



Brasília | ano 50 | nº 200 | Edição especial
outubro/dezembro – 2013

25 anos da Constituição de 1988

O Estado de Direito e o Poder Judiciário

Relato de uma migração conceitual

MARTA SUZANA LOPES VASCONCELOS

Sumário

1. Introdução. 2. O Estado de Direito segundo Danilo Zolo. 3. A concepção fraca do Poder Judiciário decorrente do movimento revolucionário francês de 1789. 4. A concepção fraca do Poder Judiciário segundo os federalistas americanos. 5. A concepção forte do Poder Judiciário no Estado de Direito contemporâneo. 6. Ativismo judicial e a onipotência do Poder Judiciário. 7. Conclusão.

“Quando secam os oásis utópicos estende-se um deserto de banalidade e perplexidade”. (Habermas).

1. Introdução

Marta Suzana Lopes Vasconcelos é graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e mestre em Direito do Estado e da Cidadania pela Universidade Gama Filho (RJ). Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra-Portugal. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Doutoranda em Direito das Relações Internacionais pelo CEUB-DF.

O presente trabalho discorre sobre o conceito de Estado de Direito constante da obra de Danilo Zolo, ressaltando a sua estreita ligação com a doutrina dos direitos subjetivos ou “direitos fundamentais”. Trata-se de uma teoria político-jurídica que põe em primeiro lugar a tutela dos “direitos do homem”, mormente aqueles direitos reconhecidos em várias Constituições modernas: os direitos à vida, à segurança pessoal, à liberdade, à propriedade privada, à autonomia de negociações, além dos direitos políticos. Demonstra-se que a aplicação de tais direitos depende diretamente da participação do Poder Judiciário. Verifica-se que tanto os revolucionários franceses quanto os federalistas americanos amesquinham a importância do Poder Judiciário, sendo que os primeiros consideravam que o julgador não tinha o direito de interpretar as leis, sendo-lhe reservado o papel de “boca da lei”, e os segundos enxergavam-

-no como um Poder de menos importância. Foi dito que o Poder Judiciário tem desempenhado um importante papel ao decidir sobre questões relevantes relativas à política, economia e a leitura dos fatos sociais. Inúmeras são as participações do Poder Judiciário, principalmente nas questões de repercussão nacional, notadamente em sede de jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal em situações caracterizadas como ativismo judicial, bem como em questões denominadas judicialização da política e das questões intragovernamentais. Tal protagonismo da corte constitucional tem levado ao fortalecimento do Poder Judiciário como nunca antes visto na história do País.

2. O Estado de Direito segundo Danilo Zolo

A expressão “Estado de Direito” floresceu nos fins do século XX, sendo considerada uma das formas mais felizes da filosofia política e da filosofia jurídica ocidentais. O léxico “Estado de Direito” espalhou-se em vários idiomas, sendo comum falar-se em *Rechtsstaat*, *État de droit*, *Stato di diritto*, *Estado de derecho* e *rule of law* (COSTA; ZOLO, 2006, p. 3). Convém ressaltar que esta última expressão, *rule of law*, não tem a unidade conceitual que têm as demais com o conceito de Estado de Direito, devido às diferenciações dos contextos culturais e à relativa independência das teorias. Inicialmente a expressão “Estado de Direito” surgiu na Alemanha, na segunda metade do século XIX, e em seguida difundiu-se no continente europeu influenciando o direito público da Itália e da Terceira República Francesa.

A noção de “Estado de Direito” no Ocidente está em estreita ligação com a doutrina dos direitos subjetivos ou direitos fundamentais, como uma teoria político-jurídica que põe em primeiro lugar a tutela dos “direitos do homem”,

principalmente aqueles direitos reconhecidos em várias Constituições modernas (direito à vida, à segurança pessoal, à liberdade, à propriedade privada, à autonomia de negociações e os direitos políticos).

Falar em “Estado de Direito” significa querer que as instituições políticas e os aparelhos jurídicos tenham por finalidade precípua a garantia dos direitos subjetivos (COSTA; ZOLO, 2006, p. 5).

