

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

ANDREA ABRAHAO COSTA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

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 Napolini - 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 - Unicuriúba – 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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Andrea Abrahao Costa; Paulo Roberto Barbosa Ramos. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-687-1

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

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

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Constituição e Democracia II, coletânea de artigos apresentados durante o XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 14 a 16 de novembro de 2018, apresenta uma qualificada síntese sobre as principais discussões travadas atualmente no Brasil que orbitam em torno dos significantes constituição e democracia. Todos os artigos apresentados possuem conexão direta ou indireta não somente com o tema central da coletânea, mas também entre si, uma vez que estão comprometidos com mecanismos voltados a garantir a perenidade do texto constitucional de 1988 e a criar tanto condições para um processo maior de participação dos cidadãos no processo decisório, quanto reais condições materiais para que aquele ultrapasse a linha do formal. Pois bem. Os artigos tratam da tecnologia para garantir o controle do desempenho da atividade parlamentar, como também a respeito do princípio federativo, essencial para a descentralização do exercício do poder, notadamente em países com grandes extensões territoriais e diversidade culturais, como é o caso do Brasil; globalização e democracia, fenômeno que tem impactado sobremaneira na dinâmica de vida de todos os povos do planeta; ativismo judicial, questão que assumiu grande relevância na sociedade brasileira diante da atuação questionável do Supremo Tribunal Federal, que se impôs, nos últimos anos, como árbitro de crises políticas nacionais, ocasionadas por certas incoerências decorrentes do próprio texto constitucional e de atitudes não aceitáveis de agentes do executivo e legislativo; direitos humanos, temática de grande relevância para a garantia da dignidade da pessoa humana, mas que precisa ser melhor trabalhada e compreendida na sociedade brasileira, de modo a garantir de forma efetiva a integridade moral e física do ser humano e, finalmente, a experiência de nações mais desenvolvidas, a exemplo dos EUA, que lançaram mão da Suprema Corte para desempenhar, dentro de um Estado Federal, mecanismo de controle em relação aos poderes tirânicos eventuais do executivo, legislativo ou mesmo de maiorias ocasionais. Portanto, todos os artigos estão sintonizados com as preocupações do nosso momento histórico, razão pela qual devem ser lidos com atenção, de modo a tornar os debates sobre as questões abordadas ainda mais qualificados.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Profa. Dra. Andrea Abrahao Costa – FESPPR

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.

**DO ESTADO SOCIAL PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – A
FORMAÇÃO DO JUIZ “BOCA” DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL**

**THE SOCIAL STATE TO THE DEMOCRATIC STATE OF LAW - THE
FORMATION OF THE JUDGE "MOUTH" OF THE CONSTITUTION IN BRAZIL**

Danielle Rebelato Foscarin ¹

Resumo

Com o advento do regime democrático o Poder Judiciário assume funções inéditas, incompatíveis com a estrutura jurídica do Estado Liberal. Essa mudança paradigmática no raciocínio jurídico tradicional passou a exigir do Estado uma postura mais ativa, alterando também a função do Poder Judiciário. Nesse pensar, esse artigo tem como objetivo analisar a nova função que assume o Direito, a função de desvelar o significado dos valores constitucionais onde o juiz “boca” da Constituição passa a ser considerado importante elo entre a lei e a sociedade e, também, responsável pela manutenção dessa relação de equilíbrio.

Palavras-chave: Democracia, Constituição, Protagonismo judicial, Judicialização da política, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

With the advent of the democratic regime, the Judiciary takes on new functions incompatible with the legal structure of the Liberal State. This paradigmatic change in traditional legal reasoning began to demand from the State a more active stance, also altering the function of the Judiciary. In this thinking, this article aims to study the new function that the Law assumes, the function of unveiling the meaning of constitutional values where the judge "mouth" of the Constitution is considered to be an important link between law and society and, responsible for maintaining this equilibrium relationship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Constitution, Judicial exhibitionism, The judicialization of politics, Judicial activism

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo/ UPF

Introdução

Atualmente, o Direito e o Poder Judiciário passam por incertezas e confrontos em seus paradigmas tradicionais¹ vivendo, de certa forma, em “crise”. Vivenciamos um crescente aumento da atuação jurisdicional que, quando exercida de maneira mais ativa, tem causado insatisfações no espaço político deflagrando a chamada crise institucional. Nesse contexto de incertezas e crises, o Judiciário vem assumindo relevante destaque nos Estados de regimes democráticos. A imparcialidade e a inércia do órgão jurisdicional são garantias do próprio Estado Democrático de Direito onde a mínima perspectiva de mudança de tais garantias pode acarretar profundas alterações sociais.

