

# O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO COMO CONSTRUTOR DE NOVOS PARADIGMAS

## THE LEADERSHIP OF THE JUDICIARY AS A BUILDER OF NEW PARADIGM

*Rafael Gomiero Pitta*

*Alvaro dos Santos Maciel*

Sumário: Introdução; 1. Breve abordagem sobre os marcos de transição do Poder Estatal: Do Estado Absoluto para o Estado de Direito e o surgimento do Estado-social; 2. A fragmentação do sistema tripartite de poderes e o protagonismo do judiciário; 3. A eficiência e a relevância do controle jurisdicional e o protagonismo do judiciário: os desafios dos limites de atuação; Considerações finais; Referências bibliográficas.

### RESUMO

O Estado brasileiro vive um momento em que o Poder Judiciário protagoniza a tentativa de solução de conflitos mesmo quando o dever de agir seja do Legislativo ou do Executivo, o que causa uma fragmentação da visão clássica da tripartição dos Poderes. Para tanto, considerando esta realidade, o objetivo desta pesquisa é demonstrar a questão da eficiência e da relevância do controle jurisdicional e levantar hipóteses sobre quais seriam os limites de atuação do judiciário na interpretação de uma provável solução que viabilize a máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais. Literatura específica, doutrinadores e teóricos do Direito, da Filosofia e da Ciência Política foram consultados para exemplificar a produção discursiva. Para alcançar uma tentativa de solução, o que se percebe como desafio não é o excesso de judicialização ou mesmo o ativismo do judiciário e sim escassez de boa política. O ativismo judicial deve ser desvinculado de conservadorismo, com o enfoque de buscar a efetivação dos direitos humanos fundamentais bem como viabilizar uma maior fiscalização no cumprimento dos ditames constitucionais de forma a repensar o direito e construir novos paradigmas.

**Palavras-chave:** Tripartição de Poderes; Constituição; Controle de constitucionalidade; Poder judiciário; Protagonismo.

### ABSTRACT

The Brazilian State experiences a moment where the judiciary carries the attempted solution of conflicts even when the duty to act should come from the Legislative or the Executive, which causes fragmentation of the classical view of the tripartite Powers. For that, considering this fact, the aim of this research is to demonstrate the issue of efficiency and relevance of jurisdictional control and hypotheses on what would be the limits of the judicial role in interpreting a likely solution that makes possible the maximum effectiveness of fundamental human rights. Specific literature, scholars and theorists of Law, Philosophy and Political Science were consulted to illustrate the discursive production. To achieve an attempt to a solution, what is perceived as a challenge is not over-legalization or even judicial activism but shortage of good policy. The judicial activism must be divorced from conservatism, with the focus of seeking enforcement of fundamental human rights and enable greater oversight in compliance with the constitutional provisions in order to rethink the law and build new paradigms.

**Keywords:** Tripartition of powers; Constitution, constitutional review; Judiciary; Leadership

## INTRODUÇÃO

Pontos conflitantes decorrem da análise da clássica teoria da tripartição dos poderes e da realidade contemporânea quando se observa o protagonismo do Judiciário em situações diversas, motivos pelos quais se justifica o presente estudo.

Sabe-se que produzir uma crítica ainda se trata de um fator complexo haja vista a tarefa de definir o que é crítica e que postura um crítico deve manter em relação ao objeto a ser criticado.

Para Gil (2010, p. 37), um estudo elaborado encontra dificuldades na formulação de críticas científicas. Pois identificar o problema com eficiência é uma capacidade que revela a genialidade científica.

Sem pretensão de esgotar o estudo, porém com intenção de colaborar com o aprimoramento crítico doutrinário na construção de novos paradigmas para o intérprete do Direito, se faz necessária a resolução do problema que pode ser assim explicitado:

Toda lei passa pelo crivo que lhe permite ser aplicada de forma a “anunciar o rigor normativo”. Assim, é necessário que uma corte judicial estabeleça com minúcias o exato sentido e aplicação da norma, bem como sua validade nos casos abstratos ou concretos? Nos casos em que o legislativo se coloca inoperante porque não pode, não quer ou ainda não consegue atuar, seria então a atitude mais acertada, o Judiciário deixar a sociedade à mercê da morosidade e aguardar o posicionamento do legislador?