Os teóricos do “Estado de Direito” são europeus continentais e anglo-saxônicos que pensam a filosofia fora do coletivo, do organicismo estatal, subordinando a dimensão pública ao primado dos valores individuais. Alguns confundem a expressão “Estado de Direito”, com “Estado legal”, “Estado liberal”, “Estado democrático”, “Estado constitucional” (COSTA; ZOLO, 2006, p. 7).

Pietro Costa e Danilo Zolo criticam o uso da expressão “Estado de Direito” porque ela floresceu na América num contexto de genocídio de índios, da escravidão dos negros africanos, bem como de discriminação racial. Semelhantemente, na Alemanha, o modelo nazista rejeitava a expressão “Estado de Direito”, mas procurava torná-lo compatível com a experiência de um Estado totalitário, como “Estado legal”, e fez uso da lei como instrumento normativo geral e abstrato.

“Estado de Direito” é entendido como um Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico é atribuída a tarefa de “garantir” os direitos individuais, refreando a natural tendência do poder político de expandir-se e de operar de maneira arbitrária. A tese clássica do liberalismo europeu é que todo poder é funcionalmente necessário e socialmente perigoso. Essa tese reforça o fato de que o poder nas suas modalidades repressivas é indispensável para garantir a ordem, a coesão e a estabilidade do grupo político. O perigo do exercício do poder para as liberdades individuais reside na sua propensão ao autoritarismo e a todo tipo de arbitrariedade.

Para Carl Schmitt (1922 apud COSTA; ZOLO, 2006), a ideia de que o poder político possa ser juridicizado, ou seja, exercido segundo as regras gerais e neutras do direito, é uma ilusão normativa (kelseniana), porque o poder é por natureza “decisão”, isto é, discricionariedade, parcialidade, particularismo, exceção. Decidir politicamente não significa regras: significa criá-las *ex novo*, e nisso está precisamente a função positiva, específica do poder político (SCHMITT, 1922 apud COSTA; ZOLO, 2006, p. 35).

Assim, os teóricos do direito julgam necessária a força do Direito positivo para conter as arbitrariedades usualmente exercidas pelos detentores do poder político. É necessário que os poderes do Estado estejam vinculados às regras do Direito. Todos devem obedecer à lei, inclusive os que detêm o poder, sejam representantes do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Tal obediência significa menos discricionariedade, maior transparência e visibilidade e, por conseguinte, maior controle das ações governamentais pelos cidadãos. Tal limitação também reduz o arbítrio e fomenta a garantia dos direitos subjetivos.

A evolução do Estado de Direito nas sociedades ocidentais ocorreu de maneiras distintas. No sistema do *common law*, adotado pela Inglaterra e pelos Estados Unidos, a defesa dos direitos e liberdades fundamentais é feita de forma diferente nos dois países. Na Inglaterra não existe uma Constituição escrita, e os direitos subjetivos estão presentes nos precedentes judiciais, nas convenções sociais, nos costumes, tradições e práticas sociais milenares – todos assegurados pelas cortes ordinárias da *common law*.

Nos Estados Unidos, os direitos subjetivos estão positivados e assegurados em um documento denominado “Bill of Rights”, agregado à Constituição Federal, a qual é escrita e rígida, protegida sobremodo pela Suprema Corte, a qual tem o poder de invalidar atos legislativos com base na supremacia da Constituição, por meio do processo de hierarquia das normas constitucionais e do *judicial review of legislation*.