Para entendimento da atual função jurisdicional, o presente estudo pretende abordar, primeiramente, de forma bem singela, o positivismo jurídico no Brasil e o chamado juiz “boca” da lei no período anterior a promulgação da Magna Carta de 1988. Após, falar-se-á da mudança de paradigma que ocorreu na prestação jurisdicional onde questiona-se se houve ou não a superação do positivismo jurídico no Brasil. Por fim, será explanado sobre o “Estado Democrático de Direito” abordando rapidamente a compreensão do protagonismo judicial – este subdividido em judicialização da política e ativismo judicial para, finalmente, discorrer sobre a formação do juiz “boca” da Constituição na ordem jurídica vigente.

A ideia clássica do juiz formal (conforme a lei) já está ultrapassada. Hoje um juiz não pode decidir somente conforme à lei (juiz da legalidade). A própria ideia de juiz constitucional, evidenciada na Carta Constitucional de 1988, como juiz defensor da Constituição no sentido de proteger e concretizar as normas constitucionais nos passa a compreensão de um juiz mais ativo e mais atuante, que decide além da subsunção legal. Estamos diante de um paradigma entre o *ser* e o *dever ser* do papel do juiz na modernidade que vai muito além da crise que o Judiciário tem sofrido. Assim, podemos falar em exercício de democracia dos juízes no Estado contemporâneo?

Contudo, precisamos repensar a atual forma de agir dos juízes primando por uma atuação mais democrática junto ao Poder Judiciário, o que seria possível com a ampliação da participação popular nos processos de discussão e decisão judicial.

É através da Constituição que se revela a primeira manifestação da soberania popular e é através dela também que se estabelecerão os limites dos poderes de criação do juízes de

¹ Adotamos aqui a expressão “paradigmas tradicionais” no sentido de parâmetros válidos de atuação do juiz constitucional dentro de sua atividade funcional.

acordo com a ordem democrática vigente. Estamos diante de um sistema onde a Constituição é o início e o fim do mesmo e, também, é por meio dela que se fará possível o concreto exercício da democracia.

1 Do positivismo jurídico no Brasil

Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário sempre foi visto como um poder à serviço da sociedade cuja principal função era a solução dos conflitos de interesses trazidos pelas partes. Resumidamente, podemos afirmar que, nessa quadra da História, o Judiciário tinha dupla função: *uma*, de ordem pública, que seria a realização do Direito (no sentido de determinar o significado da lei – a vontade do Estado!) e *outra*, de ordem privada, que seria satisfação das demandas apresentadas pelas partes.

Nesse pensar clássico, o Direito se resumia ao princípio da legalidade onde o juiz atuava como um “soldado” da lei - limitado à solucionar os conflitos à ele apresentados. Essa então, foi a era positivista. Uma época caracterizada pelo uso tradicional do direito e de extremo formalismo jurídico onde o juiz era o responsável por ouvir os problemas à ele trazidos e fazer a chamada “subsunção” (encaixe) da lei ao caso concreto - atuando verdadeiramente como um soldado à serviço da lei.

1.1 Do Juiz “boca” da Lei

Na era positivista o juiz era conhecido por ser um juiz “boca” da lei. O juiz “boca” da lei era dotado de passividade e com postura essencialmente decisionista. Sua principal atividade consistia em declarar mecanicamente o direito, valendo-se, tão somente, da lógica dedutiva da interpretação (conforme explanado brevemente acima). Sendo assim, era um juiz neutro aonde não existia a necessidade de haver o enfoque constitucional.

