



# O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO NEOCONSTITUCIONAL

## THE JUDICIARY IN THE NEOCONSTITUTIONAL STATE

CAMILA PAULA DE BARROS GOMES\*

### RESUMO

Diante de uma conjuntura neoconstitucional que se propõe a superar a legalidade estritamente positivista por meio da valorização dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário se torna o protagonista do sistema, a ele competindo a definição de cláusulas abertas e a interpretação da Constituição. Muitos desafios surgem a partir daí, impondo-se a necessidade de definir os limites da atuação dos magistrados, especialmente frente ao parlamento. Tal definição mostra-se essencial para o próprio conceito de democracia, vez que a nova dimensão atribuída ao Poder Judiciário já não se adequa à visão clássica de democracia, compreendida como o governo do povo. Nesse novo contexto, a democracia passa a ser acrescida de conteúdos materiais inafastáveis, cuja defesa está a cargo dos juízes, principais responsáveis pelo controle dos demais poderes do Estado. O objetivo desse artigo é definir o papel dos magistrados e da decisão judicial no Estado Democrático de Direito, a fim de que possam contribuir para a evolução do sistema jurídico. O método de pesquisa utilizado é o bibliográfico e documental

**Palavras-chave:** neoconstitucionalismo; Poder Judiciário; decisão judicial; democracia.

### ABSTRACT

Faced with an environment neoconstitucional, which aims to overcome the strict legal positivist through optimization of the constitutional principles, the Judiciary is the protagonist of the system, competing with it the definition of terms and open interpretation of the Constitution. Many challenges arise from that, imposing the necessity to define the limits of performance of judges, especially against the parliament. This definition seems to be essential to the concept of democracy, as the new dimension given to the Judiciary no longer fits the classical view of democracy, understood as the government of the people. In this new context, democracy becomes more of content material inafastáveis, whose defense is the responsibility of judges, mainly responsible for the control of other branches of government. The purpose of this article is to define the role of judges and the judicial decision in the Democratic State of Law, so that may contribute to the development of the legal system. The research method used is bibliographical and documentary.

**Keywords:** neoconstitucionalismo; Judiciary; judicial decision; democracy.

\* Mestre e Especialista em Direito pelo Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO).  
Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do UNITOLEDO.  
[camilabgomes@uol.com.br](mailto:camilabgomes@uol.com.br)

Recebido em 27-2-2017 | Aprovado em 3-4-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A QUESTÃO DAS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS; 2 OS RISCOS DA SUPERVALORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O direito constitucional passou por profundas transformações após o término da Segunda Guerra Mundial, com a percepção de que um positivismo extremamente centrado na lei pode justificar condutas abusivas e violar direitos fundamentais. Tal constatação deu origem a um movimento, denominado de neoconstitucionalismo, cuja preocupação central é aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito mediante a disseminação dos valores previstos nos princípios constitucionais para todo o ordenamento jurídico.

Conforme salienta Paolo Comanducci<sup>1</sup>, no plano teórico o neoconstitucionalismo representa uma alternativa ao juspositivismo tradicional, ao tratar a Constituição Federal como um conjunto de princípios e regras. Essa normatização da Constituição e de seus princípios gera uma “reaproximação entre Direito e filosofia”<sup>2</sup>, vez que ultrapassa os limites da legalidade estrita em busca da efetivação de uma série de valores constitucionais erigidos a partir da noção de dignidade da pessoa humana.

A alocação do Poder Judiciário como o guardião dos princípios e valores assegurados pela Constituição faz com que ele atue no cenário político, o que provoca uma verdadeira expansão do Judiciário, facilmente verificada pelo acentuado aumento do número de ações judiciais. Essa valorização do papel atribuído aos magistrados demonstra que está totalmente superada a visão segundo a qual o juiz era um mero reproduzidor das palavras da lei, reconhecendo-se uma participação mais ativa aos magistrados. Esse redimensionamento da importância do Poder Judiciário remete à importante questão, já debatida por Cappelletti<sup>3</sup>, da função do magistrado na interpretação do direito.

A tônica atual é reconhecer que os juízes participam do processo de criação do ordenamento jurídico, vez que a eles compete definir o conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e eficiência, assim como a possibilidade resolução dos conflitos entre as normas constitucionais, em atuação claramente complementar do trabalho legislativo<sup>4</sup>.

Essa nova amplitude do Poder Judiciário acaba por abalar o frágil equilíbrio entre direito e política. Isso porque, com grande frequência, o Judiciário é instado a se pronunciar sobre políticas públicas implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, que se mostraram insuficientes ou, até mesmo, sobre a ausência das referidas políticas. Ao cumprir

<sup>1</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. In: Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 83.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, jul.-dez. 2004, v.28, n.60, p.31.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

<sup>4</sup> BARROSO, *op. cit.*, p.36.

sua função constitucional, o Judiciário não deve invadir as competências dos demais poderes, e sim, zelar pela efetivação da Carta Constitucional, o que leva Nagibe de Melo Jorge Neto a afirmar:

...os sistemas político e jurídico, por vezes, ocupam o mesmo espaço, atuam sobre as mesmas questões, mas operam em frequências e canais distintos, obedecendo a razões distintas e utilizando-se de linguagem distintas. Um complementa o outro, mas não se anulam, tampouco há uma substituição ou confusão de um pelo outro<sup>5</sup>.

Percebe-se que o novo status atribuído ao Poder Judiciário traz consigo algumas dificuldades. Isso porque, para garantir o cumprimento da Constituição, especialmente de suas cláusulas pétreas, o juiz pode tomar decisões contrárias à vontade da maioria parlamentar. Afora isso, há ainda a questão dos limites da participação criativa do magistrado na interpretação do direito, tendo em vista a possibilidade de excessos conduzirem a um totalitarismo judicial.

O objetivo desse artigo é definir o papel do Poder Judiciário na democracia contemporânea, traçando os limites de sua atuação. Para tanto, é necessário enfrentar o problema das decisões contramajoritárias.

## 1 A QUESTÃO DAS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS

A conciliação entre neoconstitucionalismo e democracia exige uma leitura adequada do conceito desta à era contemporânea. Tal constatação conduz ao entendimento de que a democracia já não pode ser analisada apenas como o governo por meio de representantes do povo, vez que tal postura, dissociada de valores e direitos fundamentais, pode conduzir a maioria a tomar decisões arbitrárias. Democracias fortes dependem do respeito efetivo aos direitos assegurados constitucionalmente.

