

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: UMA ANÁLISE DO PROTAGONISMO JUDICIAL E SUA ADEQUAÇÃO SOCIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

THE ROLE OF THE JUDICIARY IN CONTEMPORARY SOCIETIES: AN ANALYSIS OF JUDICIAL LEADERSHIP AND ITS FITNESS COMPARED TO BRAZILIAN SOCIAL CONSTITUTION

ALEX CADIER

Professor universitário e Advogado, mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis.

RESUMO

Trata o presente artigo do papel que os tribunais têm desempenhado nas sociedades atuais e em que medida as decisões judiciais podem funcionar como um instrumento a serviço da democracia. Busca-se através de uma breve análise histórica do surgimento da ideia de protagonismo judicial mostrar que, ainda que passível de críticas e de necessários aperfeiçoamentos, principalmente com relação à composição dos quadros da magistratura e a forma como os juízes devem se ver inseridos num contexto social, o ativismo judicial hoje percebido no Brasil é inevitável e importante para a consolidação do Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição Brasileira de 1988.

PALAVRAS CHAVE: DECISÕES JUDICIAIS, PROTAGONISMO JUDICIAL, ATIVISMO JUDICIAL, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT

It's discussed in this paper the role the courts have played in contemporary societies and how the judgments can serve as an instrument in the service of democracy. By looking through a brief historical analysis of the emergence of the idea of judicial prominence, we intend to show that, although open to criticism and improvement is needed, particularly with respect to the composition of the boards of the judiciary and how judges should be seen embedded in a social context judicial activism perceived nowadays in Brazil is inevitable and important for the consolidation of the democracy opened with the Brazilian Constitution of 1988.

KEYWORDS: JUDICIAL DECISIONS, JUDICIAL LEADERSHIP, JUDICIAL ACTIVISM, DEMOCRATIC STATE.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo buscaremos lançar um olhar sobre algumas transformações ocorridas acerca do direito processual nos últimos séculos, notadamente ao destaque que as decisões judiciais têm tomado nos cenários sociais contemporâneos.

Num primeiro momento, já sobre a ótica da ciência processual como um ramo do direito público, pretendemos evidenciar que o processo, visto inicialmente como um mero instrumento de técnica processual, desde que se começou a enxergar a autonomia do direito processual, passou, notadamente, a partir da segunda metade do século XX, a ser encarado como um “instituto fomentador do jogo democrático” (FAZZALARI *apud* NUNES, 2011, p. 40).

Após evidenciarmos os principais pontos de evolução da ciência processual, passaremos a enfocar o chamado protagonismo judicial, mostrando suas vantagens e desvantagens, destacando a experiência brasileira e a forma como a Constituição atual acabou por fomentar o chamado ativismo judicial.

Ainda que passível de críticas, que serão mais à frente apresentadas, veremos que na atual quadra histórica brasileira, o ativismo judicial, que não deve ser encarado como uma solução definitiva, mas como um remédio necessário, desempenha um papel de relevo na consolidação da democracia brasileira, principalmente admitindo que o modelo que encarava o juiz como um simples aplicador da lei positivada restou superado e que hoje o juiz deve ser visto como um agente do Estado que desempenha um papel fundamental no cenário social.

Será importante podermos perceber que ao se defender a participação ativa do Judiciário no jogo democrático, não se pode também cair na armadilha de acreditar que ele é o ator principal da democracia, acima do bem e do mal¹, e todos os demais agentes meros coadjuvantes.

Só se pode pensar em uma democracia madura quando o cidadão for o seu protagonista, que de forma crítica, participativa e politicamente comprometida possa negociar entre si os rumos e objetivos que pretenda alcançar, mas para isso é preciso um Estado de Direito fortalecido e voltado para a garantia dos compromissos assumidos pela sociedade, que

¹ Exemplo desta postura é facilmente percebida na polêmica atuação do Ministro Joaquim Barbosa a frente do STF, sendo percebido por grande parte da população como um “paladino da justiça” ou uma espécie de “salvador da pátria”.

precisa de um Judiciário atento às novas realidades sociais. Até porque uma democracia² não pode se consolidar através de uma imposição de um sobre o outro, mas sim, de forma negociada, buscando-se meios de consenso em que os diversos grupos sociais possam conviver com respeito mútuo, dentro de um pluralismo saudável e necessário. (RAWLS, 2002, pp. 371-372).

