



## DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO THE JUDICIARY OF DEMOCRATIC LEGITIMATION

<i>Recebido em:</i>	23/02/2014
<i>Aprovado em:</i>	14/04/2014

**Sérgio Tibiriçá AMARAL** <sup>1</sup>

**Wellington Boigues Corbalan TEBAR** <sup>2</sup>

### RESUMO

O Poder Judiciário, hoje, está assumindo uma postura pró-ativa na concretização dos direitos do cidadão. Tal postura diferenciada tem como uma de suas causas a omissão inconstitucional dos demais poderes constituídos, que sucumbem perante a luta política e se perdem nos campos obscuros do poder, deixando de cumprir com as obrigações constitucionais. Num cenário de extremo desgaste institucional, Têmis, a deusa da justiça, representada pelos agentes do Poder Judiciário, supera a cegueira dogmática que anteriormente lhe foi imposta, assumindo papel de destaque na garantia e defesa da Constituição, especialmente no sentido de concretizar direitos fundamentais. Esta atuação pró-ativa se revela como legitimamente democrática por vários fatores, tais como o

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Faculdade de Direito de Bauru-ITE; Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar; Docente do curso de Direito do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente; Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Associação Educacional Toledo; Professor titular da cadeira de Teoria Geral do Estado da FDDPP e da disciplina de Direito Internacional Público; Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP; Membro do Grupo de Pesquisa do Programa de Doutorado da ITE, liderado pelo Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior, para estudos em direito de informação e liberdade de expressão.

<sup>2</sup> Mestrando pela Universidade de Lisboa; Docente do curso de Direito do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela mesma instituição; Recebeu, por cinco vezes consecutivas, a Comenda Antônio Eufrásio de Toledo, que reconhece os melhores alunos dos cursos de graduação da Toledo Presidente Prudente.



neoconstitucionalismo, a proteção dos direitos fundamentais e das minorias, a necessidade de provocação, dentre outros.

**Palavras-chave:** Constituição. Ativismo judicial. Atuação judicial concretizadora. Efetivação dos Direitos Fundamentais. Legitimidade Democrática do Poder Judiciário.

### ABSTRACT

The Judiciary today is taking a proactive stance in the realization of the rights of the citizen. Such a differentiated approach has as one of its causes unconstitutional omission of the other powers that be, who succumb to the political struggle and get lost in the obscure field of power, no longer comply with constitutional obligations. In an extreme institutional wear, Themis scenario, the goddess of justice, represented by agents of the Judiciary, outperforms previously dogmatic blindness that was imposed by assuming a prominent role in securing and defending the Constitution, especially towards realizing fundamental rights. This proactive action reveals itself as democratic legitimately by many factors, such as neoconstitutionalism, the protection of fundamental rights and minorities, the need for provocation, among others.

**Key-words:** Constitution. Judicial activism. Prolific judicial action. Enforcement of Fundamental Rights. Democratic Legitimacy of the Judiciary.

## 1 INTRODUÇÃO

O Judiciário está assumindo postura pró-ativa na concretização dos direitos do cidadão, isto é, a atividade jurisdicional “se posicionou como responsável pela garantia real das liberdades fundamentais” (GARAPON, 2001, p. 44). Tal postura tem como uma de suas causas a omissão inconstitucional dos demais poderes constituídos, que deixam de cumprir com as obrigações constitucionais. Neste sentido, “o terceiro poder enriquece-se com a



discórdia dos dois primeiros [...]” (GARAPON, 2001, p.44), auto afirmando-se, perante aqueles órgãos, como potencial garantidor das determinações constitucionais.

Num cenário de extremo desgaste institucional, Têmis, a deusa da justiça, representada pelos agentes do Poder Judiciário, supera a cegueira dogmática que anteriormente lhe foi imposta, assumindo papel de destaque na garantia e defesa da Constituição, especialmente no sentido de concretizar direitos fundamentais.

Este avanço da justiça constitucional em direção às questões políticas se dá, principalmente, em razão das promessas consignadas na Constituição que, não sendo cumpridas pelos órgãos representativos (campo político), são objeto de concretização via judicial (campo jurídico). Entretanto, essa atuação diferenciada dos órgãos judiciários encontra resistências. As principais delas são os argumentos de que tal postura está provocando uma indevida judicialização da política, além de que o Poder Judiciário não partilha de legitimidade democrática para tanto.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Segundo ensina Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.61), como a atividade jurisdicional é uma das manifestações fundamentais do Estado contemporâneo, pois este assumiu para si o monopólio da solução dos conflitos de interesses, podemos dizer que a jurisdição é uma das faces do poder político. Ainda, seria possível afirmar que o “judiciário realiza atividade politicamente útil junto á comunidade na perseguição do adimplemento dos compromissos e programas constitucionais, que tem nos tribunais uma de suas arenas favoritas de viabilização compulsória” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.62).

