XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Argemiro Cardoso Moreira Martins, Grasiele Augusta Ferreira Nascimento, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-213-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado "CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II" do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília nos dias 06 a 09 de julho de 2016.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, apresentaram reflexões sobre a democracia, a concretização de direitos, os direitos fundamentais, o papel dos dos Tribunais Superiores, a relação entre poderes e o Estado Democrático de Direito.

Foram apresentados, ao todo, 26 (vinte e seis) artigos, de excelente conteúdo, conforme relação abaixo:

PODER DE AGENDA E ESTRATÉGIA NO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO LIMINAR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.070 E Nº 34.071

A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A CIDADANIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL SEM FACE: O EXEMPLO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

A LUTA POR RECONHECIMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRÓ-HAITI: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA HAITIANOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

AS VICISSITUDES NA PRÁXIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IMPEDITIVO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E A DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE

PUNIÇÃO E LIBERDADE: SOBRE FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE KANT E SANTIAGO NINO

RELAÇÃO ENTRE PODERES: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO LEGISLATIVO NO ÂMBITO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE/MG

REPENSAR O PODER JUDICIÁRIO E O SEU LIMITE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO HARMÔNICA.

RESGATE DO "RADICAL" NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: (RE) PENSANDO O EXERCÍCIO DO PODER

SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DAS URNAS

A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: EXEMPLO DE EVOLUÇÃO RACIONAL OU INVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO AMBIENTAL

A CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DE NORMAS PENAIS NÃO INCRIMINADORAS NA ESFERA JURISDICIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA

LIMITES DO ESTADO LAICO: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DOAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM FAVOR DE ENTIDADES RELIGIOSAS

O PAPEL DA LIBERDADE NA DEMOCRACIA DE TOCQUEVILLE.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA, DO JOVEM E DO ADOLESCENTE: INCLUSÃO SOCIAL E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

LEI ANTITERRORISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONFLUÊNCIA DOS MODELOS DISPOSITIVOS E INQUISITIVO DO PROCESSO CIVIL OPERADA PELO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A (IN)EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ALGUMAS DE SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

UMA ANÁLISE DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO FRENTE À PERSPECTIVA DO CONFLITO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E PARTICIPAÇÃO: UM MODELO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO SUSTENTÁVEL

Desejamos uma excelente leitura!

Brasília, julho/2016

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)

Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Argemiro Cardoso Moreira Martins -Universidade de Brasília

REPENSAR O PODER JUDICIÁRIO E O SEU LIMITE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO HARMÔNICA.

RETHINKING THE JUDICIARY AND ITS LIMITS IN STATE LAW DEMOCRACY: A NECESSARY RELATIONSHIP HARMONIC.

Ricardo Augusto Bragiola [1]

Resumo

O presente trabalho abordará a problemática e conflituosa relação existente entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Em particular, enfocaremos no Poder Judiciário em aceitar o império da lei ou o Brasil em aceitar o império do Poder Judiciário em dizer a lei (como bem entende, com um mix moral-político ao sabor do decisionismo dos julgadores). Assim, o ideal do Estado Democrático de Direito é respeitado se se distingue claramente entre aquilo que o legislador impôs como norma e aquilo que um intérprete apresenta como razões para uma determinada interpretação por meio de uma fidelidade à lei.

Palavras-chave: Crise estatal, Harmonia entre os poderes, Leitura constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the problems and conflictual relationship between the Legislative and Judiciary. In particular, we focus on the judiciary to accept the rule of law or Brazil to accept the judiciary empire in saying the law (as it pleases, with a moral-political mix the taste of decisionism of the judges). Thus the ideal of a democratic state of law is respected if it clearly distinguishes between what the legislator has imposed as the norm and what an interpreter present as reasons for a particular interpretation by a fidelity to the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State crisis, Harmony between the powers, Constitutional reading

[1] Doutorando pelo ITE – Bauru/SP, na área de concentração de Sistema Constitucional de Garantia de Direito. Especialista em Direito Empresarial pela FGVLaw - Ribeirão Preto/SP. Advogado e professor universitário.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo discorre sobre a conflituosa relação existente entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Em particular, enfocaremos no Poder Judiciário em aceitar o império da lei ou o Brasil em aceitar o império do Poder Judiciário em dizer a lei (como bem entende, com um *mix* moral-político ao sabor do subjetivismo dos julgadores), pois no primeiro cenário, a lei será levada a sério ou, no outro cenário, o Poder Judiciário trabalhará para moldar os quadrantes da lei, mas podendo destoar em uma verdadeira *juristocracia*[1], como uma farsa e embuste da "justiça", pelo que o Poder Judiciário não tem o papel constitucional de governar o país, mas sim ser mais um (dentre outros) dos Poderes constituídos. Neste contexto, questiona-se: o juiz resolve(rá) (todas as) crises do cumprimento da lei ou as criam, sem, contudo, imparcialidade, racionalidade e limite institucional? A dúvida de Paulo Ferreira da Cunha[2] é atualíssima para com o cenário brasileiro: "*Será o Estado, hoje, uma pessoa de bem, capaz de garantir a isenção e independência que garantam o não exercício da vingança pelo monopólio da coação?*" Infelizmente, no Brasil, eis que as respostas para as indagações acima estão contidas na problemática da *juristocracia,* ou melhor, na *supremocracia*[3].

Por isso mesmo, a atitude de todos os envolvidos, dentro do *devido processo legal*, é que mostrará que ninguém está acima da lei. Como ensina Lenio Luiz Streck, faz-se necessário "leis que governem os homens... e não homens que governem as leis". Ainda, referido jurista cita que:

> O princípio da imparcialidade pressupõe uma série de outros pré-requisitos. Supõe, por exemplo, que [o juiz] seja discreto, que tenha prudência, que não se deixe se contaminar pelos holofotes e se manifeste no processo depois de ouvir as duas partes [...]. O Poder Judiciário tem que exercer seu papel com prudência, com serenidade, com racionalidade, sem protagonismos, porque é isso que a sociedade espera de um juiz. [...] o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e

---

[1] Ran Hirschl define esse processo como "juristocracia" (juristocracy) a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário. Tal fenômeno é acompanhado e alimentado por uma mudança na ideologia jurídica, consistente em uma crítica crescente realizada pelas principais elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária que define a democracia em sua dimensão popular. Cf. HIRSCHL, R. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004 *apud* GARRIDO, Alexandre (*et. al.*). *A função legislativa do Supremo Tribunal Federal e os Partidos Políticos.* Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. V. 1, n. 3 (Edição Especial), dez. 2008, Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2008, p. 52.