2 Da superação (ou não) do positivismo pelo constitucionalismo - crise paradigmática

Com o advento dos Estados Modernos o “juiz” deixou de ser “órgão livre” da sociedade para ser um órgão estatal, titular de poder jurisdicional e com a responsabilidade de solucionar demandas sociais. Sobre essa questão, Streck (2013, p.38) reflete:

[...] não é possível tratar do assunto sem levar em conta as respectivas rupturas paradigmáticas ocorridas no século XX: do modelo de constituição formal, no interior do qual o direito assua um papel de ordenação, passa-se à revalorização deste, que agora possui um papel de transformação da sociedade, superando, inclusive, o modelo do Estado Social.

Nesse pensar, o direito além de solucionar as demandas à ele apresentas assume o papel de transformar a sociedade ou seja, não cabe ao Judiciário apenas a solução de conflitos de interesses provocados pelas partes e sim, transcender sua função para a preservação dos valores contidos na Carta Magna à favor da sociedade, transformando-a!

É nessa seara que podemos afirmar que houve uma mudança de paradigma na prestação jurisdicional com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que alterou a tradicional expressão “Estado de Direito” para “Estado Democrático de Direito”. Sem embargos, essa mudança significou muito mais que apenas uma mudança de nomenclatura de modelo de Estado. Com ela nasceu um Estado que visa garantir as liberdades civis (respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais) através do estabelecimento de uma ordem jurídica sob a égide de uma democracia. Nesse pensar, o Poder Judiciário deixa de ser apenas aplicador “mecânico” de normas pré-estabelecidas passando a ter a responsabilidade pela realização dos direitos fundamentais, além dos sociais.

De diversa sorte, podemos dizer que foi imposto ao Poder Judiciário uma nova posição na estrutura do Estado. Com o novo modelo constitucional o Poder Judiciário, além de zelar pela aplicação da lei como guardião da Constituição, passa a ter também a função de verificar se as leis são elaboradas de acordo com os mandamentos constitucionais (mediante técnicas de declarações de inconstitucionalidades sem a obrigatoriedade de um litígio).

Assim, a Constituição brasileira de 1988 prevê um modelo de Estado, Constituição e democracia ativista onde ao Poder Judiciário contemporâneo está vinculado aos direitos fundamentais garantidos na Constituição sob dois aspectos: o de *fiscalizar*, quando provocado, a aplicação dos direitos; e o de *zelar* para que as decisões respeitem os direitos garantidos na Constituição. É nesse sentido que abordamos a mudança de paradigma da

prestação jurisdicional. Note-se que a interpretação e o raciocínio tradicional não estão superados mas, foi necessário uma mudança nas categorias tradicionais de interpretação jurídica para adequar à nova vontade constitucional. Esse é também o entendimento de Streck (2013, p.53):

Para se ter uma ideia acerca dessa problemática que envolve o “novo” e o “velho”, vale referir que, estando em vigor a nova Constituição, os cursos jurídicos no País não modificaram sequer seus currículos visando à construção de um imaginário voltado à construção do Estado Democrático de Direito.

É nesse sentido também que tanto se fala em crise de paradigmas pois, mesmo com o advento do Estado Democrático de Direito, os manuais dos cursos jurídicos ainda nem modificaram seus currículos. O Autor acima afirma que os velhos paradigmas teimam em prevalecer. Ainda há obstáculos na superação do positivismo pelo constitucionalismo. Streck refere diversas vezes em sua obra que o Neoconstitucionalismo carece de nova teoria das fontes, de nova teoria das normas e, ainda, de nova teoria da interpretação para ser possível a superação do positivismo jurídico. Além disso, nos incita que a doutrina precisa doutrinar. Ou seja, é preciso, sobretudo, uma atualização dos estudantes e orientadores do Direito para acompanharmos a evolução que passou a nossa legislação. Nesse pensar, acrescenta Streck (2013, p.68):

Não há como negar a ausência de um ensino jurídico adequado ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade dos direitos constitucionais. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista, e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os “operadores do direito” não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora.

Foi também devido aos novos papéis assumidos pelo Direito que o formalismo jurídico foi aos poucos sendo modificado pela criatividade dos juízes. Mas esse poder criativo dos juízes não é “livre”. A Constituição é a responsável por limitar materialmente o exercício criativo dos juízes e tribunais.