Para investigar o tema proposto, como fenômeno social, o presente estudo faz uso do método de abordagem hipotético-dedutivo.

Os aspectos que este método tem em comum para com o método dedutivo reportam-se ao procedimento racional que transita do geral para o particular e, com o método indutivo, o procedimento experimental. A Popper (2007) é tributado o desenvolvimento desse modelo metodológico, especialmente em sua obra *A Lógica da Pesquisa Científica*.

Consoante Gil (2010, p. 13), nos círculos neopositivistas chega a ser considerado como o único método rigorosamente lógico.

Nesta temática, o ponto de partida principal, ou a hipótese, se revela na necessidade de manuseio principiológico com cautela e dentro de limites que respeitem a conservação das funções típica de cada Poder no intuito de favorecer a sociedade com celeridade e efetividade. A liberdade da investigação possibilitará ao investigador sustentá-las ou não ao final da pesquisa.

Os métodos de procedimento consistem em referências históricas e tipológicas, eis que é elaborado um estudo sobre os marcos de transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito e o surgimento do Estado-social, instante em que os referenciais teóricos são Thomas Hobbes, Nicolau Maquiavel, John Locke, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau.

O objetivo deste trabalho é demonstrar a questão da fragmentação do sistema tripartite de poderes e o protagonismo do judiciário bem como a questão da eficiência e da relevância do controle jurisdicional e levantar hipóteses sobre quais seriam os limites de atuação do judiciário na interpretação de uma provável solução que viabilize a máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais.

Instrumentalmente, a pesquisa se desenvolveu mediante consulta a literatura específica, a doutrinadores e a teóricos do Direito, da Filosofia e da Ciência Política.

## **1. Breve abordagem sobre os marcos de transição do Poder Estatal: Do Estado Absoluto para o Estado de Direito e o surgimento do Estado-social**

Do século XV até o XVIII vigorava na maior parte dos países ocidentais o chamado “Estado Absoluto”, em que o soberano, para manter-se no poder, socorria-se de vários artifícios sem respeito algum aos direitos de seus súditos.

Neste sentido, Maquiavel (2007, p. 137), em sua obra “O Príncipe”, de 1512, aconselhava ao soberano fazer o que fosse necessário para se manter no poder, seja pelo uso das leis, seja pelo uso da força, porquanto “o primeiro é próprio do homem, o segundo dos animais. Não sendo, porém, muitas vezes suficiente o primeiro, convém recorrer ao segundo (...) a um príncipe é importante saber comportar-se como homem e como animal”. Ademais, expunha que, se necessário, deveria liderar a arte da guerra com todas as regras e estratégias que ela demanda.

[...] um príncipe não deve ter outro objetivo ou outro pensamento, nem cultivar outra arte, a não ser a da guerra, juntamente com as regras e a disciplina que ela requer. (*Ibid.*, p. 119) [...] num mundo cheio de perversos pretende seguir em tudo os princípios da bondade, caminha para a própria perdição. Daí se conclui que o príncipe desejoso de manter-se no poder tem de aprender os meios de não ser bom e a fazer uso ou não deles, conforme as necessidades. (*Ibid.*, p. 123, et seq.)

Por sua vez, Hobbes (2003, p. 78), em sua obra “O Leviatã”, de 1651, explorou a figura do homem como um ser egoísta e perigoso diante da “tendência geral de (...) um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte.” Então,

“enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira, a condição de guerra será constante para todos”. (*Ibid.* p. 72)

Assim, diante de tais reflexões, entendia-se pela necessidade de uma autoridade que detivesse a força e o poder (Estado personificado na figura do soberano – o Leviatã) capazes de organizar a sociedade para o alcance da paz, pois, do contrário, haveria uma constante disputa entre os homens.

O Leviatã, portanto, detinha a incumbência de legislar, contudo não se submetia às próprias leis e prestava contas apenas a Deus, único ser capaz de detê-lo.

Neste diapasão, as proposições destes pensadores são no sentido de que o Estado personificado no soberano tinha que ser forte e imbatível na busca de seus interesses em violação frontal aos direitos de qualquer indivíduo, acaso necessário.

Em contraposição, John Locke (2003, p. 76) criticou o Estado Absolutista em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, de 1690, ao defender que os indivíduos deveriam ser respeitados em sua individualidade, em sua vontade ou mesmo em sua propriedade:

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela. (*Ibid.*)

Destarte, até o soberano deveria se submeter às leis previamente aprovadas pela sociedade, desencadeando a gênese da base teórica do Estado Democrático do Direito.

