

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Riva Sobrado de Freitas; Camila Barreto Pinto Silva; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-582-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Constituição e Democracia I", durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, sobre o Tema Direito, Cidade Sustentável e diversidade Cultural, realizado nos dias 13, 14 e 15 junho de 2018, promovido em parceria com o curso de Direito da Universidade Federal da Bahia. Neste conjunto de comunicações científicas consolidam-se os resultados das relevantes pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação de mestrado e doutorado em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos advindos de pesquisas nacionais e internacionais, que levaram ao encontro científico várias controvérsias acadêmicas e desafios relativos ao direito constitucional, nos objetos de pesquisa de Teoria da Constituição e Democracia, que trazem dos mais diversos temas e que foram enriquecidos pelas exposições e debates subsequentes entre todos os pesquisadores.

O número de artigos submetidos e aprovados foi de 22 ao todo, com a presença de todos os pesquisadores e com abordagens muito inovadoras e pertinentes ao enfrentamento dos temas em relações dialéticas com a realidade diante dos desafios que se apresentam às principais teorias que circundam as propostas do Grupo de Trabalho.

Todos foram permeados de intensos debates, desde as questões relativas ao ensino do direito constitucional e ao alcance da autonomia educacional a partir dos ditames do Estado Democrático de Direito, para também abordar em diversas exposições o núcleo central das críticas à jurisdição constitucional, qual seja, os reflexos acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal, questionando também a sua função social.

A partir deste bloco inicial de discussões, igualmente inseriu-se no contexto das comunicações acadêmicas de pesquisas, as conclusões sobre direitos humanos, perpassando estudos sobre a comissão da verdade, sobre a ideia de deveres fundamentais e as funções dos partidos políticos como pilares da democracia brasileira.

Dada a pluralidade dos assuntos constitucionais em análise tratou-se ainda da doutrina sobre as formulações conceituais sobre a justiça, sobre os limites e possibilidades do

individualismo em marco teórico de John Elster e, para finalizar, com uma produção sobre colidência de direitos fundamentais e a possibilidade de solução dos conflitos pelo método da cedência recíproca.

No contexto das exposições, houve cinco comunicações previamente recomendadas para a plataforma index laws journals.

A leitura indicará a preocupação científica com os déficits democráticos na efetividade dos institutos fundamentais constitucionais que integram o objeto do grupo de trabalho, a demonstrar a contribuição acadêmica que o encontro promovido pelo CONPEDI proporcionou.

Registre-se por parte desta coordenação os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo – ITE

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas – UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PROTAGONISMO JUDICIAL E A SUA LEGITIMIDADE NUM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JUDICIAL PROTAGONISM AND ITS LEGITIMACY IN A DEMOCRATIC STATE OF LAW

Carla Campos Amorelli De Freitas ¹
Cassio Rodrigues Barreiros ²

Resumo

O objetivo da pesquisa é abordar a origem, o conceito e as formas legítimas do exercício do ativismo judicial, através da pesquisa teórico-bibliográfica, passando pela função de repensar o conceito da Jurisdição em um Estado Constitucional. Apresenta-se uma proposta de releitura do Princípio da Motivação das Decisões Judiciais com ênfase, não só em seu aspecto endoprocessual, mas no aspecto político, cuja finalidade é legitimar politicamente a decisão judicial e permitir seu controle por toda a coletividade.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Protagonismo do poder judiciário, Judicialização das relações, Jurisdição constitucional, Princípio da motivação, Processo civil constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of the research is to approach the origin, concept and the legitimate forms of the exercise of judicial activism, through the theoretical-bibliographic research and the function of rethinking the concept of Jurisdiction in a Constitutional State. We present a proposal to re-examine the Principle of Motivation of Judicial Decisions with emphasis, not only in its endo procedure aspect, but also in the political aspect, which purpose is to politically legitimize the judicial decision and to allow its control by the community.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Protagonism of the judiciary, Judicialization of relations, Constitutional jurisdiction, Principle of motivation, Constitutional civil procedure

¹ advogada, professora de processo civil da IBMEC/RJ, Graduada em Direito pela IBMEC/RJ, especialização em direito de empresas pela PUC/RJ, Mestranda e Direito pela Universidade Veiga de Almeida/RJ.