Para Nagibe de Melo Jorge Neto:

A modernidade se encaminhou para uma organização em que a democracia não significa simplesmente o exercício do poder estatal por meio dos representantes do povo. A representação popular, para se legitimar, deve estar cada vez mais amparada, corrigida e enriquecida por mecanismos ancilares, sob pena de instituir um regime político fundado na ditadura do parlamento, tão divorciado dos interesses do povo quanto qualquer ditadura ou oligarquia. Desses mecanismos, os mais antigos e conhecidos são a liberdade de pensamento, a participação popular direta por meio do plebiscito e do *referendum* o *recall*, mecanismo que possibilita a cassação do mandato do parlamentar que trai a representação popular.<sup>6</sup>

Dessa forma, o conceito formal de democracia já não é satisfatório, vez que o

<sup>5</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas. Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador; JusPodivm, 2008, p.70.

<sup>6</sup> JORGE NETO, *op.cit.*, p. 77.

processo eleitoral não é suficiente para aproximar o eleitor das decisões políticas. O Estado Democrático de Direito exige e está apoiado em uma visão substancial de democracia, onde se ampliam os espaços de participação do cidadão, tornando-se o Poder Judiciário verdadeiro instrumento de efetivação dos princípios democráticos<sup>7</sup>

Luigi Ferrajoli<sup>8</sup> se debruça sobre a questão democrática e afirma que as normas responsáveis pela organização e funcionamento dos Poderes Públicos constituem a dimensão formal da democracia, enquanto as normas relativas ao direito de liberdade e aos direitos sociais são características de uma democracia substancial, o que é essencial em um Estado Democrático de Direito. O garantismo de Ferrajoli leva Lenio Luiz Streck a assim se manifestar:

...altera-se a relação entre a política e o Direito. Uma vez que o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, *senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito*, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelo direito às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos<sup>9</sup>.

Tais considerações remetem ao questionamento acerca da legitimidade do Poder Judiciário, composto por membros não eleitos, para, por meio de decisões acerca do conteúdo da Constituição, restringir as manifestações do Parlamento ou do administrador público. John Hart Ely<sup>10</sup> afirma que o grande problema da revisão judicial é justamente o fato de um corpo não eleito de juízes dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como gostariam. Na visão do autor, o papel dos Tribunais seria fiscalizar os procedimentos que legitimam o processo democrático, sem intervir em decisões políticas acerca de valores morais. Sua concepção de democracia é fortemente marcada pelo princípio da igualdade, vez que a ofensa aos direitos das minorias significa que o processo político não observou as condições democráticas.

Nota-se que a teoria de Ely busca compatibilizar a existência de decisões contramajoritárias com a democracia, limitando a possibilidade dos magistrados se manifestarem de modo contrário à vontade parlamentar à defesa do procedimento democrático, ou seja, à tutela dos direitos relativos à participação política e a proteção de minorias, e excluindo, portanto, a possibilidade de julgamentos de conteúdo moral.

Na mesma linha procedimentalista, Habermas sustenta que a lógica da separação de poderes não pode ser ofendida por um Tribunal que não detém meios para impor suas decisões aos poderes Legislativo e Executivo, razão pela qual uma democracia constitucional não deve fundar-se em valores materiais sob pena de se transformar o Tribunal

<sup>7</sup> APPIO, Eduardo. Controle judicial de políticas públicas no Brasil. Curitiba:Juruá, 2008, p. 27.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomia- revista de teoria y filosofia Del derecho*, n.16, abril, 2002, p.13.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.182.

<sup>10</sup> ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. Imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p.5.

Constitucional em “instância autoritária”<sup>11</sup>.

Em contrapartida, existem aqueles que não veem ofensa à democracia no fato dos juízes, eventualmente, não confirmarem a vontade do Parlamento em suas decisões, destacando-se o norte-americano Dworkin<sup>12</sup>. Em sua concepção, qualquer governo que tenha uma constituição repleta de princípios precisa decidir a quem competirá a função interpretativa. Assim, defende que uma leitura moral da constituição, efetivada pelos magistrados, é essencial para garantir a isonomia e a própria democracia. Assume que a leitura moral da constituição toma os princípios morais abstratos como limites ao poder do governo, razão pela qual os juízes devem obediência a uma ordem moral superior, com base principiológica<sup>13</sup>, sob pena de suas decisões serem ilegítimas e ofensivas ao sistema representativo.

O jurista americano não nega o risco de abusos por parte do Poder Judiciário, mas afirma que se trata do mesmo risco existente nos demais poderes, vez que tanto “os generais como presidentes e padres podem abusar de seus poderes, também. A leitura moral é uma estratégia para advogados e juízes agindo de boa fé, o que é tudo que qualquer estratégia interpretativa pode ser”<sup>14</sup>.

Árduo defensor da combinação entre legisladores majoritários e revisão judicial, Dworkin sustenta que não é antidemocrático estabelecer um controle judicial sobre as decisões do Legislativo, “garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados”<sup>15</sup>.

As teses supra expostas são claramente antagônicas. No entanto, não há como negar que a noção puramente procedimental de democracia não se adequa à realidade brasileira. Isso porque a Constituição Federal de 1988 conta com um núcleo rígido de disposições, conhecidas como “cláusulas pétreas”, que abrangem, entre outros, os direitos e garantias fundamentais, de modo que, se o Poder Judiciário se limitasse a análise do procedimento democrático, desamparadas estariam as garantias constitucionais, com evidentes riscos para a democracia.

Oscar Vilhena Vieira tece os seguintes comentários acerca da teoria procedimentalista:

Para que o sistema democrático de controle de constitucionalidade formulado por Ely faça sentido, é necessário que se tenha uma democracia melhor qualificada à tomada de decisões morais que a atual. Certamente, se o procedimento democrático fosse perfeito, no sentido de apenas levar a decisões justas, então, não precisaríamos nos preocupar com um órgão responsável por verificar as leis produzidas pelo parlamento, em face dos princípios substantivos de justiça que

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, trad. Flávio Beno Siebeneichler, p.321.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p.2-18.