2 PROCESSO COMO DIREITO AUTÔNOMO: DA NEUTRALIDADE AO PROTAGONISMO JUDICIAL

Conforme afirma DINAMARCO (2011, pp. 51-53), o direito processual passou por três fases metodológicas fundamentais.

Até a primeira metade do século XIX, o processo era encarado como um simples meio de exercício de direitos, não se vislumbrava a autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica material, ou seja, a ação era vista como o próprio direito subjetivo material, que quando violado poderia ser reparado em juízo.

Numa segunda fase, o processo passa a ser visto de forma autônoma ou conceitual, quando surgem teorias acerca da natureza jurídica da ação e do processo, começa-se a estudar as condições da ação e os pressupostos processuais, estruturando-se efetivamente uma ciência processual.

Apesar do avanço, faltava ainda uma preocupação mais profunda dos institutos processuais analisados, via-se o processo como um “mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer” (DINAMARCO, 2011, p.52).

Esta postura mais crítica é alcançada num terceiro momento em curso até os dias de hoje, a fase instrumentalista, quando se começa a olhar o processo a partir de seus aspectos externos, ou seja, os resultados alcançados. Não importa apenas a análise do sistema processual do ponto de vista dos seus produtores (juízes, auxiliares da justiça e partes), mas sim como o seu destinatário final, o cidadão, está sendo impactado na solução do litígio posto à apreciação judicial.

² O conceito de democracia obviamente não é único, é fruto de fortes debates na doutrina filosófica há vários séculos e no presente artigo não poderá ser aprofundado, por isso optamos por nos filiar ao conceito defendido por John Rawls, que vai ao encontro do que pretendemos aqui discutir.

Neste sentido, se mostrou fundamental o interesse em prospectar-se as grandes matizes constitucionais do sistema processual, como destaca DINAMARCO:

“o direito processual constitucional, como método supralegal no exame dos institutos do processo, abriu caminho, em primeiro lugar, para o alargamento dos conceitos e estruturas e superamento do confinamento de cada um dos ramos do direito processual (...) A partir daí bastou um passo para o superamento das colocações puramente jurídicas e passagem à crítica sociopolítica do sistema” (2011, p. 52).

A partir de então, não somente a doutrina, mas também os tribunais têm demonstrado que os valores contidos nas garantias constitucionais dos cidadãos, sobretudo o devido processo legal e o contraditório devem ser incansavelmente buscados, assumindo o processo um papel garantidor de acesso a uma ordem jurídica justa.

Dentro do que foi tratado até aqui, percebe-se que a evolução do direito processual em verdade reflete a crença no direito como instrumento de transformação social. Passou-se de um modelo de liberalismo processual, onde havia um protagonismo processual das partes envolvidas no litígio, pois estas deveriam conduzir o processo do início ao fim, assumindo o juiz um papel neutro, um expectador passivo dentro de um jogo processual (NUNES, 2011, pp. 76-77), para um modelo onde cabe ao juiz a assunção de um papel de protagonista, sob dois aspectos: um extraprocessual, sendo o juiz um educador, instruindo todo cidadão acerca do direito vigente, e um endoprocessual, onde acima da imparcialidade, deve o juiz se comportar como um representante da classe menos favorecida, exercendo uma função compensadora de engenheiro social (NUNES, 2011, pp. 79-81).

Caminhou-se, portanto, para um modelo em que a relação processual lastreia-se na figura do juiz, relegando às partes um papel secundário, quando se começou a enxergar a atividade jurisdicional do Estado como uma atividade criadora do Direito. Segundo BULOW, citado por NUNES (2011, p.100), a lei não cria o Direito, esta seria “somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica. (...) Sob o véu ilusório da mesma palavra da lei oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser em média a mais justa”.