Todo o poder que o governo tem destina-se apenas ao bem da sociedade, e da mesma forma que não deve ser arbitrário ou caprichoso, também deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquele promulgado por tal legislativo conforme o crédito que lhe for confiado. (*Ibid.*, p. 102)

Pertence a Locke o esboço inicial do princípio da separação dos Poderes, já que, consoante suas ideologias, o poder de legislar e o poder de governar não deveriam pertencer à mesma pessoa. (*Ibid.*, p. 106)

Entretanto, a efetiva teoria da tripartição do Poder pertence a Montesquieu (1997, p. 200), que, em sua obra “Do Espírito da Leis”, de 1748, propôs um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) em que um Poder do Estado, seja ele Executivo, Legislativo ou Judiciário, está apto a conter os abusos uns dos outros de forma que se equilibrem e, conseqüentemente, proteja os indivíduos de eventual arbítrio estatal.

Pelo exposto, os direitos fundamentais surgem como normas limitadoras do poder estatal justamente como reação ao Estado absolutista, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobbesiano, pois pressupõem a existência de um Estado juridicamente limitado e que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum. (MARMELSTEIN, 2008, p. 36)

Assim, com o enfraquecimento do Estado Absoluto e o surgimento do Estado Liberal, os ideários de igualdade e liberdade são incorporados em importantes marcos históricos tais quais a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776 – que se inscreve no contexto da luta pela independência dos Estados Unidos da América, elaborada para proclamar os direitos naturais e positivados inerentes ao ser humano, dentre os quais o direito de se rebelar contra um governo tido por inadequado; e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que enfatizou os ideais libertários e liberais da primeira fase da Revolução Francesa e definiu os direitos individuais e coletivos dos seres humanos como universais

Em que pese tais Declarações exprimissem a igualdade de direito entre todos, tal igualdade era meramente formal. É o período histórico denominado pelos franceses de *Belle Époque* já que havia grande prosperidade para pequena parcela da sociedade que vivia à custa dos trabalhadores que mantinham os privilégios do poder.<sup>1</sup>

A doutrina elege alguns marcos históricos que fizeram surgir o Estado Social de Direito: organização da classe operária visando melhores condições de trabalho; o Manifesto Comunista (1848) de Karl Marx que conclama trabalhadores de todo o mundo para que

---

<sup>1</sup> Em um trecho de uma reportagem datada da época na revista inglesa *The Lion*, é revelada a realidade trabalhista em muitas fábricas: “Os meninos e as meninas – tinham todos cerca de 10 anos – eram chicoteados dia e noite, não apenas pela menor falta, mas também para desestimular seu comportamento preguiçoso. [...] Em *Litton*, as crianças disputavam com os porcos a lavagem que era jogada na lama para os bichos comerem; eram chutadas, socadas e abusadas sexualmente; o patrão delas, [...], tinha o horrível hábito de beliscar as orelhas dos pequenos até que suas unhas se encontrassem através da carne. O capataz da fábrica era ainda pior. Pendura *Blincoe* [uma criança] pelos pulsos por cima de uma máquina até que seus joelhos se dobrassem e então colocava pesos sobre seus ombros. A criança e seus pequenos companheiros de trabalho viviam quase nus durante o gélido inverno e (aparentemente apenas por pura e gratuita brincadeira sádica) os dentes eram limitados!” (HEILBRONER, 1996, p. 101-102 *apud* MARMELSTEIN, 2008, p. 47)

ocupem o poder; a encíclica *Rerum novarum* (1891) do Papa Leão XIII que apóia os direitos trabalhistas, além da eclosão da Primeira Guerra Mundial. (MARMELSTEIN, 2008, p. 48)

Pimenta (1999, p. 134) narra que tais fatos proporcionaram significativas mudanças, tais quais a mudança do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), ou seja, passou-se de um Estado absenteísta para um Estado que atuava como único protagonista da atividade econômica, sobrepondo-se à figura dos indivíduos e da coletividade.

Ao explicar sobre o Estado Social de Direito, Sarlet (2003) expõe sobre a intervenção estatal na vida social e econômica da sociedade como forma de concretizar a justiça ao estabelecer condições mínimas para a existência do ser humano.