² advogado, servidor da Câmara dos Deputados, graduado em direito pela Universidade Veiga de Almeida/RJ, especialização em Direito Público pela FEMPERJ, Mestrando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida /RJ.

INTRODUÇÃO

Diante do atual contexto de crescente protagonismo do Poder Judiciário, através de uma postura proativa de interpretação das leis conforme os ditames constitucionais e de real defensor dos direitos democráticos, surgiu o interesse pela exploração do presente tema.

O que assistimos todos os dias é uma alteração de paradigma no qual a supremacia legislativa cedeu lugar à supremacia da Constituição e a concepção clássica do Estado Legislativo se apagou para vigorar o Estado Constitucional, em que prepondera a busca pela efetividade dos valores constitucionais em detrimento da aplicação pura e simples da vontade da lei.

Todos assistimos a participação ativa do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* impetrado pelo ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, que objetivava afastar a prisão em decorrência de decisão condenatória proferida por órgão colegiado em instância recursal. Foram mais de 11 horas de julgamento que ao final expos uma grave crise entre os julgadores, diante do placar de 6 votos a favor do início do cumprimento da prisão após decisão proferida em fase recursal por órgão colegiado, contra 5 votos a favor da prisão somente após o efetivo trânsito em julgado. Logo, importa dizer que a atuação da Corte Constitucional é de interesse nacional pela repercussão de seus julgados e efeitos.

A cada instante nascem decisões judiciais capazes de efetivar direitos constitucionalmente assegurados, mesmo quando não há previsão legislativa neste sentido. Presenciamos a crescente judicialização da política em razão do mau funcionamento do Estado. Contudo, não pode ser concedido ao Poder Judiciário, em nome da defesa dos ditames democráticos, um poder ilimitado, sob pena de se atentar a própria essência da estrutura estatal: a separação de poderes.

A Constituição da República atribui, em seu artigo 60, §4º, III, ao princípio da separação de poderes o *status* de cláusula pétrea, constituindo um dos pilares do Estado Democrático do Direito, sob a perspectiva de governo do povo enquanto Democracia. E não há dúvidas de que, sob esse prisma, os poderes legislativo e executivo constituem manifestação da vontade popular através do voto. O que não ocorre com o Poder Judiciário o qual, regra geral, é realizado ingresso através de concurso público, conforme artigo 93, I da Constituição da República.

A divisão de poderes em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário é fundamentada em dois elementos: a especialização funcional e a independência orgânica. Em razão da especialização funcional, cada órgão é especializado ao exercício de uma função – funções

legislativa, executiva e jurisdicional, respectivamente – enquanto a independência está ligada a ausência de subordinação entre os poderes. Sendo imperioso falar, modernamente, em colaboração de poderes. (SILVA, 2006, p. 109)

Assim, a atuação proativa do Poder Judiciário deve ser realizada de forma delineada a fim de que seja evitada uma ditadura judicial.

No presente artigo objetiva-se fazer uma reflexão sobre o protagonismo do Poder Judiciário na atualidade perpassando pela função de repensar o conceito da Jurisdição em um Estado Constitucional, apontando os parâmetros legitimadores para sua atuação e, por fim, apontar a motivação das decisões judiciais como pilar para a validação social das decisões judiciais.

O método empregado para elaboração do trabalho foi de revisão bibliográfica sobre o tema.

I. A ORIGEM HISTÓRICA DO TERMO ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial teria aparecido pela primeira vez na matéria jornalística do americano Arthur Schlesinger Jr., em 1947, dirigida à Revista Fortune. Naquela oportunidade o Jornalista pretendeu apresentar um panorama da composição da Suprema Corte na época em que vigorava o governo do presidente Franklin Roosevelt, cujo momento de tensão política referia-se a aprovação do plano conhecido como *new deal*. *O new deal* consistia num conjunto de medidas econômicas e sociais tomadas pelo governo de Roosevelt, entre 1933 e 1937 com o objetivo de recuperar os Estados Unidos da crise de 1929. (SCHLESINGER, 1947).