3 DA CRÍTICA AO PROTAGONISMO JUDICIAL

É claro que o protagonismo judicial na forma como apresentada por BULOW merece críticas, não são poucos os autores que as formularam. Acreditar neste modelo, de certa forma

até ingênuo, onde o juiz seria um ser privilegiado que poderia casuisticamente criar um direito adequado aos anseios sociais, fazia algum sentido no momento em que surgiu esta teoria, posto que o juiz, como um agente de transformação social, poderia quebrar o paradigma vigente até então do liberalismo processual, numa visão privatista do processo.

Contudo, a admissão de um modelo onde o juiz é o centro, a mola condutora do sistema processual, e relegar às partes envolvidas no litígio um papel secundário apenas, pode se mostrar perigoso e antidemocrático, afastando-se do objetivo buscado quando se começou a pensar o processo sob uma perspectiva publicística.

No Brasil, tem se discutido muito o papel do Judiciário na consolidação da democracia brasileira, após o advento da Constituição de 1988. Sob esse prisma, alguns autores tem defendido a ideia de um “sadio protagonismo judicial”, através do “aumento da sensibilidade e da criatividade judiciais” e baseados no fato de “a Constituição na verdade ser o que os juízes dizem o que ela é: um ato jurisprudencial” (NALINI *apud* NUNES, 2011, p. 183).

NALINI³ afirma ainda que o julgamento é um

ato de vontade no qual primeiro o juiz se convence, decide, e somente depois vai procurar a razão e a justificativa lógica para o julgamento feito e pela decisão tomada. (...) A lei contemporânea é algo imperfeito e a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz. Ele irá decodificá-la, completa-la, aperfeiçoá-la, tirar dela o sentido possível. (NALINI *apud* NUNES, 2011, pp. 183-185).

Ao se defender tal modelo, esquece-se de um detalhe fundamental: o juiz é um ser humano, dotado de virtudes e defeitos como qualquer outro, que vão influenciar a sua decisão final. De onde o juiz irá extrair os valores morais que irão lastrear a sua decisão? Apenas de suas íntimas convicções pessoais? Será que todos os juízes teriam a real consciência de que deveriam desempenhar este papel?

Esta é uma preocupação central na obra de DWORKIN, por exemplo, quando abre o seu livro *A justiça de toga*, (2010, p. 3) com um suposto diálogo entre dois juízes da Suprema Corte norte americana, no momento em que um deles desce da carruagem da qual havia aproveitado uma carona a caminho do trabalho e lhe diz: “Faça justiça, juiz!”, ao que o outro retruca: “não é esse o meu trabalho!”. Vê-se aqui uma preocupação de como as convicções morais dos juízes devem influenciar o seu julgamento, posto que o Direito não deve ser visto

³ A visão do autor Renato Nalini é compatível com o cargo que ocupa e talvez sirva para justificar seu pensamento. É magistrado de carreira do Tribunal de Justiça de São Paulo desde 1976, tendo sido promovido a desembargador em 2004 e hoje ocupa a presidência deste Tribunal. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/ConhecaOTJ/Presidencia.aspx?f=2>> Acesso em: 25/07/2014.

como algo distinto da moral, defendendo a ideia de que os juízes devem buscar um equilíbrio ao interpretar a estrutura jurídica vigente e os princípios gerais que sustentam esta estrutura.

CARVALHO (2012, p. 126) também faz um alerta neste sentido: “o ato de julgar também tem uma dimensão inconsciente que se projeta nas decisões. Por vezes elas ajudam a fazer justiça; outras vezes podem afastá-la. Não se trata de má-fé do julgador, que na maioria das vezes, pode estar sendo traído pelo seu inconsciente.” Esse inconsciente pode, muitas vezes, se revelar “por detrás do decisionismo, da arbitrariedade, da discricionariedade judicial, dos argumentos de autoridade.”

Em verdade, ao se exacerbar o protagonismo judicial, elevando os juízes a uma categoria quase mitológica de seres privilegiados, caminha-se em sentido contrário ao fortalecimento da democracia, pois se desvaloriza o papel do cidadão no contexto social, reduzindo-o a um mero consumidor inerte da justiça, aguardando o pronunciamento final quase divino do Judiciário, evoluindo-se para uma “organização clerical do poder” e para um confisco da soberania. (GARAPON *apud* NUNES, 2011, p. 186).

