

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Leonardo Gomes de França*

RESUMO

O presente trabalho procura identificar a posição ocupada pelo Poder Judiciário dentro do Estado Democrático de Direito, quando analisada a sua atuação em relação aos demais poderes, fazendo, para tanto, um retrospecto da história do constitucionalismo moderno até o momento atual. Faz uma análise, ainda que breve, do surgimento do Judiciário como um poder autônomo e independente dentro do Estado, a partir da contribuição das ideias cultivadas pelo Iluminismo e da previsão pioneira da teoria tripartite da separação dos poderes na Constituição dos Estados Unidos da América, que prevê, de forma expressa, a existência de um Poder Legislativo, de um Poder Executivo e de um Poder Judiciário. Explica como a atividade jurisdicional conseguiu evoluir no curso dos ciclos ou paradigmas constitucionais, desde o Estado Liberal, passando pelo Estado do Bem-Estar Social até chegar à fase atual, do Estado Democrático de Direito, abordando a relação da atuação do juiz com os métodos de interpretação a ele disponíveis, bem como o impacto da teoria da constituição e, posteriormente, do fenômeno da constitucionalização do direito na atuação judicial. Faz a constatação de que é no Estado Democrático de Direito que ocorre a ascensão do Poder Judiciário, verificando-se, principalmente no caso do Brasil, a judicialização dos conflitos, passando aquele Poder a exercer nítido papel de protagonista na garantia dos direitos fundamentais e no controle dos atos estatais, exercendo, inclusive, quando preciso, uma função contramajoritária, levando-o à condição de verdadeiro guardião do processo democrático.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Poder Judiciário. Processo Democrático.

1 INTRODUÇÃO

De uns anos para cá, temos observado, em algumas situações, o desencadeamento de certa tensão entre os poderes da nossa República, principalmente quando um dos envolvidos é o Judiciário, que, vez por outra, vindo sendo acusado de interferir indevidamente em campo de atuação próprio dos demais.

Integrantes do Legislativo e do Executivo têm unido suas vozes contra o que tem sido chamado de ativismo judicial, invocando, para tanto, a necessidade de ser respeitado o princípio fundamental da separação dos poderes.

Percebe-se, no momento atual, a existência de algum desconforto em parte dos membros do Legislativo e do Executivo com a “proeminência” alcançada pelo Judiciário, incômodo este justificado, talvez, pelo fato de um Poder sabidamente não majoritário, e que, por vezes, deve exercer uma função contramajoritária, ter se tornado o verdadeiro protagonista dentro de um Estado que pressupõe, justamente, um governo da maioria.

Não há como negar que o Judiciário, na história do constitucionalismo, chega ao seu ápice no Estado Democrático de Direito, levando a uma releitura da

*Pós-graduado em Direito Tributário pelo ISAN/FGV. Pós-graduando em Direito Público pela PUC-Minas. Graduado em Direito pelo CEUMA – Centro de Ensino Unificado do Maranhão. Advogado. Email: leonardofranca.adv@gmail.com

separação dos poderes.

No presente trabalho, se buscará expor a evolução do Poder Judiciário na história do constitucionalismo, fazendo um breve retrospecto da sua atuação nos ciclos constitucionais, analisando, ao final, o seu papel na defesa da democracia em seu sentido amplo e contemporâneo.

2 O JUDICIÁRIO COMO UM PODER AUTÔNOMO

Hoje, quando se pensa na organização de um Estado, principalmente se ele for democrático, parece ser intuitivo imaginar, necessariamente, a existência de três¹ poderes independentes, no caso um Legislativo, um Executivo e um Judiciário, em que cada um é exercido por pessoas ou órgãos distintos na incumbência de realizar atividades bem definidas de acordo com a sua especialização.

Contudo, a existência de poderes distintos, independentes e harmônicos entre si, é produto da modernidade, fruto de ideias iluministas que inspiraram os movimentos da Revolução Francesa na busca pela eliminação das arbitrariedades cometidas pelo governante, no caso o monarca, contra os governados, isto é, os seus súditos.