<sup>13</sup> DWORKIN. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. *op.cit.*, p.83.

<sup>14</sup> DWORKIN. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. *op.cit.*, p.11.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. *Jornal O Estado de São Paulo*. Espaço Aberto, de 26 abr. 1997.

estruturam a base da organização constitucional<sup>16</sup>.

A própria afirmação de que as decisões judiciais contramajoritárias são ilegítimas por serem tomadas por um corpo não eleito de juízes não se sustenta, pois, no caso brasileiro, os magistrados são selecionados por rígido processo de seleção por concurso público de provas e títulos. O acesso às carreiras jurídicas é facultado a todos os formados em direito, sendo a escolha baseada em critérios técnicos objetivos. Além do que, nenhum poder do Estado é tão próximo do cidadão quanto o Judiciário, vez que este só atua se for provocado, diretamente (pelo cidadão) ou indiretamente (por associação, Ministério Público ou outro legitimado). Dessa forma, a existência de discussões judiciais acerca da constitucionalidade de certa atuação estatal é decorrência de uma provocação popular e implica em efetivação da democracia em sua forma mais universal.

A democracia constitucional do Estado Democrático de Direito ultrapassa os limites supra-expostos. O governo do “povo, para o povo e pelo povo”, na clássica definição de Lincoln, deve ser visto não só como a possibilidade de escolher os representantes mas também de controlar, por meio do Poder Judiciário, a atuação destes.

Lênio Luiz Streck lembra a lição de Vital Moreira:

*primeiro*, para o juiz constitucional, a Constituição é um dado, não podendo ele substituir-se ao legislador constitucional na definição da extensão e da intensidade com que a lei fundamental limita a liberdade de escolha do legislador ordinário; *segundo*, em princípio, todos os preceitos constitucionais detêm uma função normativa, ou seja, nenhum preceito pode ser privado de função normativa; *terceiro*, não assiste ao juiz constitucional o direito de autolimitar-se no exercício dos seus poderes (teoria do chamado *self restraint*), nomeadamente a pretexto de se tratar de ‘questões políticas’ (*political question doctrine*, da jurisprudência norteamericana). O juiz constitucional somente pode censurar o legislador se e na medida em que esteja vinculado pela Constituição, *independentemente do mérito ou demérito das soluções legislativas em causa*. Daí que, uma vez verificado que o legislador estava constitucionalmente vinculado e violou a Constituição, não resta ao juiz constitucional senão tirar a consequência da inconstitucionalidade, independentemente da natureza, política ou não, das questões envolvidas<sup>17</sup>.

Não se admite a existência de poderes do Estado desvinculados dos objetivos constitucionais. A discricionariedade dos legisladores e administradores públicos deve ser orientada e regrada pelos mandamentos da Carta Maior, vez que a Constituição tem força vinculante e irradia seus valores por todo o ordenamento.

A democracia ganha nova complexidade e o Poder Judiciário converte-se no protetor dos valores constitucionais, em especial os garantidores da dignidade da pessoa humana, estando autorizado a corrigir eventuais violações aos princípios assegurados na Constituição, perpetradas pelos demais Poderes. Os juízes assumem papel mais ativo na defesa dos ideais constitucionais e da efetivação de seus ditames, podendo exigir o cumprimento da

<sup>16</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: Virgílio Afonso da Silva (org.) *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2007, p.248.

<sup>17</sup> STRECK. *op.cit.*, p.167.

Constituição de todos que a desrespeitarem, inclusive dos representantes do povo.

Saliente-se, ainda, que a motivação das decisões judiciais é mais uma demonstração da legitimação democrática do Poder Judiciário. A população, por seus advogados ou demais representantes previstos em lei, conduz à apreciação do magistrado uma infindável gama de teses jurídicas, cuja legitimidade deve ser apreciada face aos princípios constitucionais em decisão claramente fundamentada.

O povo, ao provocar a jurisdição e exercer o contraditório, participa diretamente do processo de interpretação constitucional, de modo que não se pode afastar o reconhecimento de uma legitimidade democrática especial ao Poder Judiciário. Seus membros não são eleitos, mas convocados a atuar pela própria população que questiona a atuação legislativa ou executiva dos demais poderes e incita o Judiciário a garantir a concretização das normas constitucionais.

Na visão do magistrado francês Antoine Garapon, a justiça é um espaço de exigibilidade da democracia, vez que oferece potencialmente aos cidadãos a oportunidade de interpelar seus representantes. Em suas próprias palavras: “A justiça lhes oferece a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante”<sup>18</sup>.

Todos esses fatores conduzem o Poder Judiciário a uma função ímpar no Estado Democrático de Direito. A atual leitura da democracia deve agregar seus aspectos formal e material, vez que a visão isolada de qualquer deles conduzirá a excessos. Se o foco se restringir ao aspecto substancial, corre-se o risco de justificar governos não democráticos, mas empenhados em conduzir reformas sociais benéficas à população. Já o exagero na importância do procedimento democrático pode legitimar um governo eleito pelo povo a impor medidas restritivas de direitos<sup>19</sup>.

Os magistrados, portanto, estão vinculados à Constituição. A concepção de Estado Democrático de Direito exige a existência de um Parlamento e de chefes do Executivo eleitos por sufrágio universal, competindo ao Poder Judiciário a árdua tarefa de compatibilizar a vontade dos representantes do povo com a normatividade constitucional.

Ao assumir o papel de protagonista da defesa dos ditames constitucionais, o Poder Judiciário assume uma postura ativa no ambiente político, tornando necessário reinterpretar a tão difundida neutralidade dos juízes, que passa a ser vista como a total submissão do corpo judicial aos ideais democráticos previstos na Constituição<sup>20</sup>.

Traçando um comparativo entre as decisões do Parlamento e as decisões judiciais, Gustavo Ferreira Santos assim se manifesta:

A decisão do tribunal não pode ser comparada em arbítrio à decisão das maiorias.  
Por mais que exista indeterminação quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais,

<sup>18</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, trad. Maria Luiza de Carvalho, p.49.

<sup>19</sup> SPECTOR, Horacio. Entre Habermas y Dworkin – uma nota sobre los fundamentos de la democracia. Revista Argentina de Teoria Jurídica, 1999, p.2. Disponível na internet: <http://200.32.4.58/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/articulos/spector.htm>, Acesso em 25 de jul.2008.