[2] CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito constitucional e fundamentos do direito – Diálogos interdisciplinares.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 81.

[3] VIEIRA, O. V. *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. Valor Econômico. 06 de novembro de 2007.

do Estado Democrático de Direito. EMENTA DO ACORDÃO DA OPERAÇÃO SATHIAGRAHA – HC 149.250 - SP - Rel. Min. Adilson Macabu.[4]

É preciso investigar, dentro do *devido processo legal*, antes de legislar. A linha que separa a investigação da perseguição é tênue. Isso já foi demonstrado por Victor Hugo em "Os Miseráveis" e, no Brasil, os magistrados, representantes primários do Poder Judiciário, passa(ra)m desta linha por inúmeras vezes. Não se pode confundir divergência com deslealdade, sem contar os atos ilegais, cometidos pelos magistrados, contrários a própria Constituição Federal.

Vale lembrar que uma acusação não equivale a uma prova e que, para condenar, é preciso seguir o devido processo legal previsto constitucionalmente. Não vamos nos deixar temer uns aos outros. Não seremos levados pelo medo a uma era de insensatez e, o presente artigo, vem justamente para repensar o Poder Judiciário dentro do Estado Democrático de Direito. E, se examinarmos a nossa História e a nossa doutrina, nos lembraremos de que não descendemos de homens temerosos que tinham medo de escrever, de se associar, de falar, nem temiam defender causas que, num dado momento, foi impopular.

Por isso o presente trabalho evidencia a urgência de não ficar calado, para quem se opõe aos métodos da tirania do Poder Judiciário ou para aqueles que os aprovam, já ocorridos, os quais constituem, sem dúvida, uma grande preocupação (e exclusão) social. Podemos negar nossa herança ou nossa história, mas não fugir das responsabilidades pelas consequências. O Estado Democrático de Direito proclama e defende a liberdade dos cidadãos e os limites dos detentores do Poder, onde quer que eles existam no mundo. Atos do Poder Judiciário provocam alarme e espanto e deixam a Constituição e a harmonia dos Poderes um tanto quanto abalados, fragilizando tanto a segurança nacional quanto os direitos fundamentais. A culpa não é da Constituição, mas daqueles que exploram "o medo" com bastante sucesso.

A Constituição Federal de 1988, no título I, dos *princípios fundamentais*, em seu artigo 2º, diz que "*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"*. Entretanto, não são raras as vezes que os Poderes (em especial o Poder Judiciário) atuam com muita mais independência do que aquela dada pela Constituição Federal, o que resulta em uma verdadeira crise do Estado Democrático de Direito.

Como dito por Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, a República brasileira ainda engatinha, pois:

---

[4] STRECK, Lenio Luiz. *Nas escutas, juristas se revelam mais moristas do que o próprio Moro.* Disponível para acesso no *site* em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-21/lenio-streck-escutas-juristas-revelam-moristas-moro. Acesso em 22 de março de 2016, às 15h10m.

> Nosso Poder Executivo, desde o exórdio da vigência da Constituição de 1988, se põe a legislar através de medidas provisórias, substituindo inconstitucionalmente o Legislativo, ao invés de concentrar-se em seu dever de bem administrar. O Legislativo, por sua vez, transformou-se numa grande delegacia de polícia com suas CPIs circenses, deixando de cumprir adequadamente sua primordial função de produzir a mais de centena de leis que ainda faltam para regulamentar os direitos e dispositivos de nossa Constituição. O Judiciário não é exceção, tornando-se uma fábrica de decisões, liminares e provisórias, produzindo sentenças e acórdãos finais após anos, por vezes mais de década, de demora. E sabemos que justiça que tarda é injustiça! No tocante ao Judiciário, a situação de precariedade republicana se acentua quando observada a questão no âmbito penal das prisões provisórias e preventivas como formas de satisfação da opinião pública em relação à pretendida inexistência de "impunidade" em casos mais rumorosos. Tal modalidade de aprisionamento cautelar das pessoas é fundada em conceitos legais extremamente indeterminados como "ordem pública", "garantia de aplicação da lei" etc. A indeterminação conceitual se põe, a nosso ver, em inequívoco conflito com o direito constitucional ao devido processo legal com seu consequente direito à ampla defesa. À primeira vista, ressalta de tais circunstâncias uma inconveniente e abusiva autoridade que se deposita na mão do juiz para decidir pelo aprisionamento de alguém, sem antes proceder à adequada investigação dos fatos e ouvir os argumentos em defesa do acusado. Para ampliar a dimensão do equívoco, a título de interpretar a expressão "ordem pública" como estímulo à prisão cautelar, parcela significativa de nossa jurisprudência tem admitido prisões com base em "clamor público", "exemplaridade" e "inquietação social". [...] O caso que merece atenção da mídia encontra nesta mesma atenção motivo para justificar a supressão da liberdade das pessoas sem sua prévia defesa e sem a necessária e ponderada apuração dos fatos.[5]

Neste ponto, muito embora venha ocorrer uma crise institucional, a Constituição de 1988 tem um espírito *garantista de direitos em sua matéria e forma*, ou seja, independentemente da crise estatal (entre os Poderes constituídos) os direitos fundamentais devem prevalecer[6]. Neste passo, toda vez que se atropela o que está previsto em uma norma constitucional, eis que se colocam em segundo plano as liberdades constitucionais e até mesmo o próprio Estado Democrático de Direito. Ninguém está acima da lei ou deve atuar à margem da lei, pois fora da lei não há salvação e muito menos na "bondade" do julgador.