Embora já vislumbrada por Aristóteles², na Grécia Antiga, essa divisão de poderes ou de funções surge como inelutável necessidade de especialização dos auxiliares do poder público para fazer frente ao crescimento contínuo de demandas em sociedades cada vez mais desenvolvidas e, até por isso, mais complexas.

Porém, é no século XVII que a separação dos poderes começa a apresentar contornos mais nítidos. Na consagrada obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, John Locke concebe a ideia de que o Estado possui quatro funções fundamentais, a saber: a função *legislativa*, a função *executiva*, uma função chamada *confederativa* e, por fim, uma outra denominada *discricionária*, em que a primeira seria exercida pelo parlamento, cabendo ao monarca o exercício das demais. (AZAMBUJA, 2008, p. 203)

Mas é a partir dos discursos liberais do século XVIII, principalmente com Montesquieu, que a separação dos poderes se apresenta de forma verdadeiramente sistematizada. Para aquele filósofo, o Estado possui funções intrinsecamente diversas e

inconfundíveis, as quais, para evitar abusos, devem ser exercidas por poderes autônomos e independentes, que, no caso, seriam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Com tal discurso, pretendeu-se assegurar, fundamentalmente, a liberdade dos indivíduos frente ao poder público, o que tornava necessário limitar a atuação do Executivo, acabando com o poder absoluto até então reconhecido ao monarca, na medida em que não se poderia cogitar a existência de liberdade numa sociedade na qual, por exemplo, o Poder Legislativo e o Poder Executivo estivessem concentrados na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, pois, em

tais condições, o governo tenderia, naturalmente, à tirania.

O ponto central da teoria de Montesquieu pode ser extraído do capítulo VI, do Livro XI da sua atemporal obra “O Espírito das Leis”:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 2005, p. 167-168, grifo nosso)

E conclui dizendo: “*Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre particulares.*” (MONTESQUIEU, 2005, p. 168)

Mas é com a Constituição norte-americana de 1787 (influenciada pelos escritos de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, conhecidos como *The Federalist Papers*), e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³ que a separação dos poderes é consagrada como requisito indispensável a um Estado que pretenda ser regulado pelo Direito. É nesse momento que se verifica a institucionalização do Poder Judiciário, lembrando que a magistratura, até então, era não mais do que uma longa *manus* do Executivo.

A tripartição dos poderes, portanto, é elemento marcante do movimento constitucionalista, representando importante mecanismo de proteção das liberdades individuais. É a partir dela que se desenvolve, inclusive, o que se veio a chamar de sistema de freios e contrapesos (*Checks and Balances*), pelo qual os poderes, apesar de independentes e autônomos, devem exercer um controle recíproco entre si para evitar, justamente, a concentração de funções num só poder.

Essa separação não importa, contudo, na total impossibilidade de um poder vir a interferir em âmbito de atuação inerente a outro. Na verdade, a experiência tem demonstrado que é perfeitamente possível – e até recomendável – que

funções típicas de um determinado poder, em situações específicas, sejam desempenhadas por outro⁴, admitindo-se, ainda, que um poder, também em dadas situações, exerça influência, ainda que indireta, nas funções de outro⁵.

Não é por outra razão que se vem falando há algum tempo na necessidade de se rever o uso de expressões como *separação* ou *divisão* de poderes, para substituí-las por outras do tipo *distinção*, *coordenação* e *colaboração*, utilizando-se, ainda, a expressão *intercomunicação* dos poderes. (BONAVIDES, 2014, p. 73-75).

Assim, conquanto algumas críticas sejam feitas à separação dos poderes – expressão aqui mantida para efeitos didáticos –, não há dúvida acerca da sua inestimável contribuição para a estabilidade das relações entre os particulares e das relações destes com o poder público, estabilidade esta diretamente relacionada com a institucionalização do Poder Judiciário, que, uma vez desvinculado do Executivo, torna-se um poder autônomo e, mais do que isso, independente.

3 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS CICLOS CONSTITUCIONAIS

Como se viu, a separação dos poderes – vista de forma sistematizada e institucionalizada –, que se mostrou apenas embrionária com os gregos, é produto da era moderna e teve como motivação o desejo de limitar o poder do monarca, até então absoluto, para, com isso, assegurar direitos individuais considerados inerentes à condição humana (direitos naturais), como a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade.

