciar a constitucionalidade e a legalidade dos atos produzidos pelo Legislativo e pelo Executivo invalidando-os se for o caso (arts. 5º, LXIX, 102, I, *a*, 125, parágrafo 2º, da Carta Constitucional). Por outro lado, os órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro são integrados mediante nomeação do Presidente da República, com prévia aprovação pelo Senado Federal – arts. 101 e 104 da Constituição Federal.

Ademais, ante a crise política que permeia a estrutura governamental do Brasil, é impossível não se falar em ‘enfraquecimento’ do princípio da tripartição de poderes. Nesse sentido afirma Dalmo Dallari:

“[...] a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatíveis com os modelos da separação de poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter o conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sócias, muitas vezes graves e urgentes.” (DALLARI, 1995, p.186)

Não temos dúvida, pois, em afirmar que separação dos poderes expirou desde muito como dogma da ciência. Verdadeiramente, a separação dos poderes foi um dos mais preciosos instrumentos republicanos para conservar na sociedade a distribuição

dos poderes, de maneira a impedir a tirania e a concentração de poderes. Todavia, como sustenta Paulo Bonavides:

“[...] contemporaneamente esse velho princípio político emanado das geniais reflexões de Montesquieu pode contra-arrestar outra forma e poder absoluto para o qual caminha o Estado moderno: a onipotência sem freio das multidões políticas.” (BONAVIDES, 1999, p. 147)

Em suma, em razão do massivo aumento da litigiosidade, das complexas demandas sociais, somadas às omissões do Legislativo e do Executivo e às possibilidades constitucionais/normativas que permitem a atuação propositiva do Judiciário em casos extremos, é irrefutável a conclusão de que houve uma tênue reconstrução paradigmática do princípio da tripartição dos poderes.

Não se trata aqui, de modo algum, aduzirmos que o poder judiciário avance as divisas das atribuições constitucionais e atue no lugar do poder executivo ou do legislativo, isto seria legitimar o autoritarismo jurídico. Ressalta-se apenas nas palavras do ilustre Canotilho que “a sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fala em rupturas de divisão de poderes”. (Canotilho, 2002, p.252)

Assim, o poder judiciário, é quem pode e deve garantir a efetividade da Constituição, pois se obriga a fazer valer os preceitos que o poder constituinte erigiu como fundamentais. Ademais, deve o Judiciário atuar quando acionado pelo cidadão que tenha seu direito lesado por omissão de Poder Político competente.

III.1 O Poder Judiciário e Representatividade:

Não obstante ao que foi exposto no tópico antecedente, os juízes não podem exercer vontades discricionárias ou vontades absolutas. O juiz deve ser sempre o intérprete do sentimento social e deve sempre reconduzir a sua decisão a uma norma jurídica, a um princípio ou valor social que servirá de substrato de legitimidade de sua decisão.

Ora, nos resta responder a seguinte questão: haja vista que os magistrados não são investidos de seus cargos por meio do sufrágio democrático, o que compatibiliza a sua atuação com a democracia?

Para Fabio Konder Comparato tal fator advém de um atributo eminente, que é o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público,

fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se “*auctoritas*”; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízos inspiram no povo. Nada obstante, a única possibilidade de conciliar a jurisdição com a democracia consiste na necessidade de passar a compreendê-la como representativa do povo.

Apesar da precisa argumentação do eminente professor, procuramos ir mais além: o fator que concilia o fortalecimento do Judiciário com a democracia é a representação ideal que se dá no plano discursivo mediante as decisões judiciais que são proferidas em prol da coesão e completude do texto constitucional, decisões estas que defendem e consubstanciam direitos fundamentais e defendem a integridade do Estado Constitucional de Direito. Nesse sentido, o ilustre magistrado federal Paulo Canabarro sustenta que:

“A questão da legitimidade do Poder Judiciário surge sempre que se pergunta sobre o alcance da norma constitucional expressa no enunciado de ‘todo poder emana do povo, que exerce por meio de seus representantes eleitos diretamente’ (art. 1º, parágrafo único).

Se o poder judiciário não é exercido pelo voto ‘diretamente’, nem por meio de representantes eleitos, impõe-se investigar o que torna justificável a aceitação das decisões dos juízes por parte da cidadania.