Acontece que a judicialização da política é uma das maiores resistências contra a concretização dos direitos fundamentais do cidadão pela via judicial. Neste sentido, partir-se-ia “da premissa da existência de uma dicotomia entre *questões jurídicas* e as *questões*



*políticas*” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.62), sendo que em relação a estas últimas, o Poder Judiciário não estaria autorizado a as conhecer.

Entretanto, há realmente uma diferença entre questões políticas e questões jurídicas? Quando uma questão deixa de ser política e se torna juridicamente acionável? Conforme nos ensina Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.65-66):

Em uma primeira tentativa conceitual, pode-se dizer que ao campo de alcance do controle judicial correspondem [...] as *questões jurídicas* (judiciárias, jurisdicionáveis ou, ainda, justiciáveis) e àquele ambiente em que se localizam assuntos impenetráveis pela mão revisora do Judiciário dá-se o nome de *questões políticas*.

Dessa forma, questão política é todo ato de poder que não pode ser efetivamente apreciado pelo Poder judiciário, ainda que seja apresentado para em algum tribunal (SOUZA JUNIOR, 2004, p.66). Neste sentido, o campo da atuação jurisdicional se restringiria apenas às questões jurídicas, isto é, passíveis de discussão nos tribunais. Acontece que a zona fronteira, que distingue as questões políticas das questões jurídicas, é nebulosa. Assim, “a alegada invulnerabilidade do ato não inibe a apreciação judicial, pois é da índole de todo Estado democrático propiciar a avaliação de qualquer controvérsia pelos tribunais” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.70). Isso significa que a questão, embora assuma uma roupagem política, sempre poderá ser discutida em juízo, pois ao Judiciário cabe o dever de julgar todas as questões que lhe são submetidas. Neste sentido, Antoine Garapon (2001, p.44):

*A politização da razão judiciária* não tem outro equivalente senão a *judicialização do discurso político*. As reivindicações políticas se exprimem mais facilmente em termos jurídicos que ideológicos, e os direitos individuais e formais suplantando os direitos coletivos e substanciais.



Dessa forma, “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, cabe ao juiz dela conhecer, decidindo a matéria” (BARROSO, 2005, p.06). Além disso, o Judiciário é o guardião dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cabendo-lhe a proteção do cidadão contra qualquer ato que apresente qualquer resquício de abuso de poder. Sendo assim, se um ato político afrontar a constituição, o Poder Judiciário pode e deve intervir, para a manutenção da supremacia constitucional e do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o Poder Judiciário não pode se eximir de apreciar as questões políticas, porque “pior que os riscos de decisões judiciais politicamente abusadas seria não haver canal algum para as soluções de controvérsias de fundo político” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.85).

Conforme pondera Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.99-100):

Ao aumentar a pressão deste tipo de demanda judicial, especialmente a partir do surgimento do chamado Estado Social, que, como visto, incorporou promessas e compromissos de vulto nas cartas constitucionais, um novo fenômeno multidimensional, interdisciplinar e materialmente expansivo passou a ser observado e estudado. A esse fenômeno tem-se dado o nome de *judicialização da política*.

Dessa forma, quando se fala em judicialização da política, está a se indicar “o envolvimento crescente do Judiciário em questões de índole essencialmente política” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.102), pois a solução daquelas, ao invés de se dar no campo do jogo político, dá-se por determinação judicial.

## 2.1 Judicialização e ativismo judicial



Considerando que as questões políticas podem ser analisadas pelos tribunais, quais são os critérios válidos para estabelecer os seus limites de atuação? Isto é, o tribunal pode atuar em toda e qualquer questão política? Antonio Umberto de Souza Junior nos oferece a resposta (2004, p.85):

[...] a questão teórica dos limites de atuação dos tribunais em matérias políticas ainda não encontrou uma resposta totalmente satisfatória. A ausência de um paradigma teórico norteador empurra a questão, nos tribunais, para soluções pragmáticas: os tribunais avaliam, caso a caso, se devem ou não intervir, valendo-se de diversos artifícios, como a distinção entre questões procedimentais (*matters of procedure*) e questões substanciais (*matters of substance*). Quando ostentam tendência interventora são acusados de ativismo judicial; quando preferencialmente tímidos, de autocontenção (*self restraint*).