Neste ponto as críticas são precisas e pertinentes e, de fato, temos acompanhado no Brasil um caminhar rumo a esta realidade. A magistratura brasileira, de uma forma geral, tem se pautado num isolamento da realidade social, criando uma espécie de “imunização das decisões do juiz contra qualquer controle, na medida em que o magistrado tem incentivado o seu papel de engenheiro social” (NUNES, 2011, p. 186). São vários os fatores que influenciam essa postura e que em razão do curto espaço que temos neste artigo não teremos como nos aprofundar, mas sem dúvida a forma como os juízes são recrutados e formados nas escolas da magistratura faz com que se fortaleça o discurso de seres superiores que devem habitar os tribunais.

KARAM também se mostra preocupada com a composição dos quadros da magistratura brasileira, ao afirmar que

O distanciamento, o isolamento da magistratura, sua adesão a valores das classes dominantes, levam a que sua atuação se pautem pela lógica e pela razão do poder de classe do Estado, desconhecendo as condições de vida e os valores das camadas mais baixas e marginalizadas, bem como as culturas alternativas, percebendo e julgando sua clientela dentro dos marcos de referência da ideologia dominante. (...) Essa organização da função judiciária, tornam a magistratura um corpo isolado da sociedade, na qual o juiz, encerrado em sua torre de marfim, nega todo aspecto político de sua atividade, fechando-se a todo controle popular, indiferente à dinâmica da luta travada na sociedade, às tensões que nela ocorrem. (1993, pp. 105-106)

Isto é muito perigoso, pois “quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda a instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.” (MAUS *apud* NUNES, 2011, p. 187).

Melhor exemplo dos tribunais brasileiros desta mitificação do juiz é o famoso caso de um julgamento no Superior Tribunal de Justiça, quando o Ministro Humberto Gomes de Barros, ao proferir o seu voto, afirmou

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. **Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.** Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. **Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.** (grifos nossos) (BRASIL, STJ. AgRg nos ERESP 319.997-SC, Relator: Min. Peçanha Martins, DJ 07/04/2003 p. 216)

Obviamente uma afirmação como esta não poderia ter passado despercebida por STRECK (2006), que assim se manifestou:

Para aqueles que pensam que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o voto de Sua Excelência é um prato cheio. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, não pode ser assim (ou, melhor, ainda bem que não pode ser assim!). Com efeito, o Direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade, o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade.

Exemplo também deste isolamento do Judiciário são as recentes prisões cautelares de supostos “perigosos terroristas” determinadas por um juiz de primeira instância no Rio de

Janeiro, baseando-se numa imaginada ameaça à ordem pública⁴. Interessante notar a indignação deste magistrado ao ser questionado em sua decisão, que afirmou que aqueles que não concordavam com a sua atuação, estariam preocupados em intimidar a atuação da magistratura e que na verdade, “esta para nascer homem que irá me intimidar”.

É preciso, no entanto, buscar um equilíbrio maior dentro da relação processual. Não há como negar a relevância do papel da magistratura na concretização do Direito e na consolidação da democracia, em especial no Brasil. Mas este papel tem que ser visto como tão importante como o das partes envolvidas no caso concreto em análise.

O processo judicial deve ser o foco de atenção e não somente o papel do juiz nesta dinâmica. Nas palavras de CARVALHO

o fato é que o processo é o *locus* onde desaguam as imperfeições humanas, a eterna tendência de o home explorar seu semelhante, ou humilhá-lo, ou externar sentimentos menos dignos, ou lograr indevida (legal, porém injusta) vantagem.

Por tudo isso, sua finalidade não pode ser somente por fim à incerteza, mas, sobretudo, fazer com que as partes se reconheçam como iguais integrantes da mesma sociedade. O processo e o ato de julgar têm, assim, uma *dimensão ética* que transborda o litígio, suplanta as partes e se irradia para toda a sociedade. Essa é a maneira de remeter o litígio para o espaço público que o irá resolver, pretensamente livre das paixões e minimizadas as desigualdades de toda a ordem. (2012, p. 122)

O juiz não pode ser visto como um ser supremo e iluminado a desempenhar uma missão social, mas sim como um agente importante e fundamental da engrenagem, mas que depende igualmente de uma contribuição efetiva das partes, dos advogados e da doutrina na construção de uma sociedade mais justa.