De lá para cá, a tripartição dos poderes, dogmatizada pelos ideais iluministas, passou a ser adotada de forma quase que obrigatória nas constituições dos Estados, com destaque para a Constituição norte-americana de 1787⁶, por ter sido a primeira a prever, de forma expressa, a separação entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e para a Constituição Federal brasileira de 1988⁷, por ser a nossa Carta em vigor.

É bem verdade que essa separação tem a pretensão de estabelecer um *equilíbrio* entre os poderes do Estado, os quais, como já visto, são independentes e *devem* ser harmônicos entre si. Porém, não é menos verdade que a experiência tem evidenciado uma certa “preponderância” de um Poder em relação aos demais conforme a teoria política predominante em cada ciclo constitucional.

3.1 O Poder Judiciário no paradigma do Estado de Direito

O primeiro ciclo constitucional inicia-se e desenvolve-se a partir das ideologias do iluminismo que serviram de mola propulsora para a federalização dos Estados Unidos da América e para a Revolução Francesa de 1789, pregando, entre outras coisas, a necessidade de limitação da intervenção do Estado, a separação – literalmente – entre o direito público e o direito privado e, ainda, o respeito às liberdades individuais dos cidadãos.

Nasce, com isso, o Estado de Direito ou, ainda, o Estado Liberal, inspirado pela teoria política do liberalismo. Nessa fase, o objetivo era conferir ampla liberdade ao cidadão para explorar, da melhor forma possível, as suas potencialidades, inclusive as relativas ao próprio corpo, sem que o Estado pudesse interferir ou limitar essa liberdade (absenteísmo estatal).

E para garantir essa postura negativa do Estado no âmbito das relações privadas e da propriedade dos indivíduos, buscou-se reduzir, ao máximo, o campo de atuação do Executivo, fortalecendo, para tanto, o Legislativo, já que as assembleias eram consideradas o espaço para a participação do povo.

Ao Judiciário, por sua vez, ainda visto com desconfiança em razão da sua ligação histórica com o monarca, não era conferida maior liberdade para a análise das demandas que lhe eram submetidas, cabendo-lhe, tão somente, declarar o direito previsto na lei. O juiz deve ser, apenas, a “boca da lei”⁸. (MONTESQUIEU, 2005, p. 175).

Percebe-se, nesta primeira etapa do constitucionalismo moderno, a existência de um Poder Judiciário, devidamente institucionalizado, é verdade, porém, bastante limitado quanto à sua liberdade de atuação, o que, por certo, contribuiu para que graves injustiças ocorressem e se estabilizassem dentro do Estado Liberal. Sob o pretexto de resguardar a liberdade individual, e contentando-se em assegurar uma igualdade meramente formal (igualdade perante a lei), o liberalismo não se preocupou em assegurar os cidadãos igualdade no acesso a condições de trabalho, de educação e de lazer (igualdade material).

Nas palavras de Paulo Bonavides (2014, p. 61, grifo nosso):

[...] como a igualdade a que se arrima o liberalismo é **apenas formal**, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, **um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –**, termina “a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, **tão-somente a liberdade de morrer de fome**”.

Com isso, é possível intuir que o enfraquecimento do Judiciário, que, no Estado de Direito, exercia um papel, de certa forma, secundário, acabou contribuindo para que se mantivessem e se agravassem as desigualdades econômicas, sociais, políticas e pessoais entre os cidadãos, gerando pobreza em larga escala e exploração dos trabalhadores pelos detentores do poder econômico e dos meios de produção.

3.2 O Poder Judiciário no Estado do Bem-Estar Social

Foi dito que o Estado de Direito, fundado na garantia da liberdade individual, na não interferência do Estado nas relações privadas e no contentamento com a igualdade formal, serviu, na verdade, como instrumento de consolidação e manutenção do poder, econômico, principalmente, da burguesia, gerando imen-

sas desigualdades numa classe trabalhadora cada vez mais numerosa, porém, cada vez mais oprimida e mais afastada do acesso aos bens patrimoniais.