[...] há um certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna. [...] o assim denominado 'Estado Social de Direito' constitui um Estado Social que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, na medida em que, por outro lado, se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social.

Pois bem, o que a história revela é que não era satisfatório um Estado que se abstinha de interferir nos negócios privados, mas sim, era imprescindível um Poder que garantisse à população a efetividade de prestações positivas bem como a tutela dos indivíduos mais fracos economicamente.

Dessa forma, o constitucionalismo clássico, erigido com o escopo de garantir as liberdades individuais, deu lugar ao constitucionalismo social (Pimenta, 1999, p. 135), na figura de um Estado que passou a promover maior igualdade social e a assistir condições básicas para uma vida digna de seus cidadãos.

A Constituição do México, de 1917, e a Constituição Alemã de *Weimar*, de 1919, foram as primeiras a positivarem os Direitos Sociais. No Brasil, as Constituições de 1934 e, de modo mais abrangente, a datada em 1946 previram direitos como a aposentadoria, educação, assistência social, dentre outros. Ademais, muitos estudos e ações práticas ocorreram até a efetivação dos Direitos Sociais hoje insculpidos no bojo da Lei Maior de 1988.

Após este breve intróito, em que se visualiza o panorama histórico da evolução estatal e sua distribuição de Poderes, além de se demonstrar as razões políticas e sociais da transmutação de um Estado outrora Absolutista para um Estado Democrático de Direito que se vê programado para atender ao bem estar social da população, aborda-se, a seguir, a

problemática da fragmentação pela qual a divisão de Poderes tem passado com o consequente protagonismo do Judiciário.

## **2. A FRAGMENTAÇÃO DO SISTEMA TRIPARTITE DE PODERES E O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO**

Sabe-se que o Direito não acompanha com a mesma celeridade as demandas da complexidade social. Neste sentido, observa-se que, no presente século, assim como em outras épocas, tem havido mudanças no cenário jurídico global.<sup>2</sup> Eis que, o processo legislativo muitas vezes é burocrático e moroso, o tornando inoperante; o Executivo dotado de discricionariedade, nem sempre faz prevalecer aos anseios da maioria populacional. Deste modo, observa-se uma certa fragmentação do conceito da separação clássica dos poderes ao mesmo tempo em que o Judiciário passa a protagonizar tentativas de materialização dos direitos humanos fundamentais elencados na Constituição Federal.

Neste sentido, Dallari (2007) enfatiza que o sistema tripartite clássico não responde adequadamente às necessidades sociais dos dias atuais.

Os três poderes que compõem o aparato governamental dos Estados contemporâneos, sejam ou não definidos como poderes, estão inadequados para a realidade social e política do nosso tempo. Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o 'Estado mínimo', pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados." (Dallari, 2007)

Diante do fato de muitas vezes o legislativo se colocar inoperante, ou porque não pode, não quer ou ainda não consegue atuar (BARROSO, 2009b), surge a figura protagonista dos tribunais e dos magistrados<sup>3</sup> para adequar não somente a constituição jurídica à constituição real como defende Hesse (2009), mas também para diminuir a distância entre o Direito e a realidade social.

---

<sup>2</sup> Interessante a abordagem realizada por VILLEY (2005, p. 754/756) que enfatiza o destaque que se deve ter por detrás dos instrumentos de efetivação judicial dos direitos fundamentais. Delineia-se, antes mesmo das leis e dos princípios, a forma de pensamento jurídico que está em crise diante da velocidade do comportamento social hipermoderno, não havendo solução possível para conflitos se embasada puramente na subsunção da norma.

<sup>3</sup> O protagonismo do Poder Judiciário no ato de decidir a respeito de assuntos importantes para a sociedade não é uma exclusividade do Brasil. Barroso (2009b) aponta: "O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade."

Deste modo, constata-se a expansão da função do Judiciário ao interpretar os preceitos constitucionais visando sanar omissões legislativas, suprir lacunas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes (BARROSO, 2009b).