A correção de rumos deve ser pelas Instituições constituídas e de acordo com a Constituição e não ao sabor das paixões, pois somente assim haverá uma aproximação dos fins constitucionais aos resultados fáticos e jurídicos, de modo que o direito constitucional e a justiça social não fiquem esquecidos ou previstos tão somente em uma folha de papel ou menos que isto, mas sim que haja um cumprimento da normatização dirigente da Constituição

---

[5] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *A justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania.* 1. ed. São Paulo: Alameda, 2015, p. 320 e seguinte.

[6] "A Constituição é o Estatuto do Governo, o qual é uma Instituição, com regulamento, lei interna, estatuto, onde o uso do Poder tem limites, constitui abuso intolerável, porque é ofensa à liberdade própria do ser humano. É preciso lembrar que as Constituições resultaram de uma longa evolução histórica, de uma longa luta do povo contra o absolutismo nos monarcas. As Constituições são o coroamento das insurreições dos governados contra a prepotência e o arbítrio dos governantes. [...] O Poder Público arbitrário foi substituído pelo Poder Público limitado pelos chamados Direitos do Homem ou Direitos Humanos." TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional.* São Paulo: Saraiva, 1986, p. 4 e seguintes.

Brasileira dentro da referida problemática, tendo em vista que há uma real ameaça de ruptura constitucional ou de ruptura social.

Para se combater Poder(es) abusivo(s), faz-se necessário uma cidadania esclarecida que requeira sobremaneira o acesso à justiça plena no devido processo legal com vistas a proteção dos direitos fundamentais, pois do contrário, a história se vingará e nos fará pagar, o que justifica, por si só, a importância do presente estudo.

2. O FLÁGELO DA DEMOCRACIA E O ERRO DO PODER (EXCLUSIVO NO) JUDICIÁRIO

Nesta quadra da história, é possível verificar, de um lado, o contingente de pessoas que vivem nos dias de hoje sob o regime democrático (referindo aos regimes nos quais os governos são produto da soberania popular, aferida em eleições periódicas com liberdade política) e, de outro lado, a inevitabilidade da desconstrução dos paradigmas que orientaram a construção dos saberes e das instituições da modernidade, vislumbrando-se possibilidades de constituição de formas e fórmulas outras que assegurem os fundamentos civilizatórios do processo democrático e das conquistas sociais, segundo José Luis Bolzan de Morais[7].

Entretanto, ainda hoje é possível constatar que não foram encontradas respostas adequadas aos problemas gerados pelo Poder, muito menos uma solução legal e normativa capaz de erradicar o seu uso abusivo no Estado Democrático de Direito. Há, evidentemente, um alargamento espacial da democracia, porém, vem comprovando que, se é verdade que os totalitarismos não resolvem de maneira duradoura as questões sociais mais graves, não há evidências de que a prosperidade e a justiça social sejam promovidas pela democracia como uma consequência direta. Pobreza e liberdades políticas podem ser compatibilizadas pelo controle social fundado em aceitações culturais e na manipulação de informações. Ou mesmo no recurso à força legalmente exercida em momentos especiais de instabilidade ou até mesmo em outras formas de autoritarismo como uma "lamentável" necessidade.

Neste contexto, são precisas as palavras de Norberto Bobbio, ao dizer que "nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia"[8] e é justamente aqui o ponto que é necessário chamar a atenção da sociedade para voltar os olhos para com o próprio Poder

---

[7] MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 10. e seguintes.

[8] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 27.

Judiciário, do qual, em um Estado Democrático de Direito, não possui qualquer limitação[9]. Por isso mesmo, Ruy Barbosa, em sua celebre frase, já advertia que "a pior ditadura é a do Poder Judiciário".

A democracia, construída como um conjunto de formas e ritos, pesos e contrapesos, violentados pela imprevisibilidade, eis que poderia, conforme Tarso Genro[10], descambar para o totalitarismo, onde a indeterminação e imprevisibilidade constrangem o espaço democrático possível. Por isso, em nome da segurança democrática devemos refrear a radicalidade de qualquer impulso utópico, em especial do próprio Poder Judiciário, já que este só pode fundar-se numa subjetividade e *decisionismo* que serão puras "aventuras" do espírito.

E por isso mesmo, eis que as palavras de Gisele Cittadino[11] se encaixam muito bem neste contexto, pois a ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transformam em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas. Ainda, a autora diz que confundir a política com o direito é certamente um risco para qualquer sociedade democrática e que é necessário uma responsabilidade democrática dos juízes quando se debate o tema da judicialização da política, pelo que a força do direito apoia-se na ideia da autonomia e dos direitos dos indivíduos.

---

[9] Ivar Hartmann sintetiza alguns poderes ilimitados do Supremo Tribunal Federal, a saber: O "timing" das decisões do plenário é um elemento decisivo e pouco conhecido pela sociedade. O Supremo pode decidir uma liminar em 20 horas (ADI 4.698) ou em 18 anos (ADI 1.229). Não há qualquer regra sobre isso. Não há qualquer mecanismo de freio ou contrapeso. Atualmente, o tribunal pode escolher se irá decidir o pedido de afastamento de Eduardo Cunha na semana que vem ou no final do ano. [...] Dados do projeto Supremo em Números [http://www.fgv.br/supremoemnumeros/] mostram que, entre 2009 e 2013, 98% das decisões de mérito e liminares foram individuais. Assim foram as decisões monocráticas de Gilmar Mendes e Teori Zavascki sobre a questão do foro competente para julgar Lula. Separadas por quatro dias e aparentemente conflitantes. Ambas garantindo que, por algum tempo, a posição pessoal do ministro se torne a posição oficial do Supremo. A de Zavascki foi confirmada. Quando será a de Gilmar? O que poderia fazer o presidente da corte, o ministro Ricardo Lewandowski? Nada. Cada ministro dispõe de um conjunto de prerrogativas que lhe permite fazer todo o Supremo pender ora para o holofote, ora para a sombra. [...] Em setembro de 2014 o ministro Luiz Fux decidiu sozinho que os 16 mil juízes brasileiros devem receber R$4.377 reais mensais de auxílio-moradia. Nunca levou sua liminar para avaliação dos colegas. Até agora, Fux custou R$1,25 bilhões aos cofres públicos. Nenhum deputado ou senador é capaz de impactar o orçamento unilateralmente nessa magnitude. Disponível para acesso no *site* eletrônico: http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/04/1756464-com-regras-discutiveis-supremo-tribunal-federal-ganha-projecao.shtml. Acesso em: 04 de abril de 2016, às 14h10m.