Tal concessão foi feita em nome de uma superioridade normativa e irrevogabilidade formal dos princípios constitucionais. O modelo do *rule of law* americano foi muito mais efetivo do que o inglês, tendo evoluído para um empoderamento do Judiciário, concedendo-lhe mais poder na medida em que criou um modelo em que a Constituição estava acima de todos os Poderes, inclusive acima do Parlamento que a criou. Com a *judicial review of legislation* e a atribuição – a partir da sentença do juiz Marshall no processo “Marbury x Madison”, de 1803 –, de um controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos por parte da Corte Suprema, houve um fortalecimento do Poder Judiciário. Mesmo nos Estados Unidos da América, houve uma evolução do pensamento inicial dos Federalistas, que viam o Poder Judiciário como o mais fraco de todos os Poderes da Federação. A garantia dos direitos fundamentais elevou-se a tal ponto que

os Estados Unidos colocaram sobre os ombros do Poder Judiciário não só o poder de julgar as causas comuns – *ordinary case*, ou seja, litígios entre particulares –, como as grandes causas da União, ou melhor, da nação, com o objetivo de refrear os ímpetus do Poder Executivo e do Parlamento, contra as liberdades individuais.

Na França a tutela dos direitos subjetivos é o objetivo central do Estado de Direito que “auto-limita” o poder soberano, submetendo-o ao respeito de regras gerais, válidas *erga omnes*. Para Carré de Malberg (1920 apud COSTA; ZOLO, 2006), é necessário fazer uma reflexão sobre a tradição constitucional francesa, tendo em vista que a ênfase recai no Parlamento, detentor da soberania popular, e o Poder Judiciário é visto de forma negativa, como resquício da revolução francesa. O citado autor entende que o monopólio exercido pelo Parlamento representa o maior perigo para as liberdades dos franceses. Após a Revolução Francesa, houve um desprestígio do Judiciário: os juízes não deviam intrometer-se no exercício do Legislativo e não tinham nenhum poder de suspender a execução das leis (MALBERG, 1920 apud COSTA; ZOLO, 2006, p. 23). Essa desconfiança fez a diferença entre o papel do constitucionalismo francês para o inglês e americano.

Dessa forma, estabeleceu-se uma orientação constitucional de aversão ao chamado “governo dos juízes”, numa cerrada oposição dos jacobinos ao controle de constitucionalidade dos atos legislativos feitos pelos juízes.

3. A concepção fraca do Poder Judiciário decorrente do movimento revolucionário francês de 1789

A Revolução Francesa fragilizou o Poder Judiciário porque foi mais absolutista do que o Antigo Regime. Os juízes não tinham sequer o poder de interpretar as leis: podiam fazer uma

transcrição literal de seu conteúdo, sem análise de princípios, notadamente os constitucionais. Eram, por isso, considerados a “boca da lei”, instrumentos dóceis do poder. A famosa Escola da Exegese liderou esse pensamento (PERELMAN, 1996, p. 552-553).

Cito, mais uma vez, o pensamento de Danilo Zolo e Pietro Costa (2006, p. 25):

“Quanto ao poder judiciário tanto nas declarações dos direitos como nos textos constitucionais da França revolucionária, tinha sido objeto de prescrições exclusivamente negativas: os juízes não deviam se intrometer no exercício do poder legislativo e não tinham nenhum poder de suspender a execução das leis. Essa desconfiança que era a consequência do papel desempenhado pelos magistrados no antigo regime fazia do equilíbrio constitucional francês algo profundamente diferente da Inglaterra e dos Estados Unidos”.

Perelman leciona que a Revolução Francesa quis que o papel do juiz se tornasse puramente passivo, que se limitasse a aplicar a lei, expressão da vontade nacional, que fosse como um instrumento que executa de uma forma impessoal e uniforme a vontade do legislador (PERELMAN, 1996, p. 506). Na visão dos revolucionários, o Poder Judiciário deveria ser submisso ao Poder Legislativo, o que favorecia uma visão estatizante e legalista do Direito. Nas palavras de Perelman (1996, p. 185):

“Desde a Revolução Francesa, e durante mais de um século, pondo-se no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica, havia acentuado o aspecto sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário. Havia-se difundido a idéia de que este último não se diferenciava muito do raciocínio puramente formal: esta aproximação entre o direito e as matemáticas deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial das cortes e dos tribunais.”