Diante de uma questão política que lhes é submetida, os juízes podem tomar duas posturas: autocontenção ou ativismo. Diante da judicialização de uma questão política, os tribunais podem tomar uma daquelas duas atitudes, que são antagônicas. Note, então, que judicialização não se confunde com a auto-contenção ou ativismo judicial. A judicialização representa o fenômeno pelo qual uma questão política alcança o Poder Judiciário. Já a auto-contenção e o ativismo judicial são as posturas que podem ser tomadas pelos tribunais em relação a estas questões. Em suma: a judicialização depende de provocação, mas depois de provocado o Judiciário pode se auto-conter, ou assumir uma posição pró-ativa na análise daquela questão política. Pela autocontenção, os juízes ou tribunais se eximem da responsabilidade de julgar, alegando que determinada matéria é eminentemente política, não cabendo a eles a solução de tal questão. Neste sentido, Luís Roberto Barroso explica que (2005, p. 07):



O oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. [...]

Veja que a auto-contenção judicial é uma postura tímida, por vezes incompatível com o Estado Democrático de Direito em que vivemos, e até mesmo inconstitucional, porque ao Judiciário cabe a defesa da Constituição, e este fim somente pode ser alcançado pelo integral cumprimento do dever de julgar. Por outro lado, o ativismo judicial é uma postura pró-ativa, principalmente no sentido de concretização dos preceitos constitucionais. Conforme nos ensina Luís Roberto Barroso (2005, p. 06):

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

E continua (2005, p.06):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da



Constituição a situações não contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Veja que a autocontenção judicial é a postura esperada por aqueles contrários à atuação judicial, pois isto priorizaria a vitalidade da democracia, entendida como fruto do jogo político. Já os constitucionalistas defendem o ativismo, pois seria a forma de garantir a autoridade constitucional (SOUZA JUNIOR, 2004, p.85-86), bem como o Estado Democrático de Direito e a viabilização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

### **3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO**

A (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário é uma das mais tormentosas questões que se deve analisar quando se defende o ativismo judicial. Conforme pondera Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p. 105):

Sem dúvida, a maior barreira oposta ao ativismo judicial, em questões políticas, ainda é o repetido argumento de que os tribunais, compostos por agentes profissionais investidos em seus cargos sem o apoio popular, não são órgãos democráticos, não estando legitimados a intervir decisivamente sobre a atuação dos demais poderes políticos. Teme-se a outorga de tamanho poder ao Judiciário. Daí sustentarem muitos que o exame judicial deve cingir-se aos aspectos de mera adequação formal dos respectivos requisitos constitucionais



ou que a vitaliciedade dos juízes da Corte ou a forma de sua escolha torna espúria a atividade de controle judicial dos atos políticos.

Existem duas formas de se justificar a legitimidade democrática do Poder Judiciário: ou se demonstra que a atuação judicial tem bases democráticas, ou se demonstra que a imagem democrática dos poderes eleitos é, na verdade, uma ilusão (SOUZA JUNIOR, 2004, p.104). Neste trabalho optamos por comprovar que a atuação judicial encontra fundamento na democracia. Não iremos nos enveredar pelo segundo caminho, porque, ao se querer demonstrar a ineficiência (e deficiência) dos poderes eletivos como causa de justificação da legitimação democrática do Poder Judiciário, poder-se-ia erroneamente concluir que a sua atuação só é legítima porque, hoje, as alternativas estão comprometidas. Dessa forma, procuraremos comprovar a legitimidade democrática do Judiciário não pela deficiência da alternativa (crise da imagem democrática dos poderes eletivos), mas por seus próprios méritos, pois se trata de uma verdadeira instituição do Estado Democrático de Direito.

Mas porque devemos buscar fundamentos para legitimação democrática do Poder Judiciário na decisão das questões políticas, como aquelas que se referem às omissões inconstitucionais? Porque as decisões judiciais devem ser imbuídas de autoridade incontestada para que possam surtir seus efeitos. E essa autoridade somente pode ser alcançada através da legitimidade. Trata-se da reflexão de Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p. 104).

Sendo assim, a seguir, apresentaremos alguns argumentos que contribuem para afirmação da legitimidade democrática do Poder Judiciário enquanto órgão concretizador das determinações constitucionais.

### **3.1 A Constituição como fonte de legitimação democrática**

O principal argumento para não se reconhecer a legitimidade democrática do Poder Judiciário é que seus membros não são eleitos. Dessa forma, as decisões judiciais não



poderiam, em nenhuma hipótese, determinar soluções que arranhassem a liberdade democrática dos agentes políticos. Acontece que não há somente uma modalidade de legitimação democrática. Neste sentido, Luís Flávio Gomes nos ensina que (1997, p. 120):

O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação democrática: a *representativa* (típica dos altos cargos políticos) e a *legal* (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político.