<sup>20</sup> JORGE NETO, op.cit., p.68.

as possibilidades de decisão são mais restritas que aquelas existentes em um processo político aberto e ilimitado. O que precisamos é que o Tribunal se contenha ao fixar o conteúdo das cláusulas limitadoras do poder de decisão da maioria. Confrontando uma discricionariedade do legislador a uma discricionariedade judicial, Luis Prieto Sanchis afirma que a discricionariedade do legislador sempre foi uma discricionariedade imotivada, enquanto a do juiz pretende vir dominada por uma depurada argumentação racional (2000, p.173)<sup>21</sup>

Não há que se questionar sobre supostas violações ao princípio democrático pois, como brilhantemente afirma Korineck, citado por STRECK: “a vinculação do legislador às determinações constitucionais é ao mesmo tempo a vinculação do legislador democraticamente legitimado a um ato de mais elevada legitimação democrática”<sup>22</sup>.

A aliança entre democracia e ativismo judicial se justifica por meio de um processo de interpretação constitucional que busque corporificar os princípios abstratamente assegurados na Lei Maior. O novo papel do magistrado no Estado Democrático de Direito não exclui o caráter democrático deste, e sim, o complementa, vez que compete ao cidadão ou a seus representantes, no regular exercício de suas prerrogativas políticas, buscar junto ao Judiciário a efetivação da vontade constitucional e o controle sobre os excessos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Como assinala Cittadino<sup>23</sup>:

A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios e essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer<sup>24</sup>.

Note-se que a legitimação democrática do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito em nenhum momento poda a discricionariedade do legislador ou do governo em suas opções políticas. O direito de escolha sobre os rumos do Estado e as melhores políticas públicas a serem implementadas continua pertencendo aos representantes do povo, que tem a obrigação de respeitar o texto constitucional no momento em que tomam suas decisões. Essa observação é fundamental para o objeto deste artigo, vez que em nenhum momento se admitirá a substituição da função política, típica dos Poderes Legislativo e Executivo, pela judicial. O que aqui se defende é um posicionamento mais atuante do Poder Judiciário no controle da formulação e execução das políticas públicas, de modo a garantir a efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

<sup>21</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. *Democracia e jurisdição constitucional – reflexões sobre as regras do jogo democrático e o poder de veto das minorias*, 2006, p.10. Disponível na internet: [http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/direitos\\_fundam\\_gustavo\\_dos\\_santos.pdf](http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_gustavo_dos_santos.pdf), Acesso em 24 de jul. 2008.

<sup>22</sup> STRECK, op.cit., p.163.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 110.

<sup>24</sup> CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004, p. 110. Disponível na internet: [http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/alceu\\_119\\_cittadino.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/alceu_119_cittadino.pdf) Acesso em 23 de jul. 2008.



É preciso lembrar que a sociedade brasileira é caracterizada pela reduzida consciência política dos cidadãos, existindo um grande distanciamento entre os eleitores e seus representantes, o que conduz Andreas Krell a tecer as seguintes considerações:

Na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem alta carga valorativa e ideológica<sup>25</sup>.

Por fim, é preciso salientar que no contexto atual, O Poder Legislativo, tido como grande defensor da vontade popular, é influenciado por uma série de fatores de pressão externa, que comprometem sua representação democrática.

Conforme assinala Bonavides:

A vontade una e soberana do povo, que deveria resultar de um sistema representativo de índole e inspiração totalmente popular, se decompôs em nossos dias na vontade antagônica e disputante de partidos e grupos de pressão. Na sociedade de massas abala-se de maneira violenta a acomodação dos interesses econômicos, políticos e sociais, cada vez menos interesses globais do povo e cada vez mais interesses parcelados de grupos e classes conflitantes<sup>26</sup>.

A realidade, retratada diariamente na imprensa nacional, demonstra que a ação política de grupos de pressão influi de forma decisiva no comportamento dos governantes. Não raro, são relatados casos de financiamentos de campanhas eleitorais por grupos econômicos e a consequência que se verifica é o distanciamento cada vez maior entre eleitor e eleito.

Há uma clara crise no sistema representativo. No entanto, a ciência política ainda não encontrou uma forma de superar essas dificuldades, de modo que, a manutenção do sistema pelo qual o cidadão elege seus representantes em sufrágio universal e direto mantém-se imperativa para assegurar o mínimo de representatividade democrática.

Assinale-se, entretanto, que, apesar de imperativo, o sistema representativo já não é suficiente para assegurar a democracia. É preciso reaproximar a vontade do povo dos comandos da nação. O distanciamento da população junto aos poderes Legislativo e Executivo é tão claro no Brasil, que a maioria das pessoas sequer se recorda em quem votou nas últimas eleições. A falta de uma cultura política, característica de um país frequentemente oprimido por regimes ditatoriais, contribui para a formação de uma população despreparada para o exercício da cidadania, de modo que o Poder Judiciário se apresenta como uma possível solução para o fortalecimento da democracia.

É por meio do Judiciário que o cidadão pode, diretamente, exigir o cumprimento dos direitos que lhe são assegurados. Esta prerrogativa subsiste mesmo diante da inércia dos

<sup>25</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.70.

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo:Malheiros, 1999, p.217.

Poderes Executivo e Legislativo em executar ou regulamentar ditames constitucionais. O acesso ao Judiciário é facilitado pela possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, que faz do cidadão um agente provocador do controle e eficácia das normas constitucionais, aproximando-o do magistrado e transformando-o em elemento de essencial importância no processo de interpretação da Constituição. Qualquer cidadão, em qualquer comarca do país, pode provocar o controle judicial em busca da materialização dos ditames constitucionais, o que só pode ser interpretado como real e efetivo exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

Como muito bem assinala Jorge Neto, o Poder Judiciário contribui para amenizar as distorções do sistema representativo, “eis que alarga o debate acerca da implementação das políticas públicas e do modo de efetivá-la e possibilita uma via de pressão popular que, se não substitui os movimentos sociais organizados, atua *pari passo* com eles”<sup>27</sup>.