Com o tempo, já no século XIX, o Estado Liberal passa a ser criticado pela Igreja (encíclicas papais) e por movimentos de massa insatisfeitos com as condições sub-humanas a que os trabalhadores estavam submetidos (Manifesto Comunista). Se antes a luta era dos burgueses, que perseguiram garantir direitos de liberdade, agora, são os trabalhadores que passam a reivindicar direitos capazes de assegurar uma igualdade material.

Pretende-se ver concretizados direitos sociais, políticos e econômicos para essa parcela da população. São reclamadas prestações voltadas para a melhoria das condições de trabalho, para o acesso à educação e para a garantia de uma aposentadoria. Busca-se garantir, ainda, o direito de associação e de maior participação política da classe trabalhadora.

Essa nova fase constitucional funda-se na teoria do *socialismo*. Por ela, o Estado deve deixar de ser visto como mero garantidor das liberdades individuais (legalidade negativa, onde o cidadão é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe) para atuar como agente concretizador dos direitos de segunda geração ou, como preferem alguns, de segunda dimensão.

O Estado passa a adotar medidas visando à redução das desigualdades perpetradas ou aumentadas durante o liberalismo, onde se permitiu a exploração do homem pelo homem a partir da concentração das riquezas. Reconhece-se a necessidade de se efetivar, em favor das classes mais pobres, ou seja, dos trabalhadores, direitos capazes de lhes garantir uma vida mais digna (dignidade da pessoa humana), como direitos trabalhistas e assistenciais.

É o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, ou, simplesmente, do Estado Social.

Para melhor compreender o que seria o Estado Social, invoca-se, uma vez mais, as sempre valiosas considerações de Paulo Bonavides (2014, p. 186, grifo nosso):

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, **os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual**, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

No Estado Social, até pela necessidade de uma atuação rápida e eficaz do poder público - atributos estes nem sempre, ou quase nunca, possíveis ao Legisla-

tivo – para a concretização de direitos sociais conducentes ao estabelecimento de uma igualdade material entre os cidadãos, ocorre o fortalecimento do Executivo, que, então, passa a se utilizar de instrumentos legislativos próprios, como portarias, decretos e atos normativos.

Ou seja, diferente do Estado Liberal, no Estado Social, o que se espera e se exige é uma postura mais ativa do poder público com vistas à realização de direitos sociais e assistenciais da classe trabalhadora, o que, inevitavelmente, acaba produzindo uma certa hipertrofia do Executivo em relação aos demais poderes.

De acordo com MIRANDA (2015, p. 37-38, grifo nosso), no Estado Social:

[...] revelam-se de alcance quase universal a promessa de direitos econômicos, sociais e culturais a par das liberdades e garantias individuais (por vezes, em contraposição a estas), o sufrágio universal, os partidos de massas, a tendencial substituição das formas monárquicas por formas republicanas, a generalização das Constituições e o enriquecimento do seu conteúdo (nem sempre da sua garantia), o alargamento dos fins do Estado, a multiplicação dos grupos sociais e de interesses e o papel político que procuram desempenhar, **o crescimento da função administrativa, o realçar do Poder Executivo em detrimento do Parlamento.** Necessário é, contudo, captar, **ao lado e para além dos textos jurídicos, as realidades políticas.**

O Judiciário, por sua vez, é “promovido”. Apresenta-se, neste momento, como um Poder mais atuante e, o que é mais importante, mais criativo, vinculando-se não mais à letra da lei, mas sim ao seu espírito.

Embora ainda preso à lei, o juiz, agora, possui maior campo de atuação, decidindo com base nas possibilidades de conduta pré-estabelecidas na norma jurídica tendo, como pano de fundo, os objetivos dos programas de governo.

Levado a reconhecer princípios de igualdade material, o Judiciário adota uma postura mais centrada no caso concreto, com vistas a encontrar, como já dito, a vontade objetiva da lei.