Diante do exposto percebemos que o avanço no papel “tradicional” de atuação dos juízes é fruto da nova ordem democrática implementada pela Constituição de 1988. Para que seja possível a concretização dos direitos assegurados por ela nós, operadores do direito, temos muito a que contribuir materialmente construindo novos paradigmas e dogmas. Para isso é necessário interpretar as “novas” Constituições sob o cunho principiológico dos direitos humanos. Nesse sentido, Tavares (2012, p.65-66) reflete que:

Em síntese, percebe-se que a ampliação do espaço “tradicional” do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional¹¹⁰), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero legislador negativo, na expressão cunhada por Kelsen¹¹) foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções.

Para tanto, torna-se imperioso o papel dos novos juristas na construção de um discurso crítico que supere essa crise paradigmática sem acarretar em protagonismo judicial com a justificativa de implementação dos direitos fundamentais.

3 O Estado Democrático de Direito

Com a mudança do Estado Social para o Estado Democrático de Direito na Carta Magna de 1988, houve, na realidade, o reconhecimento da evolução do Estado de Direito com a consolidação do constitucionalismo contemporâneo bem como, a conquista histórica dos direitos fundamentais. Além dos novos e consagrados direitos assegurados nas constituições, as normas constitucionais passaram a ser autoaplicáveis. Streck (2013, p. 115) evidencia que:

No paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, parece não restar dúvida de que houve uma alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições. Seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exurgente desse *plus* normativo representado pela ideia de que a Constituição constitui-ação do Estado.

Nesse pensar, o Estado Democrático de Direito constitui um modelo de Estado que consagra tanto as conquistas liberais e sociais bem como, as conquistas da solidariedade e da comunidade. Com normas constitucionais de caráter compromissório e dirigentes, esse novo modelo de Estado foi criado também para guiar a atuação estatal no sentido de efetivar os direitos fundamentais por ele assegurados. Sobre essa questão, Streck (2013, p. 150) reflete:

Com efeito, a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua

evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos/fundamentais e sociais.

Todavia, para efetivar essa nova realidade houve um aumento funcional do Judiciário que passou a ter mais responsabilidade detendo também a função de desvelar o significado dos valores constitucionais onde o juiz é considerado importante elo entre a lei e a sociedade e, também, responsável pela manutenção dessa relação de equilíbrio assegurando o reconhecimento dos valores constitucionais.

É nesse enfoque que podemos afirmar que houveram grandes mudanças políticas e sociais no Brasil com o surgimento da Constituição de 1988. Também, evidencia-se que houve uma certa aproximação do direito com a política onde questões políticas passaram a ser processadas e julgadas no Poder Judiciário com a justificativa de assegurar os direitos constitucionais. Essa “intervenção” maior do Judiciário pode ser caracterizada também como um reforço ao princípio democrático. Acresce Bonavides (2001, p.22):

Na pirâmide da relevância institucional haverá, com o Estado democrático-participativo, uma transformação substantiva e axiológica do papel do magistrado, decorrente da maior abertura e democratização do Poder Judiciário.

A concepção do juiz intérprete que, ao decidir normatiza, ocorre em substituição daquela do juiz mero aplicador de leis que, ao sentenciar apenas deduz e subsume, segundo o entendimento axiomático-dedutivista do positivismo e da dogmática jurídica tradicional das épocas em que imperava sobretudo o princípio da legalidade.

Ademais, no Estado Democrático de Direito, a função estatal também é uma função transformadora e responsável pela promoção da inclusão, igualdade e justiça social. Nesse prisma, a Constituição surge como um resgate das promessas da modernidade para promover alterações substanciais no espaço público e garantir cidadania ao povo.

Todavia, é preciso ir além da dimensão política-eleitoral para exercer efetivamente a “cidadania” onde o cidadão passa a ter a oportunidade real de participar no planejamento e nos resultados do processo democrático. Vale dizer que além do compromisso com o constitucionalismo (com a preservação dos direitos fundamentais de cada indivíduo) deve haver um compromisso com a democracia no sentido de existência do exercício da opinião popular onde a opinião de cada sujeito tem o mesmo valor que a do outro.