Todavia, a título de exemplo, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, em alguns momentos, se utiliza de técnicas interpretativas e princípios de hermenêutica constitucional para aplicar normas que, aparentemente, ferem a lógica do procedimento legislativo, haja vista que por vezes utiliza da interpretação para aplicar o que seria, em teoria, inaplicável. O neoconstitucionalismo não necessariamente deve ser tido como um movimento que privilegia a judicialização dos conflitos<sup>4</sup> mais importantes do Estado e da sociedade, mas sim um instituto que busca aumentar o grau de justiça na aplicação da lei na medida em que agrega métodos axiológicos ao ato interpretativo que considerem o conteúdo da norma sem que a mesma se desvencilhe de sua força jurídica.

Tem-se que é desejável a existência de métodos interpretativos que considerem a harmonização de elementos políticos das ideologias constitucionais, contanto que não haja liberdade irrestrita para o juiz no sentido de se auto legitimar para alterar o sentido da norma.

A Constituição Federal Brasileira se harmoniza à legislação internacional no que se refere aos princípios e ideologias, e por esta razão, deve-se ter em conta que os órgãos responsáveis pela interpretação dos dispositivos constitucionais devem zelar pelas intenções políticas consubstanciadas em seus mandamentos, especialmente pela materialização de seu efeito integrador, princípio hermenêutico que privilegia a coesão sócio-política no ato de interpretação da norma.

A Constituição Brasileira é analítica, prolixa, e “é desconfiada do legislador” (BARROSO, 2009b). Talvez esta desconfiança seja a causa de um suposto desequilíbrio entre os Poderes quando se compara a atual importância dada ao ato de interpretar a lei, ao invés do ato de criar, deliberar ou elaborá-la, afinal, com tão amplas possibilidades no ato de interpretar, a formalidade Kelsiana se relativiza, embora não perca em importância estruturante. Há quem atribua ao Poder Judiciário e seu comprometimento com os valores

---

<sup>4</sup> Barroso (2009b) esclarece a questão da “Judicialização” em 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[...]. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade [...]

constitucionais a efetivação de uma série de direitos sociais, considerando que mesmo a chamada judicialização não seria prejudicial quando o objetivo buscado é alcançado.

Pode-se afirmar que a concretização dos preceitos legais, sejam de ordem constitucional ou infraconstitucional, obedece a uma ordem, ora jurídico-interpretativa, ora jurídico-política. Neste sentido, Bonavides (2009) explica que a tarefa do Poder Judiciário não se destina a criar novos direitos - tarefa precípua do Legislativo - mas sim de anunciar o que efetivamente a lei almeja.

Sendo a lei o instrumento central do sistema, segundo a concepção puramente abstrata, o juiz, quer se trate de legislação ordinária, quer de legislação constitucional, há de exteriorizar sempre sua objetividade interpretativa, rejeitando os pressupostos extralegais e ficando de todo adstrito ao rigor da disposição normativa, no sentido clássico, e tradicionalmente civilístico, da “boca que profere a palavra da lei” ou que, no ato interpretativo da constituição, longe de criar um novo direito, se cinge tão-somente a anunciar “aquilo que o constituinte já havia decidido.” (*Ibid.*)

Tem-se que o necessário liame entre o Direito e a Política vinculado aos conceitos de razoabilidade, de senso comum, de interesse público, dentre outros, são informados por relação de poder e não somente baseados em lei (CAMBI, 2009, p.35). Tendo em vista as circunstâncias atuais, o estado da natureza seria o resultado alcançado e não falta de novos direitos (GODOY, 2005, p. 142).

Entretanto, atendendo aos preceitos de necessidade por conta de falta de atuação legislativa ou executiva, o juiz, enquanto magistrado social, passa a protagonizar os conflitos rompendo a inércia e a formalidade que lhe são atributos e aproxima a lei da realidade, fazendo uso da subsunção e da técnica da ponderação com parcialidade positiva na construção de argumentos que superem o positivismo.

Sabe-se que as leis existem, entretanto parte delas carece de efetivação, fiscalização, ou mesmo um maior controle jurisdicional da discricionariedade administrativa estatal, ou ainda de um ativismo judicial justificado pelos parâmetros neoconstitucionais sem incorrer em excessos, pois há a necessidade de adequação dos direitos fundamentais para a garantia do mínimo existencial daqueles que não têm voz ou entendimento suficiente para fazê-lo.

Destarte, questões nunca antes debatidas são levadas ao Judiciário, gerando a necessidade dos magistrados decidirem tópicos originais, respeitando os limites da proporcionalidade, do respeito e da proteção à dignidade humana.