[10] GENRO, Tarso. *Crise da democracia: direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 15.

[11] CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In:* VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17.

Neste sentido, além da falta de limite do Poder Judiciário, a sua politização traz um problema de difícil solução, tendo em vista que a expansão tecnológica e as possibilidades de ação por ela propiciadas, ao se multiplicarem as possibilidades de consumo na sociedade de massas, fazem da política, ela própria, um bem de consumo, resultando em um verdadeiro marketing de manipulação política da própria política e, por sua vez, o Poder Judiciário viverá um paradoxo que, em sua neutralidade torna-se, ela mesma, politicamente contaminada, passando a sustentar-se por meios políticos, como a busca de opinião pública, a geração de consenso popular, a manutenção da imagem (o juiz que busca a vontade do povo), a busca de prestígio (a decisão de repercussão nacional, a entrevista na TV) etc.

No entanto, nisso tudo, fica o risco, por conta de uma rendição do Judiciário à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objetivo de consumo e, também, ao sabor das paixões consumistas que, na maioria das vezes, prima pela crueldade e exploração do medo. Nesta linha, Tercio Sampaio Ferraz Júnior já preconizava que a politização do Judiciário, neste sentido, é diferente da politização do Legislativo ou do Executivo, pelo que:

> Diante de um Judiciário neutralizado, aqueles dois poderes produzem normas, mas não criam o direito. O poder político valoriza e desvaloriza direitos, ao lhes alterar a força de obrigatoriedade. Pode até usar e abusar deles. Os produtos normativos oferecidos pela atividade política do Legislativo e do Executivo não passam, porém, de mercadorias: têm valor de uso e valor de troca, mas não têm valia, isto é, não possuem valor em si. A neutralização política do Judiciário é que institucionaliza a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetivos jurídicos. Ora, com a politização da justiça, tudo passa a ser regido por relação de meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde o seu sentido de prudência, pois sua legitimidade deixa de repousar na concórdia potencial dos homens, para fundar-se em uma espécie de coerção: a coerção da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria[12].

A função judiciária, por óbvio, é essencial a toda organização política, mas os integrantes do Poder Judiciário não podem esquecer-se da função primordial de manter a paz e justiça às populações mais pobres, e não inadvertidamente ser a espada da opressão, mas muito pelo contrário, ser sim a própria proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista que não se cumpre justiça com injustiça, muito embora a realidade brasileira infelizmente tenha sido assim, segundo Fábio Konder Comparato[13], onde o corpo de magistrados, entre nós,

---

[12] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 409.

[13] COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no Brasil. In:* ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de; CAGGIANO, Monica Herman; LEMBO, Claudio (Coord). *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI:*

sempre integrou de modo geral os quadros dos grupos sociais dominantes, partilhando integralmente sua mentalidade, vale dizer, suas preferências valorativas, crenças e preconceitos, o que contribuiu decisivamente para consolidar a duplicidade funcional de nossos ordenamentos jurídicos nessa matéria. Ou seja, nossos juízes sempre interpretaram o direito oficial à luz dos interesses dos potentados privados, mancomunados com os agentes estatais, sem qualquer pudor, como um Poder único e autoritário que interpreta a lei sem qualquer adequação da resposta para com a Constituição, pelo que então, neste ponto, trataremos no próximo tópico.

3. INTERPRETAÇÃO NA LEI E NÃO INTERPRETACIONISMO

Hoje, muito se ouve falar em crise, comparando-se a presente situação com a Grande Depressão de 1929. Contudo, ao que parece, há uma diferença crucial separando nosso mal-estar da derrocada dos anos 1930: já não confiamos mais na capacidade de o Estado resolver os problemas e traçar um novo caminho? Num mundo cada vez mais globalizado, os Estados foram despojados de grande parte do seu poder de moldar o curso dos acontecimentos? O Poder Judiciário e o *devido processo legal* não são mais suficientes para solucionar conflitos? E, assim, se fazem necessárias à volta de julgamentos como aqueles na época da Inquisição e com carrascos e fogueiras?

Como ensina Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni[14], o divórcio entre poder e política produz um tipo novo de paralisia. Ele abala as instituições políticas necessárias para resolver a crise e mina a crença dos cidadãos de que os governos possam cumprir suas promessas. Portanto, o que está em curso é uma crise da democracia representativa e também de soberania do Estado, porém, neste artigo, não adentraremos nesta seara, mas sim na relação que o próprio Poder Judiciário tem para com a referida crise, como um dos três Poderes constituídos democraticamente, o qual sozinho não é e jamais será o salvador da pátria, até porque no Brasil, o nível de confiança no Poder Judiciário só perde para os partidos políticos, Congresso Nacional e o Governo Federal[15].

---

homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 151 e 152.

[14] BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução Renata Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 20 e seguintes.

[15] CUNHA, Luciana Gross (et.al). Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao Ano 6 (1º trimestre de 2014 ao 4º trimestre de 2014). Disponível para acesso no *site* eletrônico em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618. Acessado em 03/03/2016, às 17h45m.

Partindo da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário tem que ser contra majoritário para salvaguardar os direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais individuais e sociais, os quais são no mínimo a "pedra angular" da unidade social, coerência e integridade do direito e não institucionalizar, no interior do Poder Judiciário, uma ânsia do juiz de ir além do que diz a lei e fazer prevalecer a sua paixão, tornando a justiça uma verdadeira loteria ou um conceito móvel e flutuante ao sabor de poderes sombrios e paixões torrenciais.