Essa visão do Direito durou cerca de cem anos e somente começou a ser modificada por volta do final do século passado, tendo em vista que o juiz não deveria desempenhar papel algum na administração e construção da justiça. O papel do juiz ao fazer as suas sentenças assemelhava-se ao papel do lógico, do matemático, e a decisão era tida como um silogismo formal. Tal concepção retirava completamente do juiz o poder de desenvolver uma interpretação pessoal, sendo-lhe tolhido o poder de analisar valores a fim de construir uma argumentação jurídica que pudesse trazer justiça ao caso concreto. Em suma: o juiz não tinha o poder de criação do Direito, conforme ensinava Kelsen (1998, p. 390-391) em sua teoria pura do direito, segundo a qual o juiz tinha liberdade de interpretação dentro da moldura legal.

Julgar é, sobretudo, ato de interpretação e atualização do Direito, num contínuo repensar das leis, visto que a evolução social é muito rápida e não existe uma única decisão correta, como afirma o jurista Ronald Dworkin, para quem a decisão correta é a racional e juridicamente fundamentada. De acordo com Karl Larenz (1978, p. 499-500):

“Os tribunais podem abandonar sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorreta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Entretanto ao tomar em consideração o fator temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correta agora não o seja.”

4. A concepção fraca do Poder Judiciário segundo os Federalistas americanos

Entendiam os Federalistas Hamilton, Madison e Jay que o Poder Judiciário era o mais fraco dos poderes. Para eles:

“Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa e nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo, e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo. *Já essa simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1º) que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º) que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança do resultado; 3º) que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois.*” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 458, grifo nosso).

Os autores modernos ressaltam que o Poder Judiciário deve ser verdadeiramente independente para que possa realizar o seu mister de julgar, pois – é preciso concordar com Montesquieu – não pode haver liberdade onde o poder de julgar não esteja bem separado do de fazer as leis e de as executar.

Assim, podemos concluir que não basta a simples existência de um Estado de Direito, com um ordenamento jurídico bem elaborado, com a supremacia da Constituição sobre as demais leis, se o Poder Judiciário for fraco e subalterno aos Poderes Legislativo e Executivo.

Com efeito, países que viveram sob o pálio dos regimes autoritários e ditatoriais, anularam o Poder Judiciário, retirando as garantias concedidas aos juízes pelos regimes democráticos: a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade. Nesses regimes, os juízes exercem uma espécie de cargo comissionado, de livre exoneração “ad nutum”, ao sabor das conveniências dos chefes despóticos.

Assim, a história tem demonstrado que países onde por muito tempo prevaleceram ditaduras, com a sua queda, observa-se o engrandecimento do Poder Judiciário, o que representa uma garantia de efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, leciona Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, p. 189-190, grifo nosso):

“A maioria dos países latino-americanos superaram longas ditaduras e alguns deles verdadeiras catástrofes, mas, ainda que estas se mascarem em um contexto internacional, sua queda não se fez através de guerras internacionais como as européias, isto é, de derrotas internacionais que obrigaram à democratização de suas sociedades e seus judiciários, como condição iniludível para superar as catástrofes. (...) *As garantias razoáveis não podem ser proporcionadas exclusivamente pelos operadores partidários, cuja passagem pelo poder pode ser efêmera, mas devem ser garantias jurídicas que só podem ser providas por um poder judiciário independente e estável.*”

Nesse aspecto, os Federalistas defendiam a necessidade de resguardar os juízes contra o perigo de seu amesquinhamento pelos Poderes Legislativo e Executivo, senão vejamos:

“Segue-se, finalmente, que, como a liberdade nada tem que temer do partido Judiciário sozinho e tudo que recear da sua união com qualquer dos dois outros – como a dependência em que ele se achasse de um deles produziria todos os efeitos de uma verdadeira união, apesar de uma separação, em que em breve se tornaria ilusória e nominal – como, pela sua fraqueza natural, o Poder Judiciário está sempre em perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais – e como, finalmente, nada pode contribuir tanto para firmar a sua independência como a inamovibilidade dos juízes, deve essa instituição ser considerada como um elemento indispensável da organização do Poder Judiciário e como a cidadela da justiça e segurança pública” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 458-459).