Tem-se, portanto, que o Poder Judiciário deve ser estudado e compreendido inserido no contexto do Estado Democrático de Direito. A atribuição de força normativa à Constituição associada ao pós-positivismo jurídico provoca uma mudança profunda na leitura do Estado após a Segunda Grande Guerra. O Poder Judiciário se fortalece e assume o significativo papel de guardião do efetivo cumprimento das normas constitucionais, visando evitar que seus ditames não passem de expectativas que nunca se materializam. Essa nova dimensão do Poder Judiciário não ofende a separação de poderes, vez que a ele não se atribui nem a função legislativa nem a gestão do Estado, mas o simples controle da atuação dos demais poderes no que tange aos limites impostos pela Constituição.

É justamente este total comprometimento do Poder Judiciário com a efetivação dos ditames constitucionais que faz dele, não um agente desagregador da democracia, como querem os críticos do ativismo judiciário; e sim, um importante elemento de garantia da democracia constitucional contemporânea, que não se atém aos aspectos procedimentais e busca uma materialização dos ditames constitucionais, com especial preocupação com a efetivação dos direitos sociais.

## 2 OS RISCOS DA SUPERVALORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A nova postura exigida do Poder Judiciário no Estado Constitucional de Direito traz consigo o problema do alargamento do poder dos magistrados. Surgem sérias dúvidas sobre os limites da discricionariedade judicial e os riscos de se vivenciar um governo de juízes.

O reconhecimento dos magistrados como sujeitos que contribuem para o processo de criação do direito é inafastável em um cenário que pretende agregar a concretização de uma democracia substancial à valorização dos princípios constitucionais, dotados de força normativa. No entanto, reconhecer a existência de certo poder criativo do magistrado não significa substituir a atividade legislativa pela judicial. O receio da instituição de uma ditadura de juízes não procede, pois a criação judicial não se confunde com a legislativa. Ao magistrado cabe a interpretação do direito e, conseqüentemente, certa liberdade criativa, delimitada pelas circunstâncias do caso concreto levado a juízo. Em regra, as decisões judiciais atingem apenas as partes, não detendo a capacidade de produzir comandos genéricos e abstratos. A

---

<sup>27</sup> JORGE NETO, op.cit., p.89.

liberdade criativa do juiz encontra limites na própria lide, ou seja, na maneira como as partes expuseram a questão, não se confundindo com a liberdade do legislador, afastada do caso concreto<sup>28</sup>.

Mesmo os julgamentos em que se propõe um controle abstrato da constitucionalidade da lei, com produção de efeitos “erga omnes”, não se confundem com a função legislativa. Isso porque, em regra, o controle abstrato de constitucionalidade surge ante a existência de uma lei já elaborada pelo Parlamento. Ao Congresso Nacional cabe o processo de elaborar as leis, competindo ao Judiciário fiscalizá-las de modo que se adéquem ao texto constitucional. Esse processo de fiscalização é marcado pela interpretação de cláusulas abertas, o que traz consigo uma margem inafastável de liberdade criativa, jamais confundida, no entanto, com arbitrariedade ou usurpação de função.

Nem mesmo a previsão constitucional de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão possibilita a confusão dos papéis do magistrado e do legislador. O objeto da ação é declarar a existência de uma omissão do Parlamento e não permitir que o Judiciário elabore uma norma para suprir essa lacuna.

O Judiciário não detém autonomia para, sozinho, criar leis, razão pela qual suas atribuições não se misturam com as do Poder Legislativo. No entanto, é inafastável a contribuição que ele oferece ao Legislativo ao interpretar as normas e definir seus conteúdos pois, como brilhantemente leciona Cappelletti, “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”<sup>29</sup>. A título de exemplo, em maio de 2011, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, o Supremo Tribunal Federal analisou conforme a Constituição e excluiu qualquer interpretação do artigo 1723 do Código Civil que pudesse impedir o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Não houve criação de normas, mas pura interpretação daquelas já existentes. Em outra decisão relevante, a Corte Maior reconheceu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3999, que os mandatos dos parlamentares eleitos pelo sistema proporcional pertencem aos partidos políticos ou às coligações, e não ao indivíduo eleito. Tais situações demonstram como o Judiciário assume papel de destaque na interpretação das normas, em especial frente à Constituição Federal.

O intérprete torna-se figura que complementa o conteúdo das normas vindas do Parlamento, vez que essas precisam ser lidas de forma a reiterar os ditames constitucionais. Mais que isso, o Legislativo não tem como prever todas as hipóteses em que uma lei vai ser questionada, ou todos os casos em que ela se aplicará, sendo inafastável o caráter criativo do juiz no processo hermenêutico. O reconhecimento desse fato é essencial, pois, só a partir dele é que se pode buscar traçar limites à liberdade interpretativa do magistrado.

O processo legislativo, de elaboração normativa, é claramente distinto do processo judicial, onde se interpretam as normas jurídicas. Conforme assinala Cappelletti:

...nenhum sistema legislativo e administrativo estaria em condições de agir com um mínimo de eficiência se constrangido à inércia até o momento em que, de um lado, o sujeito ou grupo interessado lhe promovesse a ação com o próprio pedido, e de

<sup>28</sup> PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.132.

<sup>29</sup> CAPPELLETTI, op.cit., p.42.

outro lado, todos os sujeitos ou grupos em conflito fossem ouvidos, ou tivessem adequada oportunidade para tanto<sup>30</sup>.

Todas as dúvidas acerca dos poderes dos magistrados derivam, em grande parte, do ineditismo da situação, vez que o Poder Judiciário jamais ocupou o papel de protagonista do sistema. O receio de que o Judiciário se torne um gigante e elimine a autonomia dos demais Poderes, constituindo uma verdadeira “aristocracia de juízes”, conduz, direta ou indiretamente, à questão da legitimidade das decisões judiciais. Afinal, o fato do magistrado interpretar a Constituição, definindo o alcance de suas normas e dimensionando as cláusulas abertas, não significa que ele esteja autorizado a efetuar uma leitura do texto constitucional desvinculada de qualquer coisa que não sejam suas convicções pessoais.

Totalmente pertinente, nesse ponto, a lição de Nagibe de Melo Jorge Neto que vê a decisão judicial como um discurso democrático. Dessa forma, ela não se restringe à vontade isolada do juiz, vez que resulta de “um procedimento constitucional e legalmente regulado, que deve observar princípios que assegurem às partes uma ampla participação no resultado final do processo”<sup>31</sup>.