[...] o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5, parágrafo primeiro da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais e aos

particulares [...] que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a que pertençam e consideradas as distinções traçadas) militam uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz. Também [...] assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser. (SARLET, 1998)

Cumpra-se destacar que o modelo brasileiro de jurisdição constitucional encontra-se em fase de questionar o seguinte ponto: a lei, ao ingressar no ordenamento jurídico, passou pelo crivo que lhe permite ser aplicada de forma a simplesmente “anunciar o rigor normativo” ou seria necessário que uma corte judicial estabeleça com minúcias o exato sentido e aplicação da norma, bem como sua validade nos casos abstratos ou concretos?

A deliberação do alcance da norma pelos membros da corte jurisdicional tem sido constantemente realizada e questões de grande importância para a sociedade brasileira passam pelo crivo do Judiciário, isso pode demonstrar uma certa inversão de papéis e gerar uma crença social de que o Judiciário seria o Poder tipicamente legitimado para a criação de normas, causando uma exaustão no ato deliberativo que altera o sentido atribuído pelo seu legitimado original, o legislador.

Conforme expresso alhures, o Poder Legislativo muitas vezes inerte e inoperante, acaba por fazer com que o Poder Judiciário determine a aplicação política das leis que nem sempre foram elaboradas com tal finalidade. Dessa forma, há probabilidade de que em breve o Poder Judiciário seja alvo da mesma sequência de críticas e padeça do mesmo descrédito que atualmente o Poder Legislativo está envolvido.

### **3. A RELEVÂNCIA DO CONTROLE JURISDISCIONAL E O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO: OS DESAFIOS DO LIMITE DA ATUAÇÃO**

O ativismo judicial, em que pese tenha seus pontos positivos, gera também a possibilidade de restar violada a interpretação autêntica da norma (WALDRON, 2003). Se a constituição prevê que o legislador deve cuidar de definir os limites da aplicação da lei, eventuais interferências podem ser arriscadas.

Aqui, cabe destacar a autocontenção judicial (*self restraint*), em que os juízes reduzem a interferência na interpretação da lei, deixando ao legislador que atue nos casos em que a

constituição não prevê aplicação direta do seu próprio texto, utilizando critérios rígidos para declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e não interferindo na definição de políticas públicas (BARROSO, 2009b)

No entanto, ao mesmo tempo em que parece considerar arriscada a interferência que a judicialização pode causar no ato de interpretar o dispositivo legal, isenta os membros da corte constitucional da responsabilidade de uma hermenêutica excessivamente política que, na prática, poderia distorcer o conteúdo da lei e extrair seu espírito.

Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. (BARROSO, 2009b)

Para Waldron (2003), o controle de constitucionalidade das leis não deveria ocorrer tão frequentemente pelo Poder Judiciário, já que o debate, em tese, ocorreu de forma exaustiva e participativa no momento de elaboração da lei pelos agentes eleitos pelo povo. Desta forma, existiria espaço apenas para o exercício do controle difuso, onde o juiz decide se aplica a lei devido à suposta inconstitucionalidade da mesma na subsunção ao caso concreto, mas não altera a questão da validade da lei em tese. Percebe-se, por conseguinte, que o problema em relação ao controle de constitucionalidade aparentemente encontra-se no controle concentrado, pois o controle difuso não tem a mesma amplitude e os mesmos efeitos.

A problemática da legitimidade interpretativa constitucional é antiga e até hoje persiste o desafio de se encontrar definições que possam ser exportadas com êxito. Tribunais Constitucionais como o austríaco (idealizado por Kelsen), por exemplo, exerce o papel de controlador da constitucionalidade das leis, não se tratando de uma instância judiciária mas sim legislativa.

Além do austríaco, ressalte-se o formato do tradicional tribunal constitucional alemão e seu sistema de controle com ênfase na hierarquia absoluta da constituição sem deixar de lado a valorização dos precedentes. De acordo com Konrad Hesse, que foi juiz do tribunal por mais de uma década, “Ainda que o tribunal esteja autorizado para determinar com obrigatoriedade esse conteúdo ele, contudo, não é superior à constituição, à qual ele deve sua existência”(1998, p.55)

Por sua vez, o controle brasileiro de constitucionalidade, com influências do sistema francês e do americano, de certa maneira também inspirou-se, no tribunal constitucional

austríaco, podendo ser entendido como um sistema complexo por contemplar várias etapas de controle da constitucionalidade da lei em tese.