Neste contexto, optou por dividir seus membros – *Justices* Rutledge, Murphy, Frankfurter, Black, Vinson, Reed, Douglas, Jackson e Burton - em três grupos, os quais classificou como: os ativistas; os campeões do autocontrole e intermediários.

O trabalho escrito por Schlesinger inaugurou a expressão “ativismo judicial” se referindo a conduta de alguns magistrados os quais teriam no seu agir a preocupação com os direitos individuais, com a motivação das decisões judiciais possuindo como característica a independência do Poder Judiciário em relação aos demais poderes.

Os campeões do autocontrole referem-se ao grupo em que prepondera a ideia de que não deve haver interferência do Poder Judiciário ao campo reservado ao Poder Legislativo.

“Um ex-professor da faculdade de direito de Harvard, adorado, culto e contencioso, Felix Frankfurter tenta evitar que a Suprema Corte intervenha no reino da política, demandando respeito ao desejo do Legislativo. “Entretanto

nós não deveríamos de má vontade”, ele escreveu, “escorregarmos nas cadeiras dos legisladores.” (SCHLESINGER, 1947, p. 78.)

Por fim, abordou o grupo intermediário, o qual se encontrava entre as duas posições, não se aliando a nenhuma posição extremista. Desde então o termo ativismo judicial é utilizado em diversos sentidos, não havendo uma definição unívoca. Para Luís Roberto Barroso:

“A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, 2009, p.22)

O efeito da judicialização da sociedade e da política pode ser traduzido pela participação mais intensa do Poder Judiciário na atividade intelectual de concretização dos valores constitucionais ou, de outro modo, interferência em maior grau do Judiciário na esfera de atuação dos outros Poderes do Estado, no contexto teórico do ativismo judicial, desenhado como método de criação autônoma do Direito *extra legem*, porém *intra ius*. (MORAES, 2015, p. 21)

II. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

A jurisdição, em sua concepção clássica, é definida como a função estatal voltada à atuação concreta da vontade da lei pela sujeição do Estado-Juiz ao Estado Legislativo. Pelas lições da doutrina tradicional, vigorava a ideia do formalismo interpretativo em que ao Juiz não cabia o papel de extrair da lei o conteúdo normativo que lhe é inserido, tão somente o de concretizar uma norma geral, dentro da perspectiva do princípio da supremacia da lei.

“O conceito de Chiovenda é retomado por Calamandrei, duas décadas mais tarde. As premissas sustentadas pelo mestre florentino são suficientes para se compreender o que está por detrás da sua ideia de jurisdição. Deixou claro Calamandrei que “a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida”, e que “a lei abstrata se individualiza por obra do juiz” (Instituzioni di diritto processuale civile, p.156). Quer dizer que a decisão judicial, para Calamandrei, individualiza um direito que vale enquanto lei dotada de autoridade, não importando sua adequação a qualquer parâmetro de justiça.” (MARINONI, 2016, p. 86)

Após a Segunda Guerra Mundial, foi inaugurado um novo modelo constitucional, pelo qual o conteúdo legislativo deveria estar atrelado a princípios e a direitos fundamentais que passam a integrar o texto constitucional e a gozar de plena eficácia normativa. Foi abandonada a ideia de que a legitimidade da lei está atrelada apenas a observância da regularidade de um devido processo legislativo formal.

O paradigma de adequação se inverte neste momento, em que os direitos fundamentais se tornam o parâmetro de validade da atividade legislativa, dando origem ao princípio da legalidade material pelo qual há uma subordinação das leis a esses direitos.

O Estado Democrático de Direito possui subordinação aos preceitos constitucionais e continua a fundamentar-se na lei, no entanto através de outra perspectiva. Aqui o que se busca é ir além da legalidade estrita.

“Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conteúdo formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado.” (SILVA, 2006, p.121.)