4 DA NECESSIDADE DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Analisadas as necessárias críticas ao protagonismo judicial em detrimento dos demais atores processuais, buscaremos agora demonstrar que o ativismo judicial é um fenômeno necessário ao amadurecimento democrático brasileiro, com as devidas cautelas.

⁴ Conforme notícia veiculada no Jornal O Globo em 19/07/2014. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/rio/justica-decreta-prisao-preventiva-dos-23-detidos-por-vandalismo-na-vespera-da-final-da-copa-13308912>> Acesso em: 25/07/2014.

É evidente que o ativismo judicial pode, a princípio, parecer representar um risco à legitimidade democrática, na medida em que seus membros não são fruto da escolha popular, contudo, no caso brasileiro, é a própria Constituição que faz a opção pelo controle jurisdicional de constitucionalidade, isto é, o poder constituinte originário reservou ao Judiciário a importante missão de resguardar a Constituição, lastreando-se aí a legitimidade democrática do ativismo judicial. Quanto ao tema, BARROSO (2012, p. 28) é preciso ao afirmar

a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Da leitura do art. 5º, XXXV, da Constituição, que prevê a inafastabilidade do acesso à justiça de qualquer lesão ou ameaça de lesão a um direito, percebe-se que o legislador constituinte originário buscou possibilitar o acesso irrestrito ao Judiciário de todas as possíveis demandas que possam impactar na esfera de direitos de qualquer cidadão, de modo que o foco deve estar voltado, dentro deste contexto, a possibilitar às partes envolvidas em um litígio uma real participação no processo, possibilitando-lhes influenciar efetivamente na sentença do juiz, dando, portanto, ao princípio do contraditório uma interpretação mais moderna, que enxerga nele não apenas um dever de informação às partes do que acontece no processo.

Como afirma MADUREIRA, citando os ensinamentos de MITIDIERO, ao afirmar que “o contraditório é mais do que uma simples ‘norma’ de igualdade formal, pois assume ‘papel central na experiência do processo, cujo resultado não pode ser outro que não um ato de três pessoas, como um autêntico ambiente democrático e cooperativo’”, levando-o a concluir que o contraditório é o “resultado da consolidação da ‘dimensão ativa do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, constatação hoje igualmente corrente e da complexidade do ordenamento jurídico atual’”, sendo que “a tarefa dos juízes, quanto ao

particular, não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando, também (e principalmente), a imposição a que eles, Juízes, na motivação de suas decisões, efetivamente considerem e valorem os argumentos apresentados”’. (2009, pp. 182-183).

Através do diálogo que deve se estabelecer entre as partes litigantes e o juiz dentro de um processo judicial, pode-se afirmar que a decisão final a ser apresentada mostra-se muito mais democrática se comparada com a forma como as decisões políticas são, em geral, tomadas nos demais poderes, mais sujeitas a influências de grupos de pressão e reivindicações político-partidárias.

Ressalte-se ainda que as decisões judiciais são públicas e devem ser obrigatoriamente fundamentadas, por força do art. 93, IX da Constituição, o que possibilita sempre o questionamento e a tentativa de revisão por outro órgão hierarquicamente superior, sem contar a presença do Ministério Público quando atua como fiscal da lei em algumas lides.

Também STRECK, atento ao assunto, traça o ponto de partida para o que se pretende demonstrar quanto à necessidade do Judiciário atuar num cenário democrático, ao colocar as seguintes ideias

As alterações do papel do Estado estão ligadas às transformações do papel do direito. Por isso é que não há teoria constitucional sem (teoria do) Estado. Se no Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que diminui a liberdade de conformação legislativa, ocorre um crescimento do espaço de atuação da justiça constitucional – em razão do papel destinado às constituições nesta quadra da história e à institucionalização da moral no direito, como demonstração do fracasso do positivismo e do modelo de regras – parece inexorável a necessidade de colocar efetivos controles no produto final da interpretação do direito: a aplicação pelos juízes e tribunais. Essa nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, reforça, sobretudo, o caráter hermenêutico que o direito assume. Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no poder judiciário a concretização de direitos tendo com base os diversos mecanismos de acesso à justiça.