O Poder Judiciário, ao exceder sua função formalmente típica, passa a deter o controle da aplicação, da validade e da constitucionalidade da lei, tornando-se político e perdendo em neutralidade e independência (SCHIMITT, 2007).

A própria constituição brasileira atribuiu ao poder judiciário o controle de constitucionalidade das leis visando uma efetiva adequação da constituição jurídica à constituição real (Hesse, 2009) e a diminuição a distância entre o Direito e a realidade social. Assim, os juízes, que há décadas eram meros aplicadores da lei, agora são incumbidos de serem magistrados sociais.

Contudo, macroproblemas podem ser deflagrados: o juiz ao deixar de aplicar o conteúdo normativo por julgar inadequado à solução efetiva do conflito, se além à sua função de aplicar a lei ao caso ou na verdade deixa de exercê-la, uma vez que a própria constituição supostamente lhe deu tal permissão?

Ademais, nos casos em que o legislativo se coloca inoperante porque não pode, não quer ou ainda não consegue atuar, seria então a atitude correta deixar a sociedade à mercê da morosidade e aguardar o posicionamento do legislador?

Sob diversos aspectos o Direito deve ser repensado para que sejam construídos novos paradigmas em benefício da população.

Em sede de jurisdição constitucional, a proposta de Emenda Constitucional nº33/2011 propõe, entre outras alterações, o aumento do número mínimo de votos para declaração de inconstitucionalidade de lei, e condiciona o efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF) à aprovação pelo poder legislativo e submete ao congresso a decisão sobre inconstitucionalidade de emendas à Constituição Federal.

O que se denota, por meio de uma análise tangencial desta proposta, é que a decisão sobre retirar ou diminuir o poder do STF em decidir pela constitucionalidade das leis seria um ciclo vicioso, pois o juízo de constitucionalidade atualmente pertence a ele, e somente ele, se provocado, poderia manter tal atribuição ou deixá-la ao legislativo. Então, o STF poderá decidir ainda pela permanência desta importante atribuição, bem como eventualmente poderá decidir pela inconstitucionalidade da própria emenda discutida, embora os autores da emenda entendam que o STF não teria competência para averiguar a constitucionalidade de Emendas à Constituição, e sim apenas de leis.

Cittadino (2004) alerta acerca do risco de se criar uma “teologia constitucional”, haja vista o Poder Judiciário não ter legitimidade para alterar o que foi decidido em processo

legislativo autônomo e genuíno. Tal atitude é contrária à democracia, pois autorizar os juízes a agir desta forma seria “autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuarem como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como ‘teologia constitucional’”.

Silva (2005) aponta que, sequer os princípios de hermenêutica constitucional possuem relevância no exercício de atribuir sentido à norma constitucional, haja vista que aparentemente não fogem dos métodos tradicionais de interpretação:

A tese aqui defendida é a de que os difundidos “princípios de interpretação constitucional” não desempenham papel relevante na interpretação da constituição - baseia-se em algumas premissas [...]. Em linhas gerais, a irrelevância desses princípios é revelada quando se percebe que alguns deles em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação. Mas a irrelevância pode basear-se também na impossibilidade de aplicação desses princípios em conjunto com outras práticas ou métodos de interpretação constitucional. (SILVA, 2005)

Todavia, a interpretação deve existir como importante fase do procedimento de aplicabilidade da norma e cabe ao Poder Judiciário.

Em suma o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, o papel decisivo: que é o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida. (BARROSO, 2009)

Ademais, cumpre apontar o dever de cautela dos limites de atuação do Judiciário para que não seja menos do que deve ser e do mesmo modo não seja mais do que pode ser.

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. (Barroso, 2009b)

Com a promulgação da Constituição de 1988 a minuciosa operação de interpretar e valorar o dispositivo legal ganhou destaque político, e ao deixá-la de lado, o magistrado poderia estar se isentando de cumprir seu papel social.