É nesse sentido que o modo de operação do Estado, dentro de um paradigma democrático, deve estar sempre de acordo com a Constituição – esta como carta constituída de um processo aberto de criação a partir de instrumentos que possibilitem a atuação da

sociedade nas suas demandas. Se a Constituição limita o poder do Estado em relação as liberdades individuais, a democracia possibilita a participação dos cidadãos no processo de tomada das decisões políticas. Acresce Gorczewski (2012, p. 226):

A ideia de Estado democrático de direito é o resultado da aproximação conceitual entre constitucionalismo (limitação do poder e supremacia da lei: *rule of law*) e democracia (soberania popular e governo da maioria). Entre o constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.

Assim, além da exigência que o poder estatal tem de agir em conformidade com as regras constitucionais vigentes, também se exige que essas atuações devam ser construídas democraticamente. Esse dever está imposto na nossa Constituição através do princípio democrático proveniente do Estado Democrático de Direito. Esse também é o pensar de Streck (2013, p. 136). Para ele, o direito assume nova feição que é nada mais nada menos que a implementação dos direitos fundamentais-sociais até então sonegados pelo paradigma liberal-individualista-normativista.

Também é importante mencionar que no Estado Democrático de Direito a legalidade ocorre quando há um enquadramento desta com o exercício do que está posto na Constituição. E, numa visão instrumental, a legitimidade das decisões jurídicas será medida pela racionalidade do processo democrático da legislação política onde, quanto maior for a participação da sociedade no processo de tomada da decisão, menor será o controle judicial de alguns aspectos da política. Ao Direito cabe estabelecer os requisitos, limites e procedimentos de atuação das políticas públicas, inclusive evidenciando à correspondência ao elemento democrático. Podemos falar que, nesta nova realidade democrática, há uma interação do direito constitucional com o direito processual (instrumental) onde o processo constitucional torna-se verdadeiro instrumento utilizado na garantia constitucional do acesso à justiça, da liberdade e igualdade material.

3.1 Protagonismo judicial

O protagonismo judicial pode ser compreendido genericamente como uma prestação jurisdicional mais ativa. Parte da nossa doutrina considera o protagonismo judicial como

gênero e a judicialização da política e o ativismo judicial como suas espécies. Para Streck (2013, p.47) tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política fazem parte do gênero protagonismo judicial e não se confundem. A judicialização da política está num movimento migratório do poder decisório próprio do Legislativo ou Executivo para o Judiciário. Já o ativismo judicial, mais agressivo, está na feição promotora dos fins sociais contidos na Constituição ou seja, na busca de soluções para problemas sociais aonde ocorre a impetuosidade decisionista do Judiciário. Nesse prisma, acrescenta Streck (2013, p. 183) que:

[...] se a judicialização da política em países como o Brasil é, ao mesmo tempo, inexorável (porque forjada em um contexto político-social) e contingencial, na medida em que se revela, no mais das vezes, um considerável grau de incompetência do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o ativismo judicial possui um componente comportamental danoso fortíssimo para a democracia, porque desconsidera o argumento jurídico como critério decisório.

Precipuamente podemos mencionar que o protagonismo do Poder Judiciário tem, primeiramente, uma justificativa histórica sendo considerado fruto de um acréscimo da função jurisdicional dos Estados na sociedade. Ainda, podemos concluir que a mudança paradigmática na prestação jurisdicional levou os juízes à migrarem da passividade para a atividade, assumindo uma postura no sentido de solucionar os conflitos (e não apenas de decidir). Nesse pensar, o juiz deve estar conectado à realidade social para desempenhar o papel que a Magna Carta lhe impôs e, para que seja possível concretizar os direitos garantidos pela Constituição, tornou-se imperioso repensar os paradigmas processuais para então compreender e interpretar os novos mandamentos constitucionais.

Contudo, salienta-se que não é sempre que o protagonismo judicial é inaceitável pelo ordenamento jurídico. Sabe-se que o exercício de um parcial protagonismo pode ser considerado como importante elo entre a lei e a sociedade bem como, necessário para a efetivação das normas constitucionais.