Mas isso, à toda evidência, não pode comprometer os alicerces da democracia representativa. O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. (2009, pp. 395-396)

Sendo a Constituição Brasileira uma constituição programática garantidora de direitos, impondo ao Estado uma série de deveres para com o cidadão, não há como se imaginar o Judiciário senão como um aliado daquele que quer ver os seus direitos

fundamentais respeitados e, mais ainda, efetivados. Ainda que se admita a possibilidade de uma politização da justiça, como alerta BARROSO (2012, pp. 29-30), adotadas algumas precauções tal perigo não se concretizará, sendo necessária atenção das seguintes condições

o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

A contribuição que o Judiciário pode prestar na implementação de direitos fundamentais que exijam prestações positivas do Estado permeia temas sensíveis ao Direito, como a separação dos poderes, democracia e política, e por isso deve ser analisada com cuidado.

Entendida como necessária, almeja-se agora analisar até que ponto pode ir a atuação do Judiciário diante da solução de casos que envolvem a discricionariedade da Administração Pública e como um juiz pode proferir uma decisão determinando ou impedindo a realização de determinada política pública, bem como qual postura deve o Judiciário adotar quanto às decisões ou omissões dos poderes Executivo e Legislativo que afetem de alguma forma os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, ou diante dos direitos fundamentais que, embora previstos na Constituição, não são implementados pelo poder público.

Ainda que se tenha em mente a ideia da separação dos poderes cunhada por Montesquieu, essa concepção clássica e restrita encontra-se superada pela admissão de um sistema de freios e contrapesos, que faz com que embora guardem uma independência entre si, é inegável que em determinados momentos um poder acaba por esbarrar no outro, como explicita o art. 2º da Constituição, e esta interação é saudável e necessária dentro do jogo democrático. Nas palavras de COELHO, “o moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais, politicamente engajadas no alargamento da cidadania e na realização dos direitos fundamentais.” (2000. pp. 98-99).

Dentro desta perspectiva, BARROSO toca em dois pontos importantes que ajudam também a delimitar a atuação do Judiciário, as questões das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos (2012, p. 30). Com relação ao primeiro, dentro do que o Estado esteja comprometido a alcançar dentro de sua ordem constitucional, deve agir o Poder que esteja melhor capacitado técnica ou cientificamente no sentido de atingir o melhor resultado possível. Cita o autor o exemplo de decisões acerca de demarcações de terras indígenas, neste caso os poderes Executivo e/ou Legislativo certamente, após estudos técnicos efetuados para uma melhor tomada de decisão, teriam condições de escolher a melhor forma de disciplinar o assunto e o Judiciário nesse caso não deveria se envolver no caso, a não ser que houvesse dúvida acerca da decisão tomada em confronto com a Constituição.

Da mesma forma deve haver uma preocupação com o risco de efeitos sistêmicos indesejáveis e imprevisíveis que possam decorrer de uma decisão judicial. O juiz, dentro do que envolve a sua formação técnico-profissional, deve estar preparado para tomar a decisão que lhe pareça mais adequada para o caso apreciado, contudo nem sempre tem ele condições de prever o real impacto que esta decisão pode acarretar. BARROSO ilustra o problema citando a questão do fornecimento de medicamentos pelo Estado, advertindo que “ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.” (2012, p. 30).

Mesmo em questões que envolvam a chamada discricionariedade administrativa, isto é, a tomada de decisão por parte do Poder Executivo com base em seu juízo de oportunidade e conveniência, ainda sim há campo para a atuação do Judiciário em situações flagrantes de ilegalidade e desrespeito ao ordenamento constitucional. Claro que o juiz não deve assumir as funções do administrador público na gestão orçamentária ou nas escolhas políticas, mas isso não quer dizer que o Judiciário deva fugir do seu papel de garantidor de direitos. Oportuna a diferenciação que GRAU faz a respeito do tema:

O que se tem denominado de discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto e, naturalmente, pelos fatos. (2005, p. 209)

Quando demandado pela sociedade, a resposta que se espera do Judiciário, pautada sempre por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, deve vir sempre com o objetivo de suprir o déficit social existente no Brasil, ajudando a concretizar as promessas constitucionais inconclusas.