Veja que se consegue distinguir pelo menos duas modalidades de legitimação democrática: a representativa e a legal. A legitimação representativa é aquela que deriva diretamente do voto, do sufrágio universal, típica dos poderes eletivos.

A legitimação legal é aquela que deriva da lei, mas não qualquer lei, mas sim da própria Constituição Federal. Assim, “o fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2005, p.11).

A Lei Máxima é fruto da democracia atuante originária, manifestação máxima do Poder Constituinte inicial. Neste sentido, a legitimação democrática do Poder Judiciário encontra justificação no próprio Poder constituinte originário, cujo principal produto é a Constituição. Ora, quando da formação da Assembléia Constituinte, o povo, por meio de seus representantes legais (constituintes originários), depositou a esperança da guarda e concretização da Constituição nos órgãos judiciais.

Sendo assim, a legitimação democrática do Poder Judiciário será sempre, no mínimo, de igual valor à legitimação representativa, porque mesmo que não derive de uma estacional vontade da maioria, é produto da manifestação democrática fundante do Estado.



Em outras palavras, o Poder Judiciário “tiene encomendada la poderosa misión de hablar em última instancia en nombre del poder constituyente” (VIGO, 2006, p.350).

Portanto, quando o Poder Judiciário é provocado a se pronunciar sobre determinada questão de cunho político, ele o deve fazer, porque possui legitimidade democrática para tanto.

### **3.2 Do movimento inter-institucional de funções**

O movimento inter-institucional de funções é uma teoria de justificação que confere legitimação extraordinária ao Poder Judiciário, atribuindo a este órgão a possibilidade de, no exercício de suas funções, reproduzir os mesmos efeitos que a atuação dos demais poderes geraria. Então, por exemplo, observando-se o movimento da função legislativa para o Poder Judiciário, este órgão poderia, por meio de uma decisão judicial concretizadora, efetivar um direito fundamental previsto numa norma constitucional não regulamentada, pois esta decisão judicial teria o mesmo efeito prático da criação de uma norma regulamentadora.

Veja que o movimento inter-institucional de funções somente se aplica em caso de deformidade sistêmica, isto é, quando da deficiência de uma ou mais instituições que compõe o sistema jurídico do qual fazem parte.

Trata-se de um movimento de funções, porque se pressupõe que seja temporário. É inter-institucional, porque a função de uma instituição do Estado (poderes eleitos) migra para outra (Poder Judiciário). Em suma: as funções dos poderes eleitos temporariamente estão sendo transferidas ao órgão judicial, até que a deficiência sistêmica seja sanada.

Dessa forma, normalizada a situação deficitária, cessa o movimento de funções, caso contrário isto causaria uma concentração de poder e conseqüente hipertrofia de uma das instituições do Estado, levando ao autoritarismo, perigo à legalidade, perigo à existência do princípio republicano e do próprio Estado Democrático de Direito.



Por fim, note que o movimento inter-institucional de funções é uma teoria geral de legitimidade extraordinária. Isso significa que, por exemplo, em caso de deformidade da função judiciária, os outros poderes do Estado, no exercício das suas funções, também poderiam atuar no sentido de promover o mesmo efeito prático que a atuação jurisdicional produziria.

### **3.3 O neoconstitucionalismo: a prevalência dos direitos fundamentais**

Atualmente, várias Constituições incorporam, em seus textos, normas abertas, carregadas de princípio e valores, rompendo com o paradigma positivista puro, propugnado nos termos da teoria de Hans Kelsen. Segundo Antonio Cavalcanti Maia (2007, p.02), a incorporação desses conteúdos substantivos nas estruturas normativo-legais, especialmente constitucionais, implica numa nova forma de se enfrentar a relação entre direito e moral, já que os princípios abriram as portas do direito positivo para uma maior influência da moral.

Este novo paradigma jusfilosófico recebe vários nomes: neoconstitucionalismo, constitucionalismo de direitos, constitucionalismo avançado ou simplesmente paradigma argumentativo (MAIA, 2007, p.03). De qualquer forma, este novo paradigma revela “a emergência e hegemonia dos direitos fundamentais na estrutura político-jurídica dos Estados contemporâneos [...]” (CADEMARTORI, 2008, p.351).

A Constituição Federal Brasileira de 1988, recheada de normas principiológicas, contendo alta carga valorativa, além de prever um extenso rol de garantias e direitos fundamentais, rompe com os padrões do constitucionalismo tradicional, exigindo-se um maior empenho na sua concretização.