Entretanto, quando veio a Constituição de 1988, agora é tempo de buscar a recuperação e resistir frente a essa espécie de violência hermenêutica. Verifica-se, assim, a violência da saída de uma estagnação para um ativismo judicial sem precedentes, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador, pelo que quando o magistrado não concorda com a lei ou com a Constituição, o mesmo constrói um princípio baseado em sua consciência individual (de cada julgador) e pior, muito pior, eis que resgata o mundo prático no Direito resultando, por conseguinte, em *decisionismos* e/ou *ativismos judiciais*, os quais não são legítimos em um Estado Democrático de Direito. Como exemplo, podemos citar o direito processual penal brasileiro, onde não se podem confundir as garantias processuais, que são inegociáveis, com a feição que deve ter o Direito. O Direito é a ferramenta necessária que legitima o Poder Judiciário em uma sociedade democrática e ele (o direito) representa o interdito entre civilização e barbárie.

Segundo Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli[16], o protagonismo do Poder Judiciário deve ser visto com ressalvas, pois essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder política, e assegurar a soberania popular.

Assim, a sociedade não deve deixar os juízes imporem seus próprios valores (ou sua interpretação dos valores da sociedade) hoje em dia, mas somente quando (os juízes) seguirem uma linha interpretacionista que privilegie os valores dos constituintes dentro do Estado Democrático de Direito, pelo que caberão ressalvas quanto ao risco de um interpretacionismo deliberado do Poder Judiciário, o qual inadvertidamente terá atribuição de prescrever regras para a atuação dos demais Poderes constituídos, mas sem ser eleito pela nação, sem contar que permanece independente desta. Tanto é assim que os juízes não são

[16] GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la politica. Poder Judicial y democracia.* Madrid: Taurus, 1999, p. 27 *apud* CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. In: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf.* Acesso em: 23 de março de 2016, às 15h45m.

eleitos e não se pode negar que o poder das instituições representativas (originárias do processo eleitoral) de formar cursos de ação política é a característica do Estado Democrático de Direito. Há, evidentemente, uma diferença crítica, segundo John Hart Ely[17] que: em contextos não constitucionais, as decisões judiciais estão sujeitas à anulação ou à alteração pela lei, o Poder Judiciário está substituindo o Poder Legislativo, e, se isso foi feito de uma maneira que o Poder Legislativo não aprova, ela pode ser prontamente corrigida. Quando o Poder Judiciário invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está *rejeitando* a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à "correção" pelo processo legislativo. Assim, eis a função central, que é o mesmo tempo um problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam e, pior, torna vulnerável à pecha de incompatibilidade com a teoria democrática.

No Brasil, como ensina Lenio Luiz Streck[18], a analiticidade da Constituição e as demandas por mais leis e pela realização imediata de direitos junto ao Judiciário tiveram e têm consequências cada vez maiores. Com isso, tudo se judicializa e o Poder Judiciário, nesta linha, aumenta seu ativismo. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador.

Importante, neste ponto, mencionar que nisso se inclui o Supremo Tribunal Federal, que não deve ser um poder ilimitado com desatenção e falta de comprometimento dos julgadores com as determinações constitucionais e, ainda, com a integridade e a coerência do Direito. O que ocorre é que, a partir da desculpa dos termos vagos, ambíguos ou de textura aberta, tomam-se decisões de conveniência ou com base em argumentos de política, de moral ou de economia. Assim, eis que se enfraquece a autonomia do Direito e a doutrina. Cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a

---

[17] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 7 e seguintes.

[18] STRECK, Lenio Luiz. *Ativismo judicial não é bom para a democracia.* Disponível para acesso no *site* em: http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul. Acesso em 28 de março de 2016, às 02h12m.

decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais. A moral ou a política não corrigem o Direito.

O Judiciário não pode assumir um papel estratégico no contexto das democracias constitucionais, pois isso traz àquele que exerce essa função estatal uma enorme responsabilidade política que é dada somente aos outros Poderes constituídos. Por óbvio que ninguém se interessa por um Judiciário omisso. Em contrapartida, a nação deve se interessar por um Judiciário responsável, diante do tamanho de suas atribuições.

Como alerta Rafael Tomaz de Oliveira[19], a atividade do Judiciário deve ser pensada de forma responsável. Nesse aspecto, é necessário relutância em admitir como legítima alguma decisão do Judiciário que esteja baseada em deduções arbitrárias que não possuem respaldo algum no texto da Constituição. Afirmar que a função contra majoritária do Poder Judiciário não se apresenta como um "cheque em branco" para que o Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, faça o que bem entender com a interpretação da Constituição. Há limites para a atuação do Judiciário, assim como há limites para a atuação do Legislativo e do Executivo.

Nossa Constituição incorpora o ideal constitucionalista de equilíbrio entre os poderes constituídos. E isso significa que exageros do Judiciário na interpretação da Constituição devem ser coibidos. Do mesmo modo que concretizações efetuadas através do Direito e partir de interpretações adequadas à Constituição federal devem ser aplaudidas, reforçando, assim a própria democracia, a qual será tratada nas próximas linhas do presente artigo.

Portanto, faz-se necessário um Judiciário que aja nos limites da concretização da Constituição e dos direitos fundamentais, sendo algo não apenas legítimo como fundamental para uma democracia constitucional.

4. CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E HUMANISTA: A DEMOCRACIA ATRAVÉS DOS DIREITOS E DA HARMONIA DOS PODERES CONSTITUÍDOS

A Constituição brasileira de 1988, elaborada logo após o encerramento do período ditatorial, quando ainda estavam muito vivas as marcas das violências praticadas pela ditadura, foi a expressão dos anseios de liberdade e democracia de todo o povo, em um Estado de Justiça Social e não apenas em um Estado de Direito. Ela foi também, e continua sendo, o

[19] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *STF entre concretização da Constituição e juristocracia.* Disponível para acesso no *site* eletrônico em: http://www.conjur.com.br/2013-mar-23/diario-classe-stf-entre-concretizacao-constituicao-juristocracia. Acesso em: 05/03/2016, às 16h30m.

instrumento de legítimo de consagração, com força jurídica, das aspirações por justiça social e proteção da dignidade humana de grande parte da população brasileira, vítima tradicional de uma ordem injusta que a condenava à exclusão e à marginalidade. Contrariamente, numa ditadura, falar em direito é um crime grave. No entanto, o Poder Judiciário não deve voltar-se para um passado não tão distante para não ver aumentar a sua conta da responsabilidade histórica de muitos juízes, desembargadores e ministros, os quais se curvaram aos ditames dos poderosos na ocasião em que o Brasil passou pela ditadura.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari[20], os antigos oligarcas, os aproveitadores da superioridade econômica, os viciados em privilégios de qualquer espécie, os resistentes à democratização da sociedade, de modo geral, percebendo o alcance político e social da Constituição, eis que têm feito duras críticas radicais à Constituição, sobretudo pelo que consideram presença excessiva do Estado na proteção e promoção dos direitos sociais, o que, obviamente, exige recursos financeiros. E isso, por sua vez, implica a cobrança de (mais) tributos, sendo este um dos principais motivos da resistência das camadas mais ricas da população. Referidas camadas considera, ainda, mais grave ainda o papel do Estado como controlador dos excessos da iniciativa privada na área econômica, pois no seu entender o Estado deveria ter apenas o papel mínimo do Estado, como simples guardião da liberdade econômica dos ricos, como fazia no início do século dezenove, Estado este que justamente por isso foi chamado de Estado Mínimo ou Liberal. Entendem, ainda, que o Estado deveria ser mero garantidor da liberdade econômica, geralmente identificada como liberdade de iniciativa, agindo, por isso, como um rigoroso repressor de quem atentasse contra essa liberdade, exercendo o papel de Estado Polícia, que foi também uma das expressões correntes nas primeiras décadas do século dezenove.

Ocorre, porém que a compreensão do Estado Democrático (Social) de Direito perpassa obrigatoriamente por dois princípios essenciais: o da dignidade humana (e o da justiça social). A interpretação de todo e qualquer direito deve ser feita à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, pois o princípio indicará um mínimo irredutível dos direitos, consubstanciado no chamado piso vital; ainda, porque tais direitos tomam o homem como um valor não relativo, que, deste modo, não pode ter sua experiência digna sacrificada frente a interesses secundários da administração pública.

Assim, a democracia está intimamente relacionada com no mínimo três elementos, a saber: a proteção da dignidade, da liberdade e da igualdade. É, ainda, como bem afirma José

[20] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

Afonso da Silva[21], que a democracia é a cooperação entre indivíduo e sociedade, entre governantes e governados para garantir as possibilidades de felicidade de cada um, numa idealização utópica que seria a identificação do governo e governada, que começa a realizar-se com a efetiva participação indireta e direta do povo no processo de poder.

Mas a democracia não pode ser mais ser concebida como essencialmente política, pois não poderia haver liberdade e igualdade política sem independência e igualdade de oportunidades econômicas e sociais. A verdadeira democracia se realiza no equilíbrio de todos os fatores necessários para darem o ser humano a maior possibilidade de expansão de sua personalidade. A democracia não pode aceitar um sistema econômico e social de profundas desigualdades, ela se realiza no dia-a-dia, acolhendo as forças que combatem por uma sociedade mais justa, mediante o reconhecimento de direitos sociais. Não tem mais cabimento o dilema de se a Constituição é uma técnica do poder ou uma técnica da liberdade, pois sua missão consiste em assegurar o respeito aos direitos fundamentais, e, quando ela institucionaliza o Poder, ela o faz como um meio de orientar o exercício do Poder para a proteção dos direitos sociais. Com o constitucionalismo, o Poder foi domesticado a serviço dos direitos da pessoa humana através da Constituição, mas a Constituição de 1988 não concluiu a reforma do Estado e deixou intacta a estrutura arcaica de poder, por meio da qual as elites conservadoras realizam a contrarreforma.

A luta pela Constituição há de desenvolver-se em duas frentes: a) na sua defesa contra as forças do retrocesso que não se conformam com conteúdo ideológico de transformações sociais nela incorporado e tentam por todas as formas recuperar o que perderam no processo constituinte, por meio de um processo de mudanças constitucionais; b) na participação ativa do processo político para refazer a realidade política que tem sido um fator que tolhe a sua eficácia social.

A Constituição oferece as bases, os pressupostos e os instrumentos de modernização; a prática política é que tem que coordenar os meios oferecidos para a consecução dos fins apontados na obra do constituinte. Como dito alhures, existe uma dificuldade contra majoritária no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que eles entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de "poder constituinte

[21] SILVA, José Afonso da. *Liberdade, realidade política e eficácia da Constituição. In:* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (Coord.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140 e seguintes.

permanente" ou até mesmo como legislador positivo, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotas pelo legislador eleito. Essa visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício.

Neste ponto, há profunda tensão potencial entre a jurisdição (constitucional) e a democracia. Se a imposição de limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade de o povo se autogovernar. O problema se agrava quando a jurisdição constitucional passa a ser concebida como o fórum central para o equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade, ou como a detentora do poder de ditar a "última palavra" sobre o sentido da Constituição. Em outras palavras, a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade –, mas da sua dosagem. Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento[22], eis que não existe uma fórmula universal, válida para todos os países e contextos. Ela depende de fatores contingentes, como grau de representatividade dos poderes políticos majoritários, sua *performance* na proteção dos direitos fundamentais e de minorias, a credibilidade e independência do sistema judicial, e a existência, no âmbito do Poder Judiciário, de uma cultura não elitista, aberta aos anseios dos grupos e camadas mais vulneráveis da população.