O que se deve ter em mente, afinal de contas, é que o juiz é um agente do processo democrático, mas não o único, nem o mais importante. Assumindo isto, o Judiciário tem de fato um papel importante a desempenhar na consolidação do Estado Democrático de Direito, principalmente numa sociedade cada vez mais plural, em que as tensões sociais tendem a se agravar e precisam encontrar no Judiciário um parceiro e não um opressor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se com o presente artigo analisar como o Judiciário pode contribuir efetivamente para o jogo democrático, exercendo uma função de garantidor, buscando dar eficácia a direitos previstos aos cidadãos, voltado principalmente para o texto constitucional brasileiro.

Foram analisadas primeiramente as principais alterações processadas ao longo dos últimos séculos acerca da ciência processual, que caminhou estruturalmente para elevar a atuação do juiz a níveis mais importantes dentro de um jogo democrático. Entendida esta evolução, procurou-se evidenciar os prós e os contras do chamado protagonismo judicial, com ênfase na experiência brasileira e a forma como a Constituição atual acabou por fomentar o chamado ativismo judicial.

Com as devidas cautelas, procurou-se evidenciar o ativismo judicial como um componente necessário à consolidação da democracia brasileira, enxergando o juiz como um agente do Estado que desempenha um papel fundamental no cenário social, contudo não se podendo admitir que a pretexto de desempenhar um papel importante, passe o juiz a acreditar ter ele uma postura sobre-humana distante da realidade social.

É preocupante constatar que a magistratura brasileira em diversas ocasiões tem se pautado pela arrogância de se achar uma classe superior e privilegiada, que ainda que de boa-fé possa acreditar estar ajudando a sociedade, em verdade acaba por contribuir apenas para reforçar a desigualdade social e o descrédito nas instituições públicas brasileiras.

Como foi tratado no presente trabalho, o Judiciário deve ser um braço forte no processo de consolidação do Estado Democrático de Direito, ciente de que deve colaborar no

reforço da justiça social, consciente de sua posição de coautor e não de exclusivo protagonista.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In Revista (Syn)thesis. Caderno do Centro de Estudos Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 5, nº 1, 2012, pp. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em: 06/06/2014.

BRASIL, STJ. AgRg nos ERESP 319.997-SC, Relator: Min. Peçanha Martins, DJ 07/04/2003 p. 216

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northleat. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. *Estado de direito e decisão jurídica: as dimensões não jurídicas do ato de julgar*. In CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de, MARTINS, Rui Cunha e PRADO, Geraldo. *Decisão Judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Madri: Marcial Pons, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Candido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERNANDES, Sérgio Bruno Cabral. *O “papel” do Judiciário no “drama” da implementação de políticas públicas*. In Revista Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União. Ano 5 – Números 20/21 – julho/dezembro 2006, pp. 111-131. Brasília/DF. Disponível em <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-20-e-n.-21-julho-dezembro-de-2006>>. Acesso em 20/06/2014.

GRAU, Eros Roberto. *Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2ª ed. Niterói: Luam, 1993.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, Processo e Justiça – o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Dissertação de mestrado defendida na UFES em 2009. Disponível em: <http://portais4.ufes.br/posgrad/tese/tese_3173_dissertacaoclaudionadureira.pdf> Acesso em: 20/04/2014.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1ª ed. (2008) 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. 1ª ed. (2000) 2ª reimpr. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Crise de paradigmas: Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=3>. Acesso em 02/07/2014.

_____. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”*. In ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet. 1ª edição, 2009, pp. 383-413 Disponível em <<http://www.anima->

opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf.> Acesso em:
02/07/2014.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª ed. Sao Paulo:
Malheiros, 2009.