Nota-se, na doutrina do neoconstitucionalismo, o apego e uma especial afeição em relação aos direitos fundamentais. Com efeito, segundo nos ensina Antonio Cavalcanti Maia (2007, p. 12-13):



[...] constata-se que, através dos direitos fundamentais e de sua capacidade de irradiação pelo ordenamento jurídico, tem-se um dos exemplos mais eloqüentes da constitucionalização do direito, a par de um mecanismo de garantia de efetivação dos impulsos emancipatórios, oriundos do pensamento político moderno e transpostos para os textos constitucionais hodiernos.

Veja que, pela alta carga principiológica das normas constitucionais, o Poder Judiciário assume particular relevância na interpretação de tais normas, devendo sempre buscar a maior efetividade do texto constitucional. Neste contexto, há a “necessidade de se cunhar um novo modelo de juiz e, conseqüentemente, de um novo Poder Judiciário”, justamente porque a sua atuação, agora, é orientada “pela proteção dos direitos fundamentais previstos no texto maior” (OLIVEIRA NETO, 2008, p.145).

Neste sentido, em razão da prevalência dos direitos fundamentais, “[...] é indiscutível, em tempos de neoconstitucionalismo, o crescente protagonismo do Judiciário, em especial das Cortes Constitucionais” (MAIA, 2007, p.10), *pois determinar o cumprimento dos direitos fundamentais legitima a atuação judicial*. Ora, “a legitimidade democrática dos governos contemporâneos passa assim a ser medida pelo respeito e pela implementação destes direitos” (CADEMARTORI, 2008, p.351). Isso significa que a atuação judicial, visando a implementação dos direitos fundamentais, é legítima, porque a concretização de tais direitos é o fim último do Estado Democrático de Direito.

Por fim, a atuação judicial no sentido da concretização dos direitos fundamentais não só é legítima, mas também é dever do órgão jurisdicional. Com efeito, diante de uma omissão inconstitucional, “tem o judiciário não só o direito, mas o dever de agir no suprimento dessa omissão” (CADEMARTORI, 2008, p.355), caso contrário também estará incorrendo em omissão inconstitucional, pois deveria ter cumprido o seu dever constitucional de garantia da Constituição, mas se ficou inerte.



### **3.4 A proteção dos direitos fundamentais como fonte de legitimação democrática: os tribunais como palco do cenário democrático**

Os órgãos da jurisdição têm a precípua função de garantir e concretizar os direitos fundamentais do cidadão. Com efeito, “na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de ‘garante’ dos direitos fundamentais está o principal fundamento da legitimação democrática da jurisdição e independência judicial” (GOMES, 1997, p.120).

Hoje, mais do que nunca, esta função está sendo amplamente exigida dos juízes, o que pode ser comprovado pela grande quantidade de demandas em que se pleiteia a garantia de determinado direito constitucional. Sendo assim, retomaremos aquela questão anteriormente posta, mas que será agora desenvolvida, de que as reivindicações políticas se expressam mais facilmente em termos jurídicos do que ideológicos.

Neste sentido, Antoine Garapon pondera que (2001, p.45-46):

[...] É sob a forma do direito e do processo que o cidadão das democracias realiza sua ação política. Eis porque a questão do ativismo judiciário é mal colocada. Não se trata da ação esporádica de alguns juízes desmiolados que querem brigar com o poder político, mas de uma evolução de expectativas quanto à responsabilidade política. [...] O aumento de poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, porem como uma transformação do sentimento de justiça. Só podemos sair desta ‘oposição dramatúrgica’ entre a soberania popular e os juízes, de que fala Jacques Lenoble, se concluirmos que a transformações do papel do juiz corresponde à transformação da própria democracia.

Devido à grande indiferença dos poderes eletivos para com a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, estes encontraram na via judicial uma forma de exigi-



los. É neste aspecto que o ativismo judicial não deve ser entendido como “capricho de um juiz liberal”, mas sim a forma pela qual o judiciário, dentro dos limites de sua função, encontrou para garantir cidadania aos seus jurisdicionados. Dessa forma, “a justiça não se limita a oferecer aos atores da vida política um recurso suplementar. Tal progressão da justiça autoriza a *transposição de todas as reivindicações e de todos os problemas perante uma jurisdição em termos jurídicos*” (GARAPON, 2001, p.47).

Assim, a jurisdição, apreciando as questões políticas, que foram preteridas pelo jogo político, poderá, em termos jurídicos, determinar soluções concretas para tais questões, até mesmo porque os órgãos judiciais são co-responsáveis pela formação de um Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Antoine Garapon (2001, p.47):

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia [...]