A única possibilidade de conciliar a jurisdição com a democracia consiste em compreendê-la também como representação do povo. Não se trata, obviamente, de um mandato outorgado por meio do sufrágio popular, mas de uma representação ideal que se dá no plano discursivo, é dizer ‘uma representação argumentativa’. Essa representação argumentativa é exercida não no campo das escolhas políticas – cujas deliberações versam (predominantemente) sobre o que é bom, conveniente ou oportuno – mas no campo da aplicação do direito, sob as regras do discurso racional por meio do qual se sustenta e se declara o que é correto, válido ou devido”. (Constitucionalismo Discursivo, p. 163, 2007, Livraria do Advogado)

Para o eminente professor Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2009, p. 10), a legitimidade democrática da atuação do Judiciário em questões políticas se manifesta em duas justificativas: uma de natureza normativa e outra de natureza filosófica. O fundamento normativo decorre do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. Ao interpretarem/aplicarem a Carta Constitucional e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com flexibilidade, haja vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. A justificação filosófica advém do fato de que cabe ao Judiciário proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que

contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Nas palavras, *in litteris* do renomado autor:

“E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios⁸ – não de política – e de razão pública⁹ – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.” (2009: 12-13)

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é mais uma garantia para a democracia do que um risco. Cabe ao juiz assegurar a eficácia do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, no atual paradigma constitucional cabe ao Judiciário desempenhar papel preeminente na afirmação e materialização do exercício pleno dos direitos inerentes ao Estado Social – direitos fundamentais; sociais; e os chamados direitos de terceira geração - sem, a toda evidência, se descuidar da relevância e importância dos dois outros poderes que compõem os pilares do Estado Democrático de Direito.

Partindo-se dessa asserção, podemos ousadamente sustentar que o Estado que não dispõe de um Judiciário forte e independente não se constitui, verdadeiramente, de um Estado Democrático de Direito.

O que mantém um corpo político coeso é seu respectivo potencial de poder, e as comunidades políticas sucumbem quando perdem o poder, quando ficam impotentes. Só teremos um poder político realizado no Brasil quando palavras e feitos aparecem interligados inseparavelmente, e quando, por fim, as palavras não forem vazias e os atos políticos não forem violentos.

IV. Limites constitucionais da atuação do Judiciário: judicialismo x ativismo judicial.

Conforme nos ensina Luis Roberto Barroso, Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Ou seja, em razão da Judicialização da política, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Isso porque, inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante utilização dos mecanismos jurídicos previsto na

Constituição. Deveras, esta atuação é totalmente aceitável e compatível com a ideia de legitimidade democrática. Isso quer dizer que, por vezes, é necessária uma atuação propositiva do poder Judiciário – não arbitrária ou discricionária – no sentido de efetivar o conteúdo social-pragmático do Estado Constitucional e no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito, até mesmo, nas políticas públicas que, omissiva ou comissivamente, “desbordem” da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social (como procuramos demonstrar no capítulo II).

Em contraponto, podemos afirmar que a ideia de ativismo judicial está ligada a uma atuação mais intensa e ativa na interpretação/aplicação do Direito com interferência na esfera de atuação dos outros Poderes. A ideia de ativismo judicial está intrinsecamente associada à arbitrariedade das decisões judiciais que advém dessa “abertura” discricionária para o juiz julgar como bem entender. Nesse sentido Dworkin critica o positivismo de Hebert Hart quando este afirma o poder discricionário do Juiz toda vez que não houver uma norma clara e preestabelecida. Dworkin afirma que, “quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele tipicamente emprega” (DWORKIN, 2002, p.). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Por isso, na senda do notável entendimento de Streck, a afirmação de que o intérprete sempre atribui sentido ao texto normativo, não pode significar a possibilidade de estar autorizado a atribuir sentido de forma discricionária/arbitrária, como bem lhe convier, como se texto e norma fossem dois mundos circundantes totalmente separados.

Nas palavras, *in verbis*, do renomado autor:

“(…) quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isso não quer dizer, de modo algum, que a interpretação da lei seja uma tradução arbitrária, fruto de um intérprete solipsista.