Diante da alteração do cenário da preponderância do estado legislativo, nasce uma nova concepção de jurisdição superado o conformismo de mera função de aplicação da lei para a responsável por controlar sua validade. Aqui, o Estado-Juiz busca a interpretação da lei adequada aos ditames constitucionais, trazendo a dicotomia entre texto e norma jurídica.

A norma jurídica teria origem pelo exercício da atividade interpretativa, através da valoração realizada pelo intérprete sobre o texto legal e a escolha do sentido adotado.

Com a normatização dos princípios, a interpretação da Constituição passou a ser realizada com base em normas munidas de maior abertura e menor densidade exigindo do intérprete uma maior atuação para sua concretização. O efeito da menor densidade está atrelado ao processo do desaparecimento da constituição, que ocorrerá através do distanciamento do intérprete, através da atividade interpretativa, do conteúdo formal do texto constitucional: a justiça constitucional, convocada a defendê-la, informalmente a modifica. O chamado “Direito Constitucional sem Constituição”.¹

A encampação da Jurisdição Constitucional fixou a ideia de que a solução apresentada pelo Julgador, por meio das decisões judiciais, seria o produto da sua interpretação, o qual optou pela escolha de um dos sentidos da norma por entender ser a solução adequada ao caso, e deverá apresentar as razões que o levou a esta opção a fim de evitar uma decisão tirana e ilegítima.² Fala-se na efetividade da jurisdição constitucional – visão moderna da jurisdição como a busca pela unidade e coerência do ordenamento jurídico, através da colaboração entre os Poderes Legislativo e Judiciário, com a escolha pelo Julgador do sentido da norma a ser aplicado à luz dos Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e Contraditório.³

Nesse momento, foi superada a ideia do positivismo jurídico clássico pelo qual o poder de produção do direito concentrava-se nas mãos do estado, por meio de elaboração de leis e ao Judiciário incumbia apenas à função de aplicação desse direito ao caso concreto⁴.

¹. “A interpretação constitucional, que tem a ver com a normatividade princípios, cujos conflitos devem ser solucionados pelo critério ou método da ponderação dos em decisões suscetíveis de controle da racionalidade do discurso por técnicas de argumentação jurídica, de tal modo a aproximar as normas constitucionais da realidade fática que lhes é subjacente, revela que o Direito Constitucional do Século XXI não deixa de ser, de certa forma, o Direito Constitucional sem Constituição.

² Artigo 11 do Código de Processo Civil determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

³ Na verdade, ainda que não houvesse a consciência de pluralismo, somente com uma ausência muito grande de percepção crítica se poderia chegar à conclusão de que a lei não precisa ser controlada, por ser uma espécie de fruto dos bons, que se colocam acima do bem e do mal, ou melhor, do executivo e do judiciário. Ora, a própria história se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis formalmente perfeitas. Portanto, ainda que se ignorasse a ideia de pluralismo e se aceitasse que a lei expressa a vontade de um "poder político", jamais se poderia concluir que o seu texto é perfeito, e assim deve ser simplesmente proclamado pelo juiz, apenas por ser o resultado de um procedimento legislativo regular.”

⁴ “Se a solução não está toda na norma, é preciso procura-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento.”(BARROSO, 2015, pg.29).

“Todavia, com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La Logica dei giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou, que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados do mesmo nível; eis por que sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais.” (BOBBIO, 1995, p.28)

Boaventura de Sousa Santos, em sua obra “*Para uma Revolução Democrática da Justiça*”, apresentou a trajetória da atuação dos juizes no decorrer da história brasileira, trazendo como destaque o final da década de 1980, em que o sistema judicial passou, não só no Brasil, a protagonizar cenários de controle de legalidade apostando na constitucionalização do direito como estratégia hermenêutica do garantismo dos direitos dos cidadãos (SANTOS, 2014, p.12). Paralelamente, nasce a Constituição da República em 1988, com o aumento do rol dos direitos políticos, sociais, culturais e, ainda, os direitos de terceira geração.