Além das garantias acima citadas, os juízes devem ter coragem para fazer a diferença, ou seja, para arrostar os atos arbitrários dos representantes dos demais poderes, a fim de fazer valer os comandos constitucionais, notadamente os remédios heroicos previstos em todas as Constituições liberais, tais como os que protegem a liberdade, a propriedade privada e todos os direitos de cidadania.

5. A concepção forte do Poder Judiciário no Estado de Direito contemporâneo

A Constituição Federal de 1988 confiou ao Judiciário um papel até então não outorgado por nenhuma das Constituições precedentes. Concedeu-lhe autonomia financeira e administrativa, além das garantias funcionais dos magistrados dignas de nota até no Direito Comparado (MENDES, 2012, p. 998).

Fica assentado, desde já, que um Judiciário forte só existe em sociedades democráticas que rendam homenagem ao que se convencionou chamar de Constituições, sendo o guardião de um imenso catálogo de direitos fundamentais, sociais e políticos. O empoderamento do Poder Judiciário ocorre também em virtude da cultura de judicialização de conflitos em sociedades de baixo nível intelectual, econômico e social, como as da América Latina, onde tudo se espera desse Poder.

A Constituição deve garantir as regras do jogo, mas não deve interferir no jogo, quem interfere para dar o apito final é o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, inclusive com a edição de súmulas vinculantes de eficácia “erga omnes” com efeitos semelhantes aos das leis, fazendo com que o Judiciário atue como legislador positivo.

A Constituição Federal brasileira criou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal

declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, por atos comissivos ou omissivos, em ações diretas, além das ações declaratórias de constitucionalidade, ação declaratória de preceito fundamental e de outros remédios heroicos constitucionais de aplicação imediata, como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança.

O Poder Judiciário é forte quando constrói o Direito mediante decisões judiciais e destrói os pactos diabólicos forjados pelos Poderes Legislativo e Executivo. O sistema jurídico funciona como elemento importante na estabilização das expectativas normativas, na linguagem de Niklas Luhmann (2006, p. 193). Diante de uma sociedade complexa, o Direito, ao dar respostas às demandas judiciais que diariamente se avolumam em todos os tribunais do País, opera como redutor de complexidades.*

Há um processo de judicialização de conflitos em todas as classes sociais, visto que a sociedade se tornou insegura e complexa, com a deterioração de valores familiares, morais e humanos. Por outro lado, o Estado-Administração não se mostra capaz de cumprir políticas públicas de saúde, educação, moradia e segurança pública.

Assim, é cada vez mais frequente o ingresso de ações que visam à proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. O Poder Judiciário não pode quedar-se inerte em face de casos urgentes como o de saúde, quando há pessoas portadoras de todo tipo de enfermidade, e o Estado não oferece as condições de tratamento para os cidadãos, que têm

* A complexidade do sistema quer dizer excesso de possibilidades. Exemplificando: novos direitos que foram reconhecidos às minorias, como a proteção dada à mulher em situação de violência doméstica concedida pela Lei Maria da Penha. Direitos reivindicados pelos movimentos sociais, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, da Juventude, da Igualdade Racial, entre outros diplomas legais.

no Poder Judiciário a última esperança para a garantia de seus direitos.

O Executivo contribui sobremaneira para o aumento de lides, aprofundando a já conhecida crise do Poder Judiciário, com a sua conhecida litigância intragovernamental, num verdadeiro círculo de vaidades e de excesso de burocratização de atividades administrativas.