Diante de tais reflexões, a argumentação jurídica torna-se essencial. Os princípios constitucionais, dotados de normatividade, possuem alto grau de abstração, o que gera a necessidade de preenchimento de seus sentidos. É preciso interpretá-los para, posteriormente, concretizá-los. A interpretação, no entanto, deve ser racional, a fim de tornar-se elemento de efetivação da democracia.

Peter Habermas traça interessante teoria sobre a hermenêutica constitucional. Segundo o autor, deve-se possibilitar que todos os participantes da sociedade contribuam como legítimos intérpretes do texto constitucional, pois “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”<sup>32</sup>.

Essa visão da hermenêutica constitucional pressupõe uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição e se contrapõe à concepção de juiz Hércules de Dworkin<sup>33</sup>. Para o jurista americano, o Hércules seria dotado de sabedoria e sagacidade sobre-humanas, podendo desenvolver teorias acerca das intenções legislativas e princípios jurídicos. Michelman, citado por Habermas<sup>34</sup>, critica essa visão ao constatar que o juiz Hércules de Dworkin é solitário e sua construção narrativa é baseada em monólogos. Ele não conversa com ninguém e não discute sobre nada. Essa concepção não se sustenta em uma sociedade plural onde o “juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”<sup>35</sup>.

A visão de Habermas é mais adequada à realidade social contemporânea e pode ser aplicada ao sistema brasileiro pois, quando o cidadão provoca a jurisdição e fundamenta o

<sup>30</sup> CAPPELETTI, op.cit., p.77.

<sup>31</sup> JORGE NETO, op.cit., p.105-106.

<sup>32</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.13, trad. Gilmar Ferreira Mendes

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.165, trad. Jefferson Luiz Camargo.

<sup>34</sup> HABERMAS, op.cit., p.278.

<sup>35</sup> HABERMAS, op.cit., p.278.

seu pedido na própria Constituição, traçando os limites da análise do juiz, ele está fornecendo sua interpretação do texto constitucional. O contraditório e a ampla defesa asseguram à parte contrária a possibilidade de trazer aos autos interpretações distintas da mesma norma. Desse modo, a decisão do juiz não será fruto exclusivo de sua mente, e sim “fruto de um processo dialético discursivo, em busca da melhor solução para o caso”<sup>36</sup>.

Percebe-se, portanto, uma primeira característica da decisão judicial: ela está restrita ao pedido das partes. Não pode o magistrado ir além do que foi delimitado pelo autor, o que diminui significativamente a liberdade do juiz no momento de julgar. Mais do que isso, o contraditório assegura às partes o exercício da argumentação jurídica e, conseqüentemente, gera o direito de ter suas alegações e interpretações ponderadas pelo magistrado. O juiz não decidirá com base em sua vontade exclusiva, pois será influenciado por todos os intérpretes da Constituição na busca dos argumentos mais racionais.

Dessa forma, o processo torna-se o “microcosmos democrático do Estado-de-direito”<sup>37</sup>, pois seria arbitrário admitir decisões judiciais proferidas sem a participação dos interessados no processo. Na bela lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo”<sup>38</sup>.

Todas essas observações convergem para a conclusão de Alexy<sup>39</sup>, para quem o processo não pode ser devidamente compreendido de modo alheio ao discurso. As partes buscam argumentar racionalmente, não como forma de convencerem umas às outras, mas com a pretensão de chegarem a argumentos que possam ser aceitos por qualquer pessoa racional. Partindo da teoria do discurso de Habermas, Alexy desenvolve sua teoria da argumentação jurídica, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, onde a argumentação se submete a uma série de condições limitadoras como a sujeição à lei e às normas processuais<sup>40</sup>.

A proximidade entre o discurso jurídico e o discurso prático geral se assenta no fato de que ambos lidam com questões práticas e atuam com uma pretensão de correção. A existência de limites ao discurso jurídico é o ponto de dissonância entre os dois discursos.

A compreensão da teoria da argumentação de Alexy depende, em grande parte, de sua concepção de discurso prático geral. O autor alemão entende que este é caracterizado pela presença de argumentos relativos a questões pragmáticas, éticas e morais, de modo que há uma relação de prioridade e permeabilidade entre o adequado, o bom e o justo<sup>41</sup>.

Baseando-se no discurso prático geral, Alexy sustenta que o discurso jurídico surge voltado à solução de questões práticas e atento a uma pretensão de correção, que implica em aceitabilidade racional, de modo que as sentenças devem ser racionalmente fundamentadas<sup>42</sup>.

É justamente o ordenamento jurídico o grande limitador da pretensão de correção

<sup>36</sup> JORGE NETO, op. cit., p.112.

<sup>37</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.25.

<sup>38</sup> DINAMARCO, op.cit., p.132

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008, p.216, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva

<sup>40</sup> ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica, op.cit., p.46.*

<sup>41</sup> ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica, op.cit., p.28.*

<sup>42</sup> ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica, op.cit., p.212.*

do discurso jurídico. O juiz deverá demonstrar, na motivação de sua decisão, que a sentença não se assenta em convicções pessoais, e sim, que está racionalmente justificada em consonância com as normas vigentes.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy não garante a segurança das decisões assim como não busca assegurar a correção das sentenças judiciais, mas, sem dúvida alguma, estabelece critérios que pretendem restringir a excessiva liberdade do julgador e garantir a racionalidade das decisões<sup>43</sup>.

O magistrado tem, portanto, o dever de comprovar que sua sentença é racional e atende os ditames da lei, da Constituição Federal e também as particularidades do caso concreto. O controle da racionalidade da decisão é fundamental, em especial nos casos que envolvem interpretações constitucionais de princípios e cláusulas abertas, que conferem ao intérprete certo grau de subjetividade. “A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida”<sup>44</sup>.

Como destaca Oscar Vilhena Vieira<sup>45</sup>, é por meio da argumentação presente na decisão judicial que se discute o alcance dos princípios constitucionais. Tal missão, se bem executada, pode transformar o Judiciário em elemento de extrema importância dentro do sistema democrático, onde, não raro, os valores fundamentais são submetidos à decisão da maioria parlamentar.