3.1.1 Judicialização da política

O fenômeno conhecido por “judicialização da política” nada mais é que a intervenção do Poder Judiciário nos Poderes Executivo e/ou Legislativo em relação às políticas públicas. A judicialização da política é considerada uma forma de protagonismo

mais ampla que o ativismo judicial, pois há uma transferência decisória desses Poderes ao Judiciário que passa a ser protagonista de importantes decisões controversas na sociedade.

Em outras palavras, havendo impossibilidade dos Poderes Executivo e Legislativo satisfazerem algumas demandas sociais, os mesmos passaram a exigir do Judiciário uma solução desses conflitos judicializando suas políticas.

Então, tem-se a necessidade de uma lesão de um direito subjetivo capaz de justificar a intervenção do Poder Judiciário em questões políticas reguladas pela Constituição onde, o Judiciário, geralmente em razão da ineficiência desses Poderes, ultrapassa os limites de sua função jurisdicional buscando a concretização de valores constitucionais.

Conforme mencionado anteriormente, mais que uma tendência, a judicialização da política é necessária em muitas ocasiões para assegurar a realização dos direitos contidos na Constituição.

Ademais, o fenômeno da judicialização como uma das causas de ampliação da intervenção dos tribunais na esfera política funciona como uma superação do próprio modelo tradicional de separação de Poderes do Estado. É nesse sentido que Bitencourt (2013, p. 234-235) afirma que se trata de uma remodelação do princípio tradicional da separação de poderes sendo perfeitamente admissível uma atuação mais abrangente do Judiciário na promoção da democracia:

Enfim, nesse cenário, desenha-se uma nova concepção da relação de poderes, em que o controle como garantia não se realiza apenas no sentido de atribuir à separação de poderes toda a sua expectativa, antes pelo contrário, o constitucionalismo democrático traz em si a necessidade de revisar tal concepção, haja vista que uma atuação mais interventiva na seara do controle por parte do Poder Judiciário pode ser vista como reforço, ou melhor, como condição ao princípio democrático e não como um óbice à separação dos poderes pois, para proteger a Constituição, deverá haver um equilíbrio entre a regra da maioria e os direitos, os valores que esta mesma maioria não pode relegar.

Todavia, não podemos afirmar que à toda ação do Poder Executivo ou Legislativo terá o Judiciário legitimidade para revisão, apenas afirmar que, nenhuma ação tomada pelo Legislativo ou pelo Executivo deve contrariar a Constituição – o que justificaria a intervenção do Judiciário no demais Poderes. E, conforme evidenciado anteriormente, essa intervenção maior por parte do Judiciário vem a reforçar o princípio democrático assegurando a efetivação das normas constitucionais. Nesse sentido, também é o entendimento de Queiroz (2011, p.148):

O princípio da separação dos poderes não resulta abalado, uma vez que agindo o Poder Judiciário no controle da ação ou inação da Administração Pública, está somente exercendo sua competência de resguardar a ordem constitucional estabelecida.

Assim, o Judiciário não deve traçar ou impor diretrizes políticas gerais ao Estado (exercendo funções típicas dos Poderes Executivo/Legislativo) mas deve servir de garantia à manutenção dos direitos e liberdades fundamentais assegurados na Constituição onde a “judicialização da política” não deixa de ser um reforço democrático ao permitir novos instrumentos de defesa e garantia de direitos aos cidadãos.

3.1.2 Ativismo judicial

A expressão “ativismo judicial” entrou em evidência quando passou a ser utilizada para referir a atuação de alguns juízes e cortes norte-americanas que assumiram um papel de destaque em meados do Séc. XX. Porém, o ativismo no Poder Judiciário não é exclusividade do direito americano sendo que, atualmente, sua prática é conhecida e evidenciada em muitos sistemas jurídicos.

O ativismo judicial se caracteriza quando o exercício da função jurisdicional vai além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico o que acaba por levar a uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário. Há ativismo, em poucas palavras, quando os juízes decidem fora do sistema jurídico, como, por exemplo, quando um juiz fundamenta suas decisões em fatos políticos (e não jurídicos). Nesse pensar, o ativismo então seria considerado como o papel “político” dos juízes. Diferentemente da judicialização da política que é a intervenção do Judiciário (ultrapassando também as suas funções jurisdicionais) nos poderes Executivo e Legislativo em questões políticas.