Diante desta crise de representação política, os cidadãos, não mais coniventes com a situação que lhes é imposta, demanda do judiciário a materialização de uma pretensão juridicamente acionável, pretensão esta que foi esquecida no plano político. A questão



migra do campo da política para se tornar juridicamente exigível e potencialmente concretizável. É neste cenário que os tribunais se tornam o *locus* contemporâneo da democracia.

Veja, então, que como a atuação judicial se torna uma via direta para a concretização dos direitos fundamentais, “o cidadão-suplicante tem a impressão de melhor controlar a sua representação” (GARAPON, 2001, p.49). O cidadão não aceita mais se envolver em uma luta política coletiva sem sentido, razão pela qual, escolhe, através dos procedimentos jurídicos, por si só, exigir seus direitos frente ao Estado, justamente porque num tribunal ele está, ficticiamente, em pé de igualdade em relação a aquele (GARAPON, 2001, p.49).

Mas porque, qual a razão do Poder Judiciário ter se tornado palco das lutas democráticas? Quais as características que transformaram os órgãos judiciários no novo palco do cenário democrático?

Vários são os motivos, mas estes estão principalmente ligados às características da judicatura. São elas: imparcialidade, processo, transparência, neutralidade, fundamentação das decisões, contraditório, dentre outras razões (GARAPON, 2001, p.45).

As expectativas políticas frustradas são transferidas para o judiciário, porque este poderá apreciar a questão na sua acepção jurídica, enquanto órgão dotado de imparcialidade, ainda que isso signifique uma decisão contrária aos interesses políticos dominantes, situação esta que nunca seria possível de ser obtida no jogo político. Neste sentido, pelo fato do juiz estar livre das influências políticas, por ser imparcial na análise das questões que lhe são submetidas, “a justiça passa a encarnar, assim, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado” (GARAPON, 2001, p.45).

Além disso, observa-se que a democracia é caracterizada essencialmente pela discussão, pela disputa (geralmente das classes políticas). Assim, podemos afirmar,



categoricamente, que a justiça cumpre tal requisito, legitimando sua atuação também sob este prisma (GARAPON, 2001, p.51).

Ora, a jurisdição tem a função de resolver os conflitos de interesses. Particularmente, no nosso estudo, a justiça se vê obrigada a julgar um conflito, cujo interesse do particular conflita com o interesse desviado do Estado, no qual uma resposta necessariamente deverá ser dada. E para que tal resposta seja dada, as partes conflitantes travarão uma batalha jurídica, dentro do espaço oportunizado pelo instrumento processual, caracterizando-se um amplo debate democrático de variações múltiplas. Nota-se, assim, “[...] a própria natureza dialética da função jurisdicional [...]” (GOMES, 1997, p.123), legitimada pelo contraditório.

Ainda, “a justiça oferece o espetáculo de um poder desacelerado, dividido, susceptível de recurso, de apelação, de revisão” (GARAPON, 2001, p.51). Neste sentido, a jurisdição se torna um campo fértil para o desenvolvimento e garantia da democracia.

### **3.5 A proteção das minorias como fonte de legitimação democrática**

É certo que a democracia representa o governo da maioria. Entretanto, esta noção não é mais absoluta, porque a maioria não pode, por qualquer justificativa, justamente porque esta não há, oprimir a minoria indefesa. Neste caso, o Poder Judiciário deve sempre “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos” (BARROSO, 2005, p.12), porque a igualdade substancial é a nova face da democracia, deixando-se de lado o aspecto meramente numérico.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2005, p.15):

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão



legislativa ou invalidade uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia.

Ora, as minorias constituem, de certa forma, pedra angular na manutenção da vitalidade do sistema democrático, razão pela qual devem ser protegidas contra eventuais ataques de uma maioria ensandecida. Com efeito, “nenhuma maioria, ainda que irrefutável, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou atenuar um erro cometido em prejuízo de outro cidadão” (GOMES, 1997, p.121). Neste sentido, o controle judicial é um eficaz mecanismo.

Conforme nos ensina Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p. 109-111):

O controle judicial oferece, como grande vantagem, a possibilidade de que as minorias (partidárias, raciais, religiosas, culturais), sem acesso formal ou real ao centro do poder deliberativo, possa, vislumbrando alguma afronta ao ordenamento constitucional, influir, por via oblíqua, no processo político, retirando-as da posição marginal a que rotineiramente são relegadas. [...] Aqui, mais que democraticamente legítima, a atuação dos tribunais é pressuposto essencial para a própria existência do sistema democrático. E esse papel é possível porque o Judiciário deve atuar de modo imparcial, ao contrário de legisladores e administradores.