Em sua obra, aponta que, neste cenário, o Poder Judiciário passou a ser extremamente demandado em razão dos cidadãos terem passado a crer que a via judiciária – acesso à justiça – seria a forma para alcance de seus direitos. Apontando que “o sistema judiciário passou a substituir o sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social”. (SANTOS, 2014, p.15)

Em meio à chamada judicialização das relações decorrente da ausência de efetividade da aplicação dos direitos, o Poder Judiciário passa a ocupar um papel de protagonista na vida pública, direcionado a suprir as expectativas sociais pela concretização dos valores constitucionais ou, ainda, chamado a interferir na esfera de atuação dos outros Poderes do Estado. Neste contexto, o ativismo judicial aparece como um efeito do referido processo de judicialização.

É interessante observar que no momento em que o Judiciário se torna protagonista no anseio de concretizar os valores constitucionais – estes dotados de maior abertura e menor densidade – o pós positivismo de alguma forma se aproxima do jusnaturalismo, pela ideia da “justa razão”.⁵

Importante ressaltar que tal efeito não é automático da ocorrência da judicialização das relações, considerando que, a depender da situação, será recomendável que o Poder Judiciário se auto contenha. A judicialização é um fenômeno nascido em razão do modelo constitucional adotado, contudo ao ser deduzida uma pretensão perante o Poder Judiciário – princípio da inafastabilidade da jurisdição – cabe a este conhece-la e analisar a postura adequada a ser adotada.

Até porque, em última análise, não pode ser conferido um poder autocriativo ilimitado ao Judiciário, o papel de legislar deve continuar a ser protagonizado ao pelo Poder Legislativo – detentor legítimo da representatividade política de uma sociedade.

III. ATIVISMO JUDICIAL X AUTOCONTENÇÃO

Importante questão pode surgir em relação a legitimidade do ativismo judicial e seus limites. Qual seria o limite à atuação protagonista do Poder Judiciário em uma sociedade democrática que prega e anseia pela convivência de instituições legitimamente eleitas? Poder Legislativo ou Executivo?

O atuar do interprete deve ser livre a ponto de se sobrepor a elaboração de leis que refletem os anseios e valores de uma sociedade democrática?

Nesse momento é importante destacar que ao Judiciário, através se sua atividade interpretativa, é conferido o papel de resgatar a razão pública– aquela escolhida pela sociedade para fundamentar sua Constituição, encarada como expressão mais alta do ideal político de um povo. Paralelamente, o Poder legislativo ordinário também deve conformar-se em agir nos ditames desses ideais, o que justifica nesse momento a revisão judicial sobre seus atos. No entanto, o poder num governo democrático idealmente deve ser exercido pelos três poderes, os quais devem se responsabilizar perante o povo pela sua atuação. (RAWLS, 2000, p.282).

Sob esse prisma, interessante doutrina aponta a existência de parâmetros a serem observados para o exercício do ativismo judicial ou da autocontenção, os quais devem ser

⁵ O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza.” (BOBBIO, ICONE, pg.20)

iluminados por cinco padrões de avaliação: existência de discriminação ou preconceito; deliberação popular; funcionamento da democracia; a capacidade técnica e a proteção deficiente dos direitos das gerações futuras. (MORAES, 2017, p. 327)

O primeiro padrão relaciona-se com questões que envolvam direitos das minorias sujeitas a discriminações ou preconceitos seja por raça, origem, sexo, idade ou cor. Diante desses casos, de verificação de ocorrência de quaisquer tipos de preconceitos ou discriminação, o Poder Judiciário deverá atuar de forma mais intensa e participativa, a fim de proteger o direito de grupos vulneráveis existentes em uma sociedade plural e diversificada.

Já no que concerne a existência de deliberação popular – apontado como segundo padrão – o parâmetro a ser considerado deve ser legitimidade das decisões dos demais poderes, considerando a existência em maior ou menos grau da deliberação popular.

Ou seja, estando-se diante de uma decisão de agente político da qual houve deliberação popular, quanto maior for essa participação menor deve ser o protagonismo do Poder Judiciário, ocasião em que deve preponderar a autocontenção. Quanto maior a deliberação popular sobre a matéria, mais democrática será a decisão do agente político, a qual deverá ser respeitada e salvaguardada pelo próprio Poder Judiciário.