No Brasil, o ativismo judicial tem ocorrido principalmente no Supremo Tribunal Federal que acaba por irradiar suas decisões para os juízes e tribunais inferiores. Nesse pensar, Tavares (20, p.74) acresce que “a ideia de um ativismo nos tribunais está, evidentemente ligada ao grau de discricionariedade que se reconhece à atividade jurisdicional, especialmente quando é apresentada sob rótulo da interpretação constitucional” remetendo-nos a compreensão de que os juízes e tribunais ultrapassam as linhas da função jurisdicional

para solucionarem conflitos sociais e políticos não solucionados adequadamente sob a égide de cumprimento de normas constitucionais.

Esse é o entendimento que Barroso nos trouxe na publicação de seu artigo *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*²:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

De fato, havendo uma disfunção de outro poder (geralmente do Legislativo), o Judiciário expande sua atuação de forma ativa, exercendo o chamado ativismo judicial. Nesse sentido também entende Ramos (2010, p.129) o ativismo judicial como uma ultrapassagem da função jurisdicional:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Na verdade, quando falamos em “poder criativo” dos juízes, estamos diante de um descompasso entre as normas projetadas pela Constituição e à adequação das mesmas com a sua função jurisdicional. Esse “voluntarismo” dos juízes é camuflado pelas normas constitucionais onde o juiz, interpretando um texto constitucional, na maioria das vezes, justifica-se por ampliar sua interpretação devido a existência “aparente” de omissão legislativa. Nessa esteira, cabe trazermos à baila os ensinamentos de Gomes em artigo publicado na revista jurídica *Conteúdo Jurídico*³, segundo o qual o ativismo judicial retrata:

[...] uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz ‘cria’ uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem nos tratados, nem na Constituição.

Todavia, essa “criação” deve ser exercida com parcimônia, estando de acordo com o ordenamento jurídico vigente. A decisão jurisdicional “correta” seria aquela proveniente da

²BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [S.I.], [200-?]. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

³GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?** Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

abertura do processo de interpretação voltado à deliberação pública onde a troca de informações e conhecimentos permitem dar maior legitimidade às decisões judiciais. Nesse sentido, se ampliaria o horizonte de interpretações dos juízes possibilitando uma maior adequação de suas decisões ao processo democrático de questões importantes do interesse público evitando arbitrariedades e decisionismos na atuação judicial. Além disso, é imperioso destacar o papel dos doutrinadores que são, na verdade, os responsáveis por censurar as decisões do Judiciário que são tomadas por motivos políticos, ao invés de princípios jurídicos.

3.2 Juiz “boca” da Constituição

Conforme referido anteriormente, a Constituição de 1988 significou um avanço no papel de atuação dos juízes para que seja possível a implementação e concretização dos novos direitos assegurados na Carta Constitucional. Com o Estado Democrático de Direito o juiz passou a ter o dever de julgar conforme os critérios de justiça plasmados na Constituição atuando como um intérprete da Constituição, por isso a denominação de juiz “boca” da Constituição. Cabe à ele encontrar a melhor solução possível ao caso concreto compenetrando-se na missão precípua de tornar efetivos os mandamentos constitucionais. Para Bonavides (2001, p.22):

O juiz da democracia participativa não será, como no passado, ao alvorecer da legalidade representativa, o juiz “boca da lei”, da imagem de Montesquieu, mas o magistrado “boca da Constituição” e do contato social, aquele que figuraria decerto na imagem de Rousseau redivivo.

Assim, houve um aumento no dever de fundamentação/argumentação jurídica devendo o juiz reconduzir sua interpretação à uma norma constitucional que lhe sirva de fundamento. Trata-se de uma interpretação construtiva que acaba por integrar o sistema, intérprete e o problema devendo o juiz-intérprete buscar sempre a melhor solução que produza o melhor resultado para a sociedade unindo o “formal” ao “real”. É um juiz que legisla entre as partes (legislador por excelência), combinando a doutrina com a realidade, o que acaba também por dissolver as antinomias do positivismo.