Dessa forma, através da via judicial, a minoria pode conseguir a voz política que lhe foi tolhida, garantindo-se, assim, a defesa da Constituição e o desenvolvimento da cidadania e, inclusive, da democracia saudável.

### **3.6 A necessidade de provocação como fonte de legitimidade democrática**

A jurisdição, pela sua própria natureza, é inerte. Isto é, os órgãos jurisdicionais não atuam de ofício, devendo ser provocados para que se pronunciem sobre determinada



questão. “Logo, seu envolvimento em impasses políticos não ocorre por seu desejo, mas como mera decorrência do cumprimento de seus deveres institucionais” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.114).

Desta forma, observa-se que o Poder Judiciário é legitimado a apreciar as questões políticas posto que provocado pelos próprios cidadãos, destinatários das determinações constitucionais. Além disso, depois de provocado, ao judiciário cabe “a entrega indeclinável e inevitável da prestação jurisdicional” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.115), que deve ser sempre orientada no sentido de garantir o estrito cumprimento das normas constitucionais.

Portanto, se a provocação é democrática, então a resposta jurisdicional dada também é legítima, caso contrário a própria provocação, enquanto instrumento de concretização de direitos, seria inútil. Portanto, a uma provocação democraticamente legítima corresponde uma resposta jurisdicional de igual legitimidade.

### **3.7 A criação do Direito como fonte de legitimidade democrática**

Já há muito tempo se abandonou a idéia de completude do sistema jurídico-normativo, porque “por mais criativo e minucioso que seja o legislador a norma já nasce lacunosa, pois a vida oferece inesgotáveis hipóteses fáticas, a maioria delas desconfortável na moldura legislativa” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.112).

Neste sentido, o Poder Judiciário, a todo momento, é chamado a se manifestar sobre determinadas situações do caso concreto que, a princípio, não se enquadram em nenhuma previsão normativa. E, pelo fato de que a jurisdição é indeclinável, o juiz estaria obrigado a decidir todas estas causas que lhe são apresentadas. Este cenário abre possibilidades para várias indagações, que são apresentadas com sapiência por Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p. 113):

[...] Indeclinável sua função e inexistente uma norma perfeitamente enquadradora da circunstância fática sob exame, o que fazer?



Vitalizar a norma existente, adequando-a ao tempo atual e aos fins sociais por ela visados, localizar regras aplicáveis ao caso (seja pela similaridade com outras situações detalhadamente disciplinadas pelo direito, seja pela via da equidade) ou escorar-se no fácil argumento da ausência de um texto legal expresso exato para indeferir a pretensão por falta de respaldo jurídico? A adoção da primeira e da segunda propostas é a que melhor combina com a finalidade precípua do Judiciário, que é a resolução dos conflitos. Resolução por ação e, não, por omissão. O juiz, simplesmente, reproduz o Direito, ou seja, gera das entranhas da norma geral ou do sistema jurídico como um todo nova norma (ou nova aplicação para a norma), de caráter individual e aplicável somente ao caso analisado.

Então, o juiz, ao ser provocado a se manifestar sobre situações não expressamente contempladas pela lei, pode tomar o caminho mais fácil, e se eximir do dever de julgar, ou pode assumir uma postura firme e aplicar (ou estender) o direito existente ao caso concreto, contribuindo para constante atualização do sistema jurídico-normativo. Conforme pondera Luís Flávio Gomes (1997, p. 66):

[...] o juiz não tem legitimidade para elaborar as regras gerais e abstratas do jogo democrático, mas tem o dever indelegável de garantir o desenvolvimento do jogo democrático *limpo*; é da atividade legislativa-criadora do Poder Político derivado (Executivo e Legislativo), bem como da atividade interpretativa complementar do juiz que nasce, sob o império da Constituição votada e aprovada pelo Poder Constituinte, o verdadeiro *ordenamento jurídico* (o Direito), válido para *todos* dentro do Estado de Direito.



Portanto, a criação do Direito somente se completa através da função interpretativa do juiz, justamente porque é esta função que confere completude ao sistema jurídico. Em outras palavras, enquanto os poderes eleitos se esforçam na elaboração dos textos normativos, o Poder Judiciário o mantém vivo, atualizado, adequado à vida social.

### **3.8 As garantias do Poder Judiciário como fonte de legitimação democrática**

A legitimidade democrática do Poder Judiciário encontra fundamento nas suas garantias, quais sejam: a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de subsídios. Tais garantias contribuem para a efetiva independência daqueles que exercem a função jurisdicional, pois se tornam livres de qualquer influência política, o que não acontece com os membros dos poderes eleitos.