O terceiro padrão consiste em avaliar o envolvimento de pressupostos para o funcionamento da democracia com a questão para determinar a prevalência do comportamento ativista ou de autocontenção judicial. Num ambiente democrático deve ser protegido o governo da maioria, desde que a vontade da maioria não importe em ameaça ou lesão à preservação de direitos fundamentais.⁶

Ao abordar a concepção de governo da maioria se torna conveniente pontuar a crise de representação política assistida na atualidade, em que a democracia representativa tem encontrado percalços em representar efetivamente a vontade popular em detrimento da disfunção do sistema marcado pela corrupção e por interesses privados.

Perante esse contexto fático, o Poder Judiciário conquistou um espaço de representatividade dos anseios sociais frente ao Poder legislativo – órgão historicamente legitimado para representação da maioria através do voto – já que altera-se o paradigma de que o Legislativo expressa o sentimento da maioria.⁷

⁶ Nesse contexto, deverá preponderar, em regra, a autocontenção para proteção de um regime democrático. Ocorrendo inversão da lógica, quando a vontade da maioria resultar em ameaça ou lesão a direitos fundamentais, deverá o Poder Judiciário adotar comportamento ativista para proteção e efetivação de direitos.

⁷ Aqui, se torna necessário uma releitura da doutrina que aponta o caráter contramajoritário das decisões judiciais, sob o argumento de que os integrantes do Poder Judiciário não são investidos de mandato representativo, portanto despidos da legitimidade democrática inerente aos agentes políticos. (BARROSO, 2015, pg.41.)

Pois bem. Se em algum momento a representatividade popular se torna ameaçada a revisão judicial incumbe o papel de resgatar a interpretação do sentimento majoritário, a qual inclusive é realizada com base em argumentos racionais.

Mas se, em algum momento, essa decisão judicial se apresenta de forma contramajoritária⁸ se tornará legítima ao atender a voz da minoria no que tange a seus direitos fundamentais.⁹

Por fim, deve ser observada a exigência de maior ou menor capacidade técnica para resolução de um conflito a fim de avaliar o grau de interferência do Poder Judiciário em sua resolução – quarto padrão. O Poder Judiciário deve se autoconter em interferir nas decisões dos outros poderes conforme maior exigência técnica para deliberar sobre o assunto, ressaltando que, poderá utilizar da requisição de peritos ou *amicus curiae* caso deseje atuar de forma proativa, a fim de suprir eventual *expertise* sobre o tema. O último padrão seria a proteção aos direitos de gerações futuras.¹⁰

IV. A MOTIVAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

O artigo 93, IX da Constituição da República expressa o princípio da motivação das decisões judiciais, pelo qual todos os julgamentos do Poder Judiciário deverão ser públicos e, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

O Princípio da Motivação das Decisões Judiciais possui diversas facetas. Inicialmente, é dirigido à parte sucumbente, que precisa ter ciência das razões que levaram a formação da convicção do Julgador, não só para que possa cumprir o comando normativo do *decisum*, bem como, para que possa impugná-las de forma específica.

Por outro lado, a fundamentação é de suma importância para que a instância superior possa analisar os motivos formadores da convicção do Magistrado, a fim de poder exercer sua função de órgão revisor.

No Estado Constitucional, o Princípio da Motivação das Decisões Judiciais deve ser analisado, sob seu aspecto político, cujo objetivo é demonstrar a imparcialidade do Julgador,

⁸ A decisão proferida por um órgão composto por integrantes não eleitos que invalida atos proferidos por uma Casa Legislativa dotada de representatividade democrática desempenharia um papel contramajoritário em desarmonia com o Estado democrático. (BARROSO, 2015, pg.36)

⁹ Caso emblemático foi julgado pelo Supremo Tribunal federal na ADI 4277/DF, na qual foi reconhecida a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁰ A proteção deficiente dos direitos das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades pode ensejar a participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais em jogo. (MORAES, 2017, p.330.)

bem como, a lisura do julgamento com a finalidade de legitimar politicamente a decisão judicial e permitir seu controle por toda a coletividade.