Não é democrático assumir uma posição paternalista, diante de uma sociedade infantilizada. E, se não é correto, no debate sob a legitimidade da jurisdição constitucional, idealizar o Legislativo como encarnação da vontade geral do povo, tampouco se deve cometer o mesmo erro em relação ao Judiciário, supondo que os juízes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupada apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia.

Sem entrar no mérito, pelo pouco espaço, sobre a existência das diversas concepções sobre o papel adequado do controle de constitucionalidade em um regime democrático, tudo indica que antes, para se começar a acreditar e legitimar referido controle de constitucionalidade e no próprio Poder Judiciário, eis a necessidade de evoluir (o próprio Poder Judiciário) como um poder democrático em si e perante os demais, com no mínimo a procedência das reformas necessárias na própria organização, a saber: a) ampliar e aprofundar

[22] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. *In:* SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 84.

os instrumentos de controle do Poder Judiciário; b) instituir instrumentos de controle vertical, interno e externo, dos órgãos judiciários; e c) mudança na cúpula do sistema judiciário.

Montesquieu, na obra "O Espírito das Leis", Livro XI, capítulo 6, citado por Fábio Konder Comparato[23], ensina que se faz necessário um aclaramento entre o poder estatuinte e o poder impediente no Poder Judiciário, tal como em Roma, por exemplo, em que os tribunos da plebe não tinham poder algum de criar leis ou ordenar a prática de atos jurídicos; mas a *tribunicia potestas* (sempre temida pelo patriciado) compreendia, entre outras competências, a de vetar qualquer ato de titular de cargo público, contrários aos interesses da plebe. Com base nessa distinção conceitual, percebe-se, desde logo, que ao Judiciário não competia nenhum poder estatuinte de criar normas gerais ou organizar serviços públicos. Mas ele possui no mais alto grau o poder impediente de corrigir e reparar, não apenas os desmandos dos demais órgãos públicos (e também dos particulares dotados de poder na sociedade), mas também em tese o de suprir as omissões constitucionais dos órgãos estatais no exercício de suas funções. E, para que isto suceda plenamente, é indispensável o estabelecimento de um sistema efetivo de controle dos órgãos judiciários, pois como Montesquieu ensinou na mesma obra citada acima que é uma experiência eterna que todo homem que dispõe de poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites.

Importante assinalar que Montesquieu, na verdade, via na divisão dos poderes muito mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico. Ou seja, não se tratava de um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real. Neste sentido, o princípio não era de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca.

Com efeito, ensina Lenio Luiz Streck[24] que em julgamentos nos tribunais e em conferências empolgadas, lemos e ouvimos que os juízes não devem "cumprir a letra 'fria'*(sic)* da lei" e que há(veria) dois tipos de juízes: o positivista, que se apega à lei e o crítico-pós-positivista, que se utiliza dos princípios *(sic)*. Segundo se diz por aí, o primeiro tipo de juiz deve "desaparecer"; e o segundo, o dos princípios, é o modelo ideal. Só que, nesse último caso, ao incentivarem a "busca dos valores", seus autores mal sabem que, o que estão fazendo, é uma vulgata do velho positivismo fático...! E, com isso, fragilizando a autonomia

---

[23] COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no Brasil. In:* ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de; CAGGIANO, Monica Herman; LEMBO, Claudio (Coord.). *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI: homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 167.

[24] STRECK, Lenio Luiz. *Os modelos de juiz diante da democracia e da divisão dos poderes no estado democrático de direito. In:* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; TAVARES, André Ramos. *Estado constitucional e organização dos poderes.* São Paulo: Saraiva, 2010, p.455.

do direito. Mas, mais do que isso, fragilizam a divisão entre as funções e poderes do Estado nesta fase da história.

No entender de Bobbio, tanto "Direito" como "Poder", na sua origem, não podem ser distintos (*lex et potestas convertuntur*) e, mesmo depois, ainda andam de mãos dadas. Essa formulação do "Poder" é diferente da formulação positivista, que somente entendia o Direito como norma. Ainda, Bobbio afirma que:

> Se olharmos pelo ponto de vista do Direito, como fez Kelsen com sua teoria normativa, no vértice encontramos – e não poderíamos deixar de encontrar – a norma das normas, ou seja, a norma fundamental; se olharmos pelo ponto de vista do poder, no vértice encontramos – como encontrou a teoria política do Estado moderno – o poder dos poderes, ou seja, o poder fundamental e soberano. Assim como a norma fundamental é a norma que está na base de todas as outras normas e acima da qual não há outra norma, também o poder soberano é o poder que está na base de todos os outros poderes e acima do qual não existe outro poder superior[25].

Porém, para ocorrer essa domesticação do Poder pelo Direito, se faz necessário um tipo específico de Estado, que é o Estado Democrático de Direito. Somente nesse tipo de Estado há uma situação de equilíbrio e de limitações entre o Poder e o Direito, para que se chegue a uma sociedade bem organizada. Esse equilíbrio é descrito por Bobbio, nas seguintes palavras:

> Nos lugares onde o Direito é impotente, a sociedade corre o risco de precipitar-se na anarquia; onde o poder não é controlado, corre o risco oposto, do despotismo. O modelo ideal do encontro entre Direito e poder é o Estado democrático de Direito, isto é, o Estado no qual, através de leis fundamentais, não há poder do mais alto ao mais baixo, que não esteja submetido a normas, não seja regulado pelo Direito, e no qual ao mesmo tempo, a legitimidade do sistema de normas como um todo derive em última instância do consenso ativo dos cidadãos[26].