Conforme salienta Luís Roberto Barroso (2000, p.167), “[...] a falta de emanção popular do poder exercido pelos magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eletivas, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado”.

### **3.9 Os precedentes judiciais, na elaboração das leis, como fonte de legitimidade democrática**

No sistema brasileiro, os precedentes judiciais são uma importante fonte na elaboração das leis. O parlamento, com certa frequência, utiliza os precedentes judiciais, isto é, a construção jurisprudencial sobre determinado tema, para a elaboração de textos legais. É o que acontece, por exemplo, em relação ao direito de família.

Ora, o sistema jurídico é incompleto, já que a norma, por mais perfeita que seja, nunca conseguirá disciplinar todas as situações fáticas. Neste sentido, torna-se de vital importância a interpretação judicial, já que esta é responsável por alargar ou restringir o alcance da norma, dependendo do caso, a fim de adequá-la à realidade social.



Sendo assim os precedentes judiciais, na medida em que constituem a base da elaboração de leis, conferem legitimidade democrática ao Poder Judiciário, pois demonstra que, embora seja uma função eminentemente técnica, é exercida para o povo. Além disso, os precedentes judiciais também podem funcionar como freio à atividade legislativa nociva aos interesses dos cidadãos (SOUZA JUNIOR, 2004, p.111).

Portanto, seja funcionando como material para elaboração de textos normativos, seja para orientar a ação da própria política legislativa, os precedentes judiciais confirmar a legitimidade democrática do Poder Judiciário.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É certo que os poderes eletivos possuem certa liberdade no exercício de suas funções, mas também é certo que eles não podem se furtar a cumprir os comandos constitucionais. Neste sentido, quando os poderes constituídos eletivos se quedam inerte no cumprimento das determinações constitucionais, uma anomalia sistêmica se observa, porque a aplicação da Constituição fica prejudicada por tal inércia.

Neste cenário, visando dar estrito cumprimento às normas constitucionais, o Poder Judiciário, em razão de um movimento inter-institucional de funções, assume temporariamente a função dos demais poderes, concretizando materialmente as normas constitucionais. Esta atuação judicial concretizadora contribui para o desenvolvimento da cidadania, bem como para a manutenção do Estado Democrático de Direito, cuja base, fundamento, é o próprio texto constitucional.

Veja que o ativismo judicial, fenômeno característico da atuação judicial concretizadora, somente se legitima pelo objetivo incondicional de concretizar direitos fundamentais. Dessa forma, não se poderia conceber qualquer outro objetivo ou finalidade à atuação judicial, estando sua legitimação democrática condicionada única e exclusivamente à efetivação dos direitos fundamentais do cidadão.



Portanto, o Poder Judiciário tem legitimidade democrática suficiente para realizar o controle da omissão dos demais poderes constituídos, com o fim de concretizar direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.**

Disponível

em:

<<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>

Acesso em: 09 de novembro de 2009.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4<sup>a</sup> ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

CADEMARTORI, Sergio. Controle da administração e legitimidade judicial garantista. Em: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, et al. **Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da constituição.** São Paulo, Revista dos Tribunais; Coimbra, Editora Coimbra, 2008.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas.** 2 ed.; Rio de Janeiro, Revan, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito:** independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

KOEKE, Andreza Franzoi. A dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a tolerância como valores essenciais de proteção aos refugiados. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos:** apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em:

<<http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 09 de novembro de 2009.



MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Refletindo com Robert Alexy sobre liberdade e igualdade: subsídios teóricos para um debate em torno da inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. O juiz como garantidor dos direitos fundamentais. Em seu: **Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da constituição**. São Paulo, Revista dos Tribunais; Coimbra, Editora Coimbra, 2008.

PALUMBO, Livia Pelli. A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos: sistema americano e europeu. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.

RABELO, Érika Daniella Rodrigues Oliveira. A fundamentalidade dos direitos sociais: conciliação do “mínimo existencial” com a “reserva do possível”. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; POLEGATTI, Renato de Carvalho. Extradicação: uma leitura sobre o viés das “penas”. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas**: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre, Síntese, 2004.

TROVÃO JUNIOR, Marcino; STROPPIA, Tatiana. A proibição de cheque-caução nos atendimentos médicos de urgência: um exemplo de eficácia horizontal dos direitos sociais. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.

VIGO, Rodolfo Luis. La ética en la interpretación judicial. Em: CIANCIARDO, Juan, et al. **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo**. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.