Tem-se, portanto, que no Estado Constitucional de Direito não há espaço para arbítrios e as decisões judiciais devem estar racionalmente justificadas, de modo que possam ser controladas pela sociedade. Nesse momento, merece destaque a questão da fundamentação da decisão, expressamente exigida no artigo 93, IX da Constituição Federal.

A motivação da sentença é uma das mais importantes e árduas tarefas do juiz. Aqui não bastam argumentos superficiais. A análise deve ser profunda, sopesar as teses de autor e réu, justificar exhaustivamente a decisão, de modo a torná-la legítima.

A questão é de suma importância pois, conforme alertam Ana Paula de Barcellos e Luis Roberto Barroso, “nunca se motivou tão pouco e tão mal”<sup>46</sup>. A chamada motivação concisa tem se tornado um hábito e, em que pese possa ser admitida nos chamados casos fáceis, onde a simples aplicação de uma regra resolve a lide, não pode ser sequer cogitada nos casos difíceis, onde é imprescindível que o magistrado exponha seu raciocínio e argumente de modo a fundamentar sua decisão, possibilitando que essa possa ser racionalmente controlada.

Dessa forma, as decisões judiciais devem ser cuidadosamente motivadas e respaldadas em parâmetros argumentativos racionais. A atividade hermenêutica efetuada pelo magistrado não se baseia em sua vontade pura e simples. A interpretação constitucional é fruto de um processo dialogado, que concretiza a democracia e reforça os fundamentos do Estado de Direito, sendo a motivação da sentença o ápice de todo esse processo. Justamente

<sup>43</sup> JORGE NETO, op.cit., p.134.

<sup>44</sup> BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, 2003, p.24. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arte\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arte_histdirbras.pdf). Acesso em 20 junh. 2008

<sup>45</sup> VIEIRA, op.cit., p. 253.

<sup>46</sup> BARCELLOS;BARROSO, op.cit., p.24.

por isso, exige-se do julgador uma capacidade de argumentação extremamente refinada, vez que já não basta o vencimento do juiz; é preciso convencer a sociedade de que a decisão do magistrado, proferida por meio do discurso jurídico, é a mais adequada ao caso concreto, de acordo com os ditames constitucionais.

Não se pode esquecer que é por meio da motivação da sentença que a população verifica o conteúdo da decisão judicial e constata a idoneidade de atuação do Poder Judiciário na busca pelos postulados do Estado de Direito<sup>47</sup>.

Não há dúvidas de que o juiz é livre para decidir. No entanto, ele precisa demonstrar como formou seu convencimento, pois, somente acompanhando o raciocínio do magistrado é que se poderá verificar se “partindo de diretrizes válidas, foram devidamente considerados os fatores que envolvem o fato na realidade”<sup>48</sup>.

O novo papel atribuído ao Poder Judiciário não é e não pode ser sinônimo de arbítrio. Existem claros limites ao poder criativo do magistrado, muito mais amplos que os aplicáveis aos demais Poderes. O atual momento social exige uma nova postura do Poder Judiciário, que, obviamente, não é imune a riscos. No entanto, o risco de excessos por parte do magistrado é menor que o risco de excessos pelos parlamentares ou administradores públicos, pois, como já dizia Hamilton, o Poder Judiciário é o “menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los”<sup>49</sup>.

O neoconstitucionalismo mostra-se incompatível com uma visão minimalista do Poder Judiciário, típica do século XIX, de modo que é chegado o tempo do Judiciário igualar-se, em importância, aos demais Poderes do Estado, vez que, o reconhecimento de que as três funções estatais integram um todo único, buscam os mesmos objetivos e orientam-se pelos mesmos princípios, impõe que sejam igualmente valorizadas.

Não se sabe para onde esse novo papel do Judiciário vai conduzir. No entanto, urge a utilização de argumentos racionais e da participação de todos os intérpretes da Constituição, a fim de possibilitar uma leitura da Carta Maior que assegure a efetivação de uma democracia substancial, com especial destaque para a necessidade de concretização de direitos sociais.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do término da Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico entra em crise e há o resgate de certas noções principiológicas valorativas que provocam o estreitamento da ligação entre direito, moral e justiça. Sob esse aspecto, o denominado neoconstitucionalismo enfrenta um gigantesco desafio caracterizado pela valorização do Poder Judiciário e a possibilidade de decisões judiciais fundadas em princípios jurídicos abertos se oporem às resoluções do parlamento.

O retorno a um positivismo puro é inaceitável, vez que a experiência já demonstrou que a lei, por si só, é um instrumento insuficiente para impedir abusos e ofensas a direitos

<sup>47</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.63.

<sup>48</sup> PORTANOVA, op.cit., p.148.

<sup>49</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p.479, tradutora Maria Luiza X. de A. Borges

fundamentais. Em contrapartida, a “principiologização” do direito pode produzir um cenário de incertezas e de grande insegurança jurídica, vez que a interpretação de cláusulas abertas depende, sem sombra de dúvidas, de aspectos subjetivos ligados aos valores e à formação do próprio intérprete, o que faz dos juízes elementos essenciais para a própria condução do país, vez que sob eles recai a responsabilidade de afirmar o que é constitucional e de definir o alcance de conceitos abertos e sujeitos a várias interpretações. Essa liberdade interpretativa dos magistrados, apesar de inafastável, pode levar à produção de decisões totalmente diferentes para casos iguais ou muito similares, dependendo da interpretação dada pelo julgador a um princípio ou cláusula constitucional. Tal constatação faz com que o grande desafio do constitucionalismo atual seja a identificação dos limites da atuação dos magistrados.