Para auxiliar esse novo modo de agir, são desenvolvidos novos métodos de interpretação, pois os até então conhecidos, tidos como tradicionais (gramatical, lógico ou racional, sistemático e histórico), já não são suficientes para que a atividade jurisdicional atinja a sua finalidade. Surgem, com isso, os métodos lógico-sistemático, histórico-teleológico e voluntarista da teoria pura do direito. (BONAVIDES, 2008, p. 445-452)

E mais. Também em auxílio do intérprete e, com mais razão, do juiz, é desenvolvida a Teoria da Constituição, através da qual se buscou dar efetividade à Constituição de Weimar de 1919. Konrad Hesse, seu maior representante, chega a dizer que a efetividade das normas constitucionais, sob a ótica da práxis constitucional, teria como pressuposto, entre outras coisas, a interpretação construtiva da Constituição, concretizando a proposição normativa dentro das condições reais dominantes de uma determinada situação, sem que torne necessário promover reformas no texto constitucional. (HESSE, 1991, 21-23)

Logo, é extrema de dúvidas que o Judiciário ganha relevância no Estado

Social, passando a dispor de certa liberdade no processo de interpretação e aplicação da lei e da Constituição.

Ocorre que o fortalecimento excessivo do Poder Executivo acaba levando o Estado a intervir cada vez mais nas liberdades individuais, relegando para segundo plano, em alguns casos, os direitos e as garantias fundamentais das pessoas, o que era justificado por uma pretensa busca pela justiça social. As liberdades individuais e os direitos coletivos começam a ser vistos como direitos opostos e, mais do que isso, como direitos inconciliáveis, de modo que a efetivação de um importava na supressão do outro.

Como consequência, surgem estados totalitários (a exemplo da Alemanha Nazista e, no caso do Brasil, do Estado Novo).

Por volta das décadas de 40 e 50 do século XX, o Estado, por conta do inchamento da sua máquina administrativa, é tomado por uma profunda crise econômica, deixando de ser capaz de garantir a efetivação dos novos direitos de igualdade, notadamente os sociais, o que acaba levando à decadência do Estado do Bem-Estar Social.

3.3 O Judiciário no Estado Democrático de Direito

O fim da 2ª Grande Guerra, com a derrota do Nazismo (na Alemanha) e do Fascismo (na Itália), marca o processo de passagem do segundo ciclo constitucional, o do Estado Social, para o paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado na teoria política do *republicanismo*, que, com raízes na antiga noção de República, finca as suas bases no respeito ao bem público e na exaltação da virtude cívica, objetivando, entre outras coisas, assegurar maior participação da sociedade na construção das decisões públicas, sem restringir essa participação.

É nesse novo modelo constitucional que o Poder Judiciário ganha papel de destaque na realidade social, cabendo-lhe assegurar, sobretudo, que os direitos fundamentais do cidadão sejam respeitados, e que as decisões sejam tomadas dentro de um devido processo, seja ele legal, administrativo ou legislativo.

E se no Estado do Bem-Estar Social desenvolve-se a teoria segundo a qual as normas constitucionais devem ser dotadas de efetividade, com o Estado Democrático de Direito passa-se a falar na *constitucionalização do Direito*. As normas constitucionais, agora, não só são dotadas de efetividade, como elas irradiam os seus efeitos e, o que é mais importante, os seus valores sobre todas as outras normas do sistema jurídico. Explicando esse fenômeno, Luís Roberto Barroso (2011, p. 353) faz as seguintes observações:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos

três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.

Os órgãos do Judiciário já não estão mais limitados às leis e às regras constitucionais. Agora, os casos a eles submetidos, principalmente os considerados difíceis, são decididos, também, com base em princípios, disposições com carga mais axiológica, de conteúdo mais aberto, a quem é reconhecida a condição de norma jurídica de aplicação direta e imediata.

Além disso, a própria utilização de conceitos jurídicos indeterminados (que, ao lado dos princípios integram as chamadas cláusulas gerais) acabam transferindo para o juiz a responsabilidade quanto à definição do sentido e dos limites do direito aplicável em determinada situação.

Nessa nova fase constitucional, o julgador, embora ainda voltado ao caso concreto, não mais está limitado às possibilidades pré-estabelecidas na norma jurídica. Pode ele buscar outros elementos que levem à *solução mais justa* para o caso analisado, o que é permitido a partir de novos métodos de interpretação⁹ capazes de justificar, de forma racional, a construção do argumento utilizado na formação do seu convencimento.

Também é reconhecido ao magistrado novo método de solução de casos envolvendo colisão de normas. Se antes o processo de interpretação tinha que se contentar com a utilização do método