Ao que se parece, a solução é promover a leitura das regras à luz dos princípios neoconstitucionais, que ao mesmo tempo em que declaram as raízes, indicam também uma direção ao orientar o futuro, bem como revelam em que linhas de continuidade o direito constitucional atual quer estar imerso além de serem fatores de conservação e de inovação. (ZAGREBELSKY, 2005, p. 89)

O direito pós-moderno, ao contrário do moderno, não se contenta com um poder judiciário passivo, eis que aposta numa vontade transformadora guiada por uma atividade intersocial de produção de projetos de justiça inclusiva, ou seja, pró-atividade na tutela dos interesses sociais relevantes. (BITTAR, 2005, p. 434).

Nas situações extremas de violação dos direitos fundamentais (preservação do mínimo existencial), sobretudo quando o agente público não atender os mandamentos constitucionais (reserva de consistência) e exista respaldo orçamentário (reserva do possível), a intervenção judicial deve ser implacável. (CAMBI, 2009, p. 247).

É necessária uma nova crítica, com vias de resgate da consciência e livre arbítrio humanos, para um novo senso comum (SANTOS, 2009) de interpretação do mundo e do direito.

O direito deve ser uma atitude interpretativa e contestadora, dirigida à política em sentido amplo (DWORKIN, 2007, p. 492) com a intenção de identificar quais os compromissos públicos da sociedade com os princípios e o que tais compromissos exigem a cada nova circunstância. Requer o envolvimento de todos os agentes responsáveis a fim de que os princípios se coloquem acima da prática para que o bem comum seja realizado com efetividade.

### **Considerações finais**

O Estado sempre foi preocupado em manter o poder de alguma forma. Ora com atitudes absolutistas, ora com posturas absentéistas e ora assistencialista e democrático. A concentração excessiva de poderes pelo governante foi durante séculos e ainda é um grande empecilho para a evolução do Estado como um provedor de direitos e garantidor de prerrogativas dentro de um cenário constitucionalista.

A teoria clássica da tripartição dos poderes que visa à neutralidade ideológica, na práxis, restou desprovida de funcionalidade.

Em que pese a legitimação Poder legislativo no âmbito estatal, é certo que há casos em que a morosidade e a inoperância violam os direitos humanos fundamentais da sociedade que fica à mercê de soluções.

Então, o Poder Judiciário, se torna o agente que pode protagonizar a implementação de políticas em benefício da população.

O ponto de conflito é reconhecer os limites de atuação e interpretação que o Judiciário pode dar à norma sem que intervenha desnecessariamente ou desconsidere a força legiferante do Poder Legislativo.

Independentemente do enfoque que se dá, ao analisar o deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, o que se percebe como problema não é o excesso de judicialização ou mesmo o ativismo do judiciário e sim escassez de boa política.

A atuação administrativa, mais que cumprir a lei, deve respeitar os padrões de razoabilidade e de proporcionalidade. A atuação legislativa deve operar de forma a atender aos anseios da população com celeridade e efetividade. Logo, quando necessário, o ativismo judicial deve ser desvinculado de rédeas conservadoras, com o enfoque de buscar a efetivação dos direitos humanos fundamentais bem como viabilizar uma maior fiscalização e cumprimento dos ditames constitucionais, combatendo a corrupção e promovendo uma maior moralização da gestão pública.

De uma forma ou de outra, repensar o direito e construir novos paradigmas é a medida que se impõe. Alcançar a utopia concreta a que se refere Bloch (2005), em que o declínio da vontade soberana do Estado não pode ser mais a vontade soberana de um fragmento de classe social, mas, sim, deve surgir uma nova cultura jurídica, com fins de romper e provocar a crise de legitimidade em que se encontra a míope legalidade, com forte aptidão excludente, para que um novo paradigma de direito seja possível.

## **Referências Bibliográficas**

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista de Direito Social, v. 34, p. 11-43, 2009.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BLOCH, Ernest. **O princípio da esperança**. Vol. 1. São Paulo: Contra-Ponto, 2005.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito constitucional**, 24º ed., Malheiros São Paulo, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113. jul./dez. 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: M. Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. 2. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O pós-modernismo jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 2005.

HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, Tradução Luis Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe: obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia**. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. Atlas: São Paulo, 2008.

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

NADER, Paulo, **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Ed forense, 2010.

NEGRI, Antonio, **O poder constituinte: ensaio** sobre as alternativas da modernidade. DP&A: Rio de Janeiro, 2002.

PIMENTA, Paulo Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível na internet: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=825](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=825). Acesso em 22 de fevereiro de 2014.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. De Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitucion**. Madrid: Mínima Trotta, 2005.