Sem prejuízo, o paradigma constitucional é um modelo normativo complexo e necessário, mas ainda não realizado e que sofre divergência entre normatividade e efetividade. As garantias podem reduzir esta divergência, quanto mais amplas, ambiciosas e comprometidas forem as promessas constitucionais, mas certamente não podem eliminá-la, pois elas mesmas consistem em figuras deônticas. Por isso, podemos falar somente, em relação às democracias constitucionais, de um grau de efetividade do conjunto de garantias, dos direitos e dos princípios constitucionais. Esta divergência deôntica entre a normatividade e a efetividade da democracia constitucional é, portanto, fisiológica, existindo sempre, dentro

---

[25] BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectute e outros escritos autobiográficos.*Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 104.
[26] Ibid., p. 170.

de certos limites, certo grau de inefetividade das garantias. Mas pode se tornar, além de tais limites, patológica, quando alcance um ponto de crise, ou pior, de ruptura. É o risco que o Brasil está correndo hoje e nas demais democracias mundiais, em razão de dois fenômenos convergentes: o desenvolvimento da ilegalidade no exercício dos próprios poderes públicos normativos (e o Poder Judiciário está incluso nesta situação), como se manifesta nas violações das garantias e, por isso, na produção de antinomias, e o ainda mais grave defeito de legalidade, como se manifesta na ausência de garantias e, por isso, na existência de lacunas.

Assim, assiste razão Luigi Ferrajoli[27] ao ensinar que são múltiplas as razões de crise: a falta de introdução, sobretudo no âmbito supra e internacional, das garantias, sejam primárias ou secundárias, dos direitos estabelecidos nas várias cartas e convenções, como também de funções e instituições de garantia estatal.

De qualquer forma, nunca é demais insistir no tema da responsabilidade democrática dos juízes quando se debate o tema da judicialização da política. Se, por um lado, parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

Portanto, é temeroso que o processo de judicialização da política atue contrariamente ao *império da lei* e seus fundamentos democráticos, especialmente quando se espera que os juízes das cortes supremas atuem como profetas, deuses do direito ou *Hércules* – para utilizar a designação estabelecida por Ronaldo Dworkin[28]. É tempo de ser cauteloso e vislumbrar o caminho seguro de retorno ao Estado Democrático de Direito no país, no âmbito do constitucionalismo democrático brasileiro que se pretende resgatar a força do direito, rompendo com a tradicional cultura jurídica da força através do Direito.

5. CONCLUSÃO

É necessário que os poderes se limitem entre si, para evitar que se acumulem e se concentrem sem qualquer limitação. E isto é possível somente com base na velha receita de separação de Montesquieu, aplicada, porém a todos os poderes, velhos e novos, como meta

[27] FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 147.

[28] DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. Na tradução para o português: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

garantia da efetividade de todos os direitos e dos limites e dos vínculos nos quais consiste a garantia de tais direitos.

A ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não pode, no entanto, representar qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países. O Poder Judiciário não deve agir como profetas ou deuses do direito, pois quando a justiça a ascende (ela) própria à condição de mais alta instância moral da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social. Evidencia-se que a força dirigente constitucional repercute desde o planejamento até a execução e o controle e avaliação das políticas públicas pela constitucionalização e jurisdicionalização da política e, mais ainda, pelas cláusulas de programaticidade constitucional que importam em promessas e compromissos de construção de um futuro melhor.

O Poder Judiciário em geral deve sensibilizar-se para combater sua própria vaidade, pelo que a população tem direito a ser protegida pelo Poder Judiciário de maneira que tenham ao seu alcance informações e tratamentos objetivos e científicos, não deformados por sensacionalismo, sentimentalismo ou argumentações moralistas.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, cabe ao Estado concretizar mediante políticas à democracia social e econômica que visem a prevenção de uma crise institucional entre os próprios Poderes constituídos, ainda mais em Estados de capitalismo periférico com alto grau de exclusão social e com renovadas manifestações de questão social. Em um Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário deve entender a si mesmo como protetor de um processo legislativo democrático, isto é, como protetor de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem supra positiva de valores substanciais. A função do Poder Judiciário é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir (ele mesmo) o papel de legislador político.

Conclui-se, assim, que se hoje nos permitimos discutir o papel do Poder Judiciário diante da harmonia entre os poderes, é porque fomos capazes de superar o autoritarismo e reconstruir o Estado Democrático de Direito, promulgando uma Constituição que, nesse processo, representa um consenso em torno de princípios jurídicos universais. Portanto, a Constituição brasileira não pode ser tomada como uma ordem particular de valores e o processo de judicialização da política não deve exclusivamente invocar o domínio dos tribunais, em uma *juristocracia* ou *supremocracia*, nem defender uma ação individualista por parte do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de; CAGGIANO, Monica Herman; LEMBO, Claudio (Coord.). **Juiz constitucional: estado e poder no século XXI: homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução Renata Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

_____. **O tempo da memória: de senectute e outros escritos autobiográficos**. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Disponível em: *http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf.*

CUNHA, Luciana Gross (et.al). **Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao Ano 6 (1º trimestre de 2014 ao 4º trimestre de 2014)**. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional e fundamentos do direito – Diálogos interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri, SP: Manole, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GARRIDO, Alexandre (*et. al.*). **A função legislativa do Supremo Tribunal Federal e os Partidos Políticos**. Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. V. 1, n. 3 (Edição Especial), dez. 2008, Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, 2008.

GENRO, Tarso. **Crise da democracia: direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

HARTMANN, Ivar. **Com regras discutíveis, Supremo Tribunal Federal ganha projeção.** Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/04/1756464-com-regras-discutiveis-supremo-tribunal-federal-ganha-projecao.shtml.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; TAVARES, André Ramos. **Estado constitucional e organização dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (Coord.). **Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **STF entre concretização da Constituição e juristocracia.** Disponível para acesso no *site* eletrônico em: http://www.conjur.com.br/2013-mar-23/diario-classe-stf-entre-concretizacao-constituicao-juristocracia.

SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **A justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?** In: Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.

_____. **Nas escutas, juristas se revelam mais moristas do que o próprio Moro.** Publicado em 21 de março de 2016. Disponível para acesso no *site* em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-21/lenio-streck-escutas-juristas-revelam-moristas-moro.

_____. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível para acesso no *site* em: http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1986.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIEIRA, O. V. **Supremocracia: vícios e virtudes republicanas**. Valor Econômico. 06 de novembro de 2007.