Como já esposado neste artigo, ao Judiciário cabe a tarefa de resgatar a razão pública através de sua atividade interpretativa da Constituição, não havendo espaço para fundamentar suas decisões em convicções íntimas e valores pessoais. Os Juízes devem valer-se dos valores políticos insculpidos naquela sociedade. A razão pública é a única razão que o tribunal exerce.

“É claro que os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade em geral. Devem considerá-los irrelevantes. Não podem, igualmente, invocar suas visões religiosas ou filosóficas, nem as de outras pessoas. Devem, isto sim, apelar para os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública.” (RAWLS, 2000, pg.287)

Ao negar efetividade ao artigo 93, IX da Constituição da República o julgador comete duas violações, não só a aquela garantia expressamente prevista, bem como, aniquila o direito ao contraditório. As razões invocadas pelas partes necessitam ser ouvidas e as razões do *decisum* precisam ser apresentadas, em razão da necessidade de controle pelas próprias partes e pela sociedade, a fim de se obtenha um processo civil justo e democrático, em consonância com os ditames constitucionais.

Neste sentido, destaca-se em especial o Código de Processo Civil de 2015¹¹ o qual regulamentou o artigo 93, IX da Constituição da República inaugurando a obrigatoriedade da fundamentação exauriente em contraponto à fundamentação suficiente – adotada até em então pelos Tribunais Pátrios.

¹¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a

Em um Estado Constitucional, chancelar a conduta do Magistrado que, sob o manto da justificativa de motivação concisa, aniquila o real sentido de motivação é negar eficácia a todo processo de democratização do direito e a supremacia material e axiológica da Constituição, Marinoni afirma:

“De qualquer forma, antes de se adentrar na análise do direito à igualdade diante da jurisdição, é preciso deixar frisado que não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa. O direito ao processo justo é satisfeito com a realização de direitos fundamentais de natureza processual, como o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório. Mas a legitimação da jurisdição não depende apenas da observância destes direitos e nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo aí imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão.” (MARINONI, 2017, online, p.5)

Como já apresentado no decorrer do trabalho, a atividade jurisdicional evoluiu da mera aplicação da lei para a extração da norma jurídica adequada ao caso por meio da atividade interpretativa. Ocorre que, justifica-se a escolha da norma jurídica através da apresentação dos argumentos que se mostrem mais adequados a justificarem a escolha do significado atribuído ao texto legal, de forma clara e racional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, o presente estudo objetivou realizar uma análise sobre o cenário atual de protagonismo do Poder Judiciário, atentando para o seu comportamento ativista, apresentando o cenário que propiciou o seu surgimento e expondo parâmetros e reflexões acerca de suas limitações.

A judicialização da política é um fator que ensejou o maior protagonismo do Poder Judiciário, no entanto, repisa-se que o ativismo não é a consequência lógica da judicialização, visto que ao Poder Judiciário é facultada tanto uma posição de proatividade quanto um agir de autocontenção. O cenário apresentado após a Segunda Guerra Mundial ensejou o nascimento de um novo modelo de constitucionalismo, pelo qual a Constituição passou a ocupar o ápice

do sistema jurídico, princípios e direitos fundamentais foram normatizados e providos de plena eficácia normativa. O Estado Legislativo deu lugar ao Estado Constitucional.

Assim, o Poder Judiciário passou a ocupar o lugar do “*Guardião das Promessas Democráticas*” culminando numa participação mais intensa para concretização dos valores insculpidos na Constituição face ao mau funcionamento do Estado para efetivar e cumprir as políticas públicas.

Ocorre que, o Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de poderes eleitos pela sociedade – Poder Legislativo e Poder Executivo – que precisam ser respeitados e ouvidos para a tomada de decisões políticas por representarem a vontade da maioria e deterem legitimidade para essa função. Aqui, aparecem os parâmetros a serem utilizados pelo Poder Judiciário a fim de legitimar sua atuação ativista.