O Executivo, como é sabido, é o maior violador das liberdades, sendo comum utilizar tributos para fins de confisco. Outra grande participação do Judiciário é na solução das lides intragovernamentais, como bem analisou o Professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy na sua tese de livre-docência para o Departamento de Direito da Universidade de São Paulo, denominada “Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional”, na qual assevera que o serviço público federal é o maior litigante do País, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça:

“Pode-se cogitar também da diminuição de demandas junto ao Poder Judiciário, com resultados expressivos, inclusive otimizando-se a atuação deste Poder. A separação de Poderes, e a própria restrição de judicialização de questões administrativas, nesse contexto aqui postulado, *teriam como resultado o próprio fortalecimento do Judiciário*” (GODOY, 2012, p. 51, grifo nosso).

Conclui o professor que a pouca articulação interna do Executivo produz a recorrente judicialização dos problemas internos, com a quebra das relações harmônicas dos Poderes da República e com o não cumprimento das políticas públicas aprovadas pelas urnas (GODOY, 2012, p. 324).

A cultura de judicialização de conflitos exercida pelos entes federativos produziu uma espécie de medo na tomada de decisões, preferindo o gestor público transferir a responsabilidade

para o Judiciário, o que revela a incapacidade de discernir entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, entre o lícito e o ilícito. Transcreve-se, outra vez, o pensamento de Godoy (2012, p. 20):

“A racionalização das práticas jurídicas, por meio da legalidade absoluta, em alguns casos, resultou na imobilidade de quem executa a lei. É mais fácil e seguro que o burocrata do Executivo deixe a tomada de decisões para o Judiciário. É medida de sobrevivência. A decisão, por parte do burocrata, implica riscos.”

E mais: a judicialização de conflitos intra-governamentais produz aquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial, sendo, por muitos, considerado uma deformidade do sistema de separação dos Poderes previsto por Montesquieu, bem como uma disfunção do papel jurisdicional em detrimento da função legislativa e da função administrativa.

A independência e harmonia dos poderes são vitais num Estado Democrático de Direito. Caso um dos poderes seja mais frágil, não haverá o “check and balance”, ou seja, o poder não freará outro poder, fomentando a hipertrofia de um em relação a outro. O Executivo, detentor dos cofres públicos e aplicador das políticas públicas, tem sempre a tendência de agir de modo despótico e autoritário. Muitas vezes, observamos que o Executivo não respeita os direitos fundamentais encartados na própria Constituição e que por isso precisa ser vigiado e recolocado em seu lugar. Isso é feito por meio das decisões judiciais provenientes de um Poder Judiciário forte e independente.

Ao Poder Judiciário cabe a interpretação das leis. No Brasil, a obra octogenária de Carlos Maximiliano (1996), “Hermenêutica e aplicação do direito”, permanece atual, tendo em vista a lucidez com que define a ciência da interpretação. Ensina o autor: “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos

processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito” (MAXIMILIANO, 1996, p. 1).

O fortalecimento do Poder Judiciário, com as recentes decisões endeusadas pela mídia nacional, em processos que apuraram desvios éticos dos agentes públicos, tornou o Supremo Tribunal Federal o porta-voz de milhares de brasileiros, o que aumentou o crédito moral daquela Corte. Esse entendimento está descrito na reportagem da Revista *Veja*, “in verbis”:

“Os Ministros se tornaram porta-vozes dos anseios de milhões de brasileiros justamente por terem sabido o que era o Bem e o que era o Mal. Cumpre notar que os juízes do STF não acharam o direito nas ruas, no alarido dos bares ou nos debates das redações. Decidiram segundo a Constituição, as leis e a jurisprudência da Corte. (...) A luta dos homens por igualdade perante a lei produziu tudo o que sabemos de bom e de útil nas sociedades; já o discurso da igualdade ao arrepio da lei só gerou morte e barbárie (...) nas democracias, porque são iguais, os homens podem, então, ser diferentes. Nas ditaduras, em nome da igualdade, os poderosos esmagam as individualidades. Nas tiranias, porque são diferentes, os homens são, então, obrigados a serem iguais” (AZEVEDO, 2013, p. 65).

Inúmeras são as participações do Poder Judiciário, mormente nas questões de repercussão nacional, notadamente em sede de jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Podem-se citar alguns exemplos de julgamento de grande destaque no cenário político-jurídico nacional:

- a. Ausência de consenso político no Poder Legislativo – projetos de lei – ações de (in)constitucionalidade com a modulação de efeitos – *judicial review*;
- b. Ausência da execução de políticas públicas pelo Executivo e o comprometimento dos

direitos fundamentais, como o conseqüente apelo ao Poder Judiciário como última trincheira do cidadão;

c. Discussões com fundo moral: células-tronco, aborto-feto anencefálico, união e adoção por pessoas do mesmo sexo; cotas universitárias;

d. Atuação política do Supremo Tribunal Federal: perda do mandato de parlamentar que muda de partido, fixação do número de vereadores, intensificação do controle das CPIs;

e. Julgamento dos réus do “mensalão”, proibição do nepotismo, pedidos de extradição de estrangeiros, julgamento de questões fundiárias, correção de aposentadorias, votação da EC nº 62, chamada Emenda do Calote;

f. Análise de vetos da Presidenta Dilma Rousseff à “Lei dos *Royalties* do Petróleo”.

6. Ativismo judicial e a onipotência do Poder Judiciário

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a separação dos poderes no seu artigo 2º, afirmando que são independentes e harmônicos entre si. Seu artigo 5º, XXXV dispõe que o Poder Judiciário não pode negar a jurisdição, por obscuridade ou ausência de leis. Então, como harmonizar os dispositivos constitucionais em situações concretas, de forma a realizar a justiça? Os tribunais têm decidido mediante interpretações que consagram os princípios constitucionais, em busca da máxima efetividade, porque isso é absolutamente necessário.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 308) define o ativismo judicial; “in verbis”:

“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 normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias de função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”

Assim, temos que o ativismo judicial ocorre na aplicação direta de valores da Constituição a situações não taxativamente previstas no texto e independentemente de manifestação do legislador originário; declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do legislador segundo critérios menos rígidos que os de visível violação da Carta Magna e determinações para que o Poder Público cumpra as políticas públicas. O ativismo judicial

está presente em todos os países que possuem cortes constitucionais e são comumente aplicados em situações que requerem uma conduta positiva do Estado. Assim, diante da omissão do Estado, revelada pela ausência de leis, o julgador interpreta um princípio constitucional que se amolda à pretensão pretendida pela parte a fim de determinar que o Executivo, principalmente, conceda o bem da vida requerido. É importante ressaltar que tal pretensão deve encontrar espaço na moldura principiológica das Constituições.

Para os que veem o ativismo judicial como algo negativo, tendo em vista que os julgadores não foram eleitos pelo povo e que por isso não podem ter uma sentença criativa de direitos, assemelhadas à lei, entendo que tal crítica não merece prosperar, tendo em vista que o juiz não faz a lei para o caso concreto, mas aplica a Constituição promulgada pelos legisladores. O ativismo judicial existe não só pela falta de leis, ou pela omissão das leis em determinado ponto, mas porque os legisladores preferem deixar para o Poder Judiciário a tomada de decisão final, com receio de desagradar alguma parcela da opinião pública, principalmente em questões controversas de fundo moral.

Dessa forma, o Poder Judiciário exerce o ativismo judicial, o que para muitos é causa de desarmonia e invasão da competência dos outros poderes. Para outros, o ativismo judicial é considerado um mal necessário a fim de que se possa interpretar o sentido e o alcance das normas e princípios constitucionais com a máxima efetividade possível, sem que seja rompida a doutrina da separação dos poderes prevista na Constituição Federal, artigo 60, § 4º, III, elaborada magistralmente por Montesquieu, na obra denominada “Do Espírito das Leis”.

7. Conclusão

A Constituição Cidadã de 1988 gerou um marco no Brasil, visto que foi porta-voz de mudanças nas áreas políticas, econômicas e sociais, inéditas na história do País. A atuação dos Poderes revela as consequências positivas dessa Carta Política. Podemos dizer que, antes da sua promulgação, havia uma hegemonia do Poder Executivo e o Poder Judiciário era o mais fraco dos poderes. Esse entendimento já havia sido denunciado pelos revolucionários franceses e pelos Federalistas americanos.

Vimos que, ao longo dos últimos vinte e cinco anos de existência da Constituição Federal, houve um empoderamento do Poder Judiciário, o qual tem no Supremo Tribunal Federal o ápice na hierarquia institucional, decidindo sobre questões que repercutem em todos os estratos sociais, fato que alarga a visibilidade desse Poder em detrimento dos demais, revelando o aumento de seu peso político.

Constatou-se que só existe Poder Judiciário forte em Estados que adotam o Estado de Direito, ou Estado Democrático de Direito, ou, como preferem os modernos, Estado Democrático Constitucional de Direito, visto que tem a função de ser o guardião da Constituição Federal, sendo o responsável pela jurisdição constitucional, com a eliminação do sistema jurídico de leis e atos normativos inconstitucionais, bem como a aplicação dos direitos fundamentais.

Verificou-se que a redemocratização do Brasil ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e o seguinte desenvolvimento econômico tem possibilitado o acesso das classes “C” e “D” aos bens de consumo, havendo uma explosão de lides judiciais, alargadas com a viabilização do acesso à justiça promovido com a estruturação das Defensorias Públicas nas unidades da federação e pela criação dos microssistemas denominados Juizados Especiais estaduais e federais.

Com efeito, a elevação da complexidade das relações socioeconômicas tornaram o Direito mais complexo. Diante de tantas possibilidades legislativas – tais como a proteção prevista nos estatutos do consumidor, idoso, criança e do adolescente, igualdade racial, juventude, mulher (representado pela Lei Maria da Penha) –, atribuiu-se ao Direito a função de estabilizador das expectativas normativas, operando como redutor de complexidades, contribuindo para atenuar, nos cidadãos, o sentimento de insegurança diante dos riscos do ambiente social, além de permitir uma interação social mais estável, ordenada e funcionalmente econômica. Todas essas circunstâncias conjunturais aumentaram a participação do Poder Judiciário na sociedade brasileira, tornando-o forte, independente e moderno.

O Poder Judiciário também se fortalece quando faz a atualização do ordenamento jurídico, decidindo não somente com base na letra fria da lei, mas fundamentado em “topoi” ou em princípios de justiça, com base em valores socialmente aceitáveis. Desta forma encontra legitimidade social, fato que funciona como um “feedback” positivo, reforçando mais e mais o ingresso de ações judiciais em todas as partes deste país continental. Em virtude da sua inoperância relativa a políticas públicas, notadamente as de saúde, aliadas à constante litigância intragovernamental, e de questões que envolvem distanciamento da ética dos ocupantes de cargos públicos, o Poder Executivo enfraquece-se.

Este trabalho concluiu que o empoderamento do Poder Judiciário por questões da política ou do mundo da vida não constitui quebra dos princípios da harmonia e da separação dos poderes, previstos por Montesquieu, mas um momento brilhante de exercício da democracia.

Podemos concluir que não basta a simples existência de um Estado de Direito, com um ordenamento jurídico bem elaborado, com a su-

premacia da Constituição sobre as demais leis se o Poder Judiciário for fraco e subalterno. Pelo contrário, o Poder Judiciário precisa ser forte o suficiente para ser o último refúgio de proteção dos direitos do cidadão contra os atos de arbítrio do poderoso Leviatã.

Referências

- AZEVEDO, Reinaldo. O leão em cima dos grandes. *Veja*, São Paulo, ano 46, n. 3, abr. 2013.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. Tese de Livre-Docência para o Departamento de Direito do Estado – Área de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Biblioteca de Teses: São Paulo, 2012.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José de Sousa Brito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrete. México: Herder, 2006.
- MALBERG, Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'État: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. *Lógica jurídica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva: 2010.
- SCHMITT, Carl. *Politische theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. München: Duncker & Humblot, 1922.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.