Como membros do Poder Judiciário, os juízes tem o dever de zelar pelo cumprimento dos ditames constitucionais. No entanto, o exercício da judicatura deve ser feito de forma racional, por meio de decisões motivadas de forma clara, embasadas nas leis e nos princípios jurídicos e que analisem todos os aspectos suscitados pelas partes em suas leituras individuais do texto constitucional. Como já afirmou Peter Häberle<sup>50</sup>, o cidadão é um legítimo intérprete da Constituição, o que conduz à necessidade do magistrado analisar sob todos os prismas qual a leitura do texto constitucional que mais se adéqua aos princípios e valores defendidos pela Carta maior. É claro que essa nova postura judicial, que possibilita uma abertura interpretativa, com a discussão de variadas teses hermenêuticas, aproxima o cidadão do Poder Judiciário, que passa a ser visto como o órgão capaz de corrigir e reprimir os excessos e omissões praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo. É por meio do Judiciário que a população pretende ver cumprida a Constituição Federal e assegurados seus ditames. Essa confiança da população no sistema judiciário é, de certa forma, resultado do descrédito que afeta o sistema político, em especial o Congresso Nacional. O distanciamento entre os eleitores e seus representantes leva a população a debater judicialmente questões políticas, em detrimento da cobrança e pressão sobre os representantes eleitos. Diante de tal contexto, é inegável que o poder Judiciário assume relevante papel de controle sobre a constitucionalidade das decisões políticas do Legislativo e do Executivo, o que restringe a liberdade interpretativa e criativa dos parlamentares.

É justamente esse o ponto que provoca polêmicas, vez que muitos não aceitam que uma decisão judicial possa se sobrepôr ao entendimento da maioria parlamentar, sob pena de violação de preceito democrático elementar. Alegam que se pretende substituir a vontade dos representantes do povo pelo subjetivismo e conseqüente arbítrio da decisão judicial. No entanto, em uma conjuntura neoconstitucional, a própria concepção de democracia precisa ser reinterpretada. A noção de um governo por meio de representantes eleitos deve ser complementada pela ideia de efetiva garantia dos direitos fundamentais, o que só é possível mediante estrito cumprimento das normas constitucionais, de modo que se torna essencial o fortalecimento do Judiciário e o controle da constitucionalidade das decisões do parlamento. Democracia e neoconstitucionalismo não são incompatíveis, e sim, complementares. Não há democracia efetiva sem direitos fundamentais garantidos de forma plena, inclusive contra excessos da maioria parlamentar. Em contrapartida, não há como se sustentar um Estado

---

<sup>50</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2002, trad. Gilmar Ferreira Mendes.



neoconstitucional, baseado na força normativa da constituição, de seus princípios e dos direitos fundamentais, desatrelado da participação popular. Apesar de aparentemente excludentes, a democracia e o neoconstitucionalismo devem caminhar juntos, e os magistrados detém inúmeros meios para contribuir com esse processo e fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, os juízes possuem contato direto com a população, que atua como autora ou ré, podendo tomar conhecimento de suas aspirações e da forma como interpreta a Constituição. Esse diálogo entre o juiz e as partes é naturalmente democrático e deve ser tratado com extremo respeito. Assim, todas as alegações feitas no processo devem ser consideradas no momento de tomada da decisão. Uma motivação adequada da sentença é fundamental para atribuir-lhe legitimidade. Um processo em que se verifica uma argumentação racional, que considerou todos os aspectos arguidos pelas partes, e embasou a decisão em leis e princípios constitucionais é legítimo e democrático. Não há como negar que surgirão decisões díspares para casos similares, mas esse é o preço a pagar pela reaproximação entre direito e moral. A interpretação de cláusulas abertas possibilita um grande número de alternativas, todas elas válidas perante o ordenamento, o que faz da motivação da sentença o principal elemento de controle da postura do magistrado, que tem o dever de não deixar passar sem apreciação nenhuma tese levantada pelas partes.

Enfim, o neoconstitucionalismo representa um novo momento na interpretação constitucional. Abre-se mão de uma parcela da segurança jurídica em prol da defesa dos direitos e garantias fundamentais assegurados em princípios e cláusulas constitucionais abertas. Os magistrados se destacam como os detentores do poder de dizer o que está ou não em conformidade com a Constituição. Tal postura é legítima e pode contribuir para o fortalecimento da democracia, desde que se tenha a cautela de impedir os juízes de assumirem as vezes de legisladores, criando leis. Enquanto estiverem apenas a interpretá-las ou a declarar sua inconstitucionalidade por omissão, os magistrados contribuem para a construção de uma democracia forte e o desenvolvimento de uma participação popular mais ativa nesse processo; no entanto, se extrapolarem os limites de sua competência e começarem a produzir normas em substituição ao legislativo haverá o risco de uma ditadura de juízes, essa sim, inaceitável.

Tem-se, portanto, que o neoconstitucionalismo pode representar um grande avanço para a ciência jurídica, desde que os magistrados estejam devidamente preparados para a grandeza da missão que lhes foi atribuída, qual seja, defender a Constituição por meio de decisões racionais amplamente motivadas e sem ultrapassar os limites da competência que lhes foi atribuída pelo próprio texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva.

\_\_\_\_\_. La tesis del caso especial. *Isegoria*, n.21, 1999, pp. 23-35.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova*

*interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, 2003. Disponível em:

[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arte\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arte_histdirbras.pdf). Acesso em 20 jun. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, jul.-dez. 2004, v.28, n.60, p.27-65.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo:Malheiros, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004, p. 105-113. Disponível na internet: [http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/alceu\\_119\\_cittadino.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/alceu_119_cittadino.pdf) Acesso em 23 de jul. 2008.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In: Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. *Jornal O Estado de São Paulo*. Espaço Aberto, de 26 abr. 1997.

\_\_\_\_\_. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. Massachussets: Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, trad. Jefferson Luiz Camargo.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. Imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomia- revista de teoria y filosofia Del derecho*, n.16, abril, 2002, p.7-20.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, trad. Maria Luiza de Carvalho.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2002, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, trad. Flávio Beno Siebeneichler.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, tradutora Maria Luiza X. de A. Borges.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. O controle jurisdicional das políticas públicas. Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador; JusPodivm, 2008.

- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. *Democracia e jurisdição constitucional – reflexões sobre as regras do jogo democrático e o poder de veto das minorias*, 2006. Disponível na internet: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direitos\\_fundam\\_gustavo\\_dos\\_santos.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_gustavo_dos_santos.pdf), Acesso em 24 de jul. 2008.
- SPECTOR, Horacio. Entre Habermas y Dworkin – uma nota sobre los fundamentos de la democracia. *Revista Argentina de Teoria Jurídica*, 1999. Disponível na internet: <http://200.32.4.58/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/articulos/spector.htm>, Acesso em 25 de jul.2008
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: Virgilio Afonso da Silva (org.) *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2007.