Neste contexto, nasce a ideia de que a atuação judicial pode se mostrar aparentemente contrária a ideia de democracia representativa, através de um papel contramajoritário. No entanto, essa suposta aparência pode ser afastada diante no cenário fático atual de crise de representação política, no qual a representatividade democrática tem encontrado óbices em representar efetivamente a vontade popular da maioria, considerado o incontestável quadro contemporâneo marcado pela corrupção e por interesses privados.

O Poder Judiciário passou a ocupar um espaço de representatividade dos anseios sociais em detrimento do Poder legislativo já que altera-se o paradigma de que o Legislativo expressa o sentimento da maioria.¹²

Encontrando-se comprometida a representatividade popular, à revisão judicial incumbe o papel de resgatar a interpretação do sentimento majoritário. No entanto, se for vislumbrado o caráter real contramajoritário da decisão judicial, esta se tornará legítima se atender a voz da minoria no que tange a seus direitos fundamentais, caso contrário estaremos diante de uma decisão ilegítima e arbitrária.

Não se pode atribuir ao Poder Judiciário um poder ilimitado, sob pena de atentar contra sua própria essência democrática. A atividade judiciária também deve comprometer-se com os ditames constitucionais para que possua legitimidade, ao Magistrado não é permitido o julgar com base em seus próprios valores.

¹² Neste sentido, se torna necessária uma releitura da doutrina que aponta o caráter contramajoritário das decisões judiciais, sob o argumento de que os integrantes do Poder Judiciário não são investidos de mandato representativo, portanto despidos da legitimidade democrática inerente aos agentes políticos. (BARROSO, Luis Roberto. A Razão sem voto: O Supremo Tribunal federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas públicas, Brasília, v.5, número especial, 2015, pg.41.)

O Princípio da Motivação das Decisões Judiciais revela a necessidade de exposição pelo Magistrado das razões que o levaram a proferir aquela decisão, compreendendo dentre elas as questões de fato, de direito e as provas produzidas nos autos. A atividade jurisdicional é uma atividade argumentativa. Ao optar por uma determinada valoração deve o intérprete justificar a opção realizada a fim de respeitar a relação entre as partes e o Estado-Juiz, visão endoprocessual. Numa visão extraprocessual, a fundamentação assegura a legitimidade da atuação frente à sociedade que acredita na imparcialidade da instituição e na lisura de suas decisões.

Conforme já exposto, ao Judiciário é incumbida a tarefa de aplicar a razão pública através de sua atividade interpretativa da Constituição, não havendo espaço para fundamentar suas decisões em convicções íntimas e valores pessoais. Os Juízes devem valer-se dos valores políticos insculpidos naquela sociedade. E a motivação é a forma de transparecer esses valores ao controle social e tornar a decisão em consonância com a democracia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44428/26015>.

BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal federal e o Governo Da Maioria. In. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, vol.5, Número Especial, 2015.p. 23-50. UniCeub.

BOBBIO, Norberto, 1909. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito./ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra, tradução e notas Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

_____. Informativo 497 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível no endereço <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1308830&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> . Acesso em 19.08.2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional. Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 19 mar. 2006

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/O-Precedente-na-Dimens%C3%A3o-da-Igualdade.docx> . Acesso em 18.05.2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. O Novo Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Guilherme Peña. Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: Reflexões sobre a Judicialização, o Ativismo Judicial e a Autonomia Processual da Justiça Constitucional. In. RÊGO, Werson (Org.). Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário Velloso. 1ed. Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2017.

RAWLS, John. O Liberalismo Político. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

SALOMÃO, Luis Felipe. Segurança Jurídica e o Sistema de Precedentes no Novo Código de Processo Civil: Desafios e Tempos de Incerteza. . In. RÊGO, Werson (Org.). Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em

homenagem ao Ministro Carlos Mário Velloso. 1ed. Rio de Janeiro, LMJ Mundo Juridico, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.26ªed. São Paulo: Malheiros,2006.

SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. O (DES)CAMINHOS DA JURISDIÇÃO. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Courte: 1947. Fortune Magazine.