Ou seja, a força normativa da Constituição pode, dependendo do *modus* compreensivo-interpretativo utilizado pelos juristas, vir a ser fragilizado ou até mesmo anulado pelo crescente aumento das posturas pragmatistas que, a pretexto de superar o “ultrapassado” silogismo dedutivista do paradigma liberal-formal-burguês, vêm deslocando o *locus* do sentido do texto – que representa a produção democrática do direito – na direção do protagonismo do intérprete”. (STRECK, 2012, pg. 43)

A defesa do texto constitucional – mediante posturas substancialistas e concretistas por meio da atuação do Judiciário – não pode ser confundida com

decisionismos e atitudes arbitrárias, em que o Judiciário decide da maneira que lhe aprouver. Deveras, a Constituição autoriza e determina o amplo controle da constitucionalidade – seja ela por ação ou omissão do Poder Público – que expande a atuação do Judiciário na defesa da própria ‘coesão’ e ‘completude’ da norma maior do nosso Estado, nada obstante, a Constituição não é um papel em branco para o exercício de interpretações arbitrárias. Em síntese, as decisões do Judiciário deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

V. Considerações finais:

Em suma, a jurisdição constitucional bem exercida é uma poderosa garantia para a democracia. Podemos sustentar que a força normativa da Constituição está intrinsecamente ligada a uma jurisdição constitucional bem exercida, que só é possível a partir do fortalecimento e da expansão da área de atuação do judiciário.

Nesse diapasão, cabe ao juiz assegurar a finalidade ontológica do Estado Democrático de Direito que é a busca do bem comum, por meio de um texto constitucional supremo. Destarte, no atual paradigma constitucional cabe ao Judiciário desempenhar papel preeminente na afirmação e materialização do exercício pleno dos direitos inerentes ao Estado Social Constitucional de Direito.

O juiz deve ser um verdadeiro intérprete do sentimento político e social. Apesar de a outorga do poder ao Juiz não advir de escolha por meio de sufrágio popular e democrático, este é e sempre deverá ser um verdadeiro representante do interesse de cada cidadão. Assevera-se novamente: o Poder Judiciário é guardião do texto constitucional, e, por conseguinte, do próprio fundamento do Estado de Direito. Sem uma jurisdição constitucional bem exercida – que assegure o fiel cumprimento da Constituição – o Estado de Direito pode sucumbir,

A única possibilidade de conciliar a jurisdição com a democracia consiste em compreendê-la também – a jurisdição - como representação do povo, uma representação argumentativa que se dá no plano ideal. Essa representação argumentativa é exercida no campo da aplicação do direito, sob as regras do discurso racional por meio do qual se sustenta e se declara o que é correto, válido ou devido.

Nada obstante, não pode exercer o Juiz vontades arbitrárias e discricionárias. Conforme sustentamos em tópico oportuno, a defesa do texto constitucional – mediante

posturas substancialistas e concretistas por meio da atuação do Judiciário – não pode ser confundida com decisionismos arbitrários, onde o magistrado decide como lhe aprouver.

Sendo o juiz, o verdadeiro guardião da Constituição, deverá sempre reconduzir a sua decisão para os preceitos, princípios e fundamentos constitucionais. Em síntese, as decisões do Judiciário deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

O grande jusfilosofo Rui Barbosa, com seu brilhantismo inato, afirma que “*de tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto*”. Nada obstante, não devemos desanimar da justiça e ficarmos a mercê da omissão dos poderes políticos competentes. Diante de todo o estudo, podemos afirmar que o Judiciário é um órgão poderoso no sentido de combater as iniquidades, tão frequentes no sistema político brasileiro, de maneira a sustentar a justiça em nossa cambaleante nação.

Em suma, esperamos que daqui para frente os três poderes, harmonicamente, possam aprender trabalhar juntos, de maneira que passem a lutar por um país mais justo, mais digno e magnânimo.

VI. Referências bibliográficas:

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e a Legitimidade Democrática**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, 2009.

CAMPILONGO, Celso. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In: Direitos Humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros Editora, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando Os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade, volume I**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros, São Paulo, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARRAFON, Marco Aurélio; LIZIERO, Leonam B.S. **Poder Legislativo Brasileiro: entre o Presidencialismo Imperial e a Judicialização da Política**. In: MIDÓN, Mario (org.). *Desafios del Constitucionalismo Sudamericano*. Resistencia: Contexto Libros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editora, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

NETO, Paulo Mario Canabarro. **Princípios de la ética judicial iberoamericana: Motivación Judicial**. “Motivación judicial bajo la perspectiva ética”: **Suprema Corte de la Justicia de la Nación**; Cumbre Judicial Iberoamericana; Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2012