Podemos afirmar que o juiz “boca” da constituição também é um juiz com liberdade interpretativa mas, que os limites dessa liberdade estão dentro da própria ordem

constitucional. A “vontade” do juiz é, na verdade, irrelevante pois ele precisa encontrar na própria ordem jurídica fundamentos para a sua resposta. E, a resposta vai depender do caso concreto! É o caso concreto que vai fazer uma vinculação com a norma jurídica, sobretudo, com o enfoque constitucional.

Ademais, em cada caso concreto, os juízes são obrigados a verificar se as condições que fundamentaram o processo democrático foram satisfeitas confirmando a validade e legitimidade do processo de elaboração das leis. É também o juiz da legitimidade (anteriormente, no positivismo jurídico, era conhecido por ser o juiz da legalidade). Nesse sentido, a atuação do juiz deve ser sempre no sentido de ampliar o processo democrático requerendo maior liberdade de atuação, participação e de oportunidades. Essa é uma visão instrumentalmente democrática. Contudo, os juízes “boca” da Constituição estão vinculados à Lei, à Constituição e ao Princípio Democrático do Direito.

Todavia, dentro de uma era “pós-moderna” e, diante da atual crise no Judiciário, urge o fortalecimento deste Poder através de mudanças institucionais e, principalmente, de alteração na mentalidade dos juízes para “além” da modernidade havendo uma adequação das instituições jurídicas às novas exigências sociais com a finalidade de resgatar as promessas incumpridas da modernidade.

Considerações finais

Diante do caráter “construtivo” da ciência jurídica e diante dos novos contextos sociais, os tradicionais paradigmas jurídicos necessitam ser revisados na tentativa de construção de novos modelos de racionalidade democrática condizentes às questões fundamentais da sociedade moderna. É essa atividade construtiva que nos leva ao direito como integridade na busca pela melhor justificação possível da prática jurídica como um todo gerando um aumento qualitativo das produções jurídicas e, sobretudo, das decisões judiciais.

Com a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de supremacia material e axiológica, os atuais juristas devem exercer uma práxis fundada nas bases de uma nova cultura, com uma nova função social, humanista, pluralista, multidisciplinar para então, realizarem o Direito atual e correspondente à nossa realidade fática. O juiz contemporâneo deve realizar sua interpretação construtiva advinda de um entendimento comum que é fruto da

comunicação pública de todos cidadãos. Nesse pensar, o Poder Judiciário tem o papel de preservar o processo democrático e de promoção dos valores constitucionais.

Como visto, exige-se um papel mais ativo por parte do Estado onde o juiz deve se libertar do princípio da legalidade preocupando-se mais com a realização das finalidades políticas contidas na Constituição. Além disso, o juiz contemporâneo também tem a função de orientação geral do Estado no cumprimento e concretização dos direitos fundamentais o que legitima a “intervenção” judicial nos demais Poderes que violem a Constituição. Todavia, isso não significa que trata-se de uma instância exclusiva e autossuficiente da Constituição. Há limites constitucionais nessa criação e atuação que devem ser respeitados e observados pelos magistrados.

Por fim, a atuação do juiz constitucional não deve ser apenas reprodutora da lei. Cabe à ele, em razão do princípio democrático e dos direitos fundamentais, encontrar a melhor solução possível ao caso concreto compenetrando-se na missão precípua de tornar efetivos os mandamentos constitucionais.

Finalmente, salienta-se que importante papel também permeia à crítica doutrinária devendo esta contribuir com o Poder Judiciário na busca por parâmetros entre a criatividade e a ousadia dos magistrados na interpretação do texto constitucional adequando-os à realidade por meio do exercício de uma democracia instrumental.

Referência das fontes citadas

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [S.I.], [200-?]. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF Está Assumindo um "Ativismo Judicial" sem Precedentes?** Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

GORCZEVSK, Clovis (org). **Constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas/organização de Clovis Gorcevski e Mônia Clarissa Heninng Leal**. Curitiba: Multideia, 2012.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na constituição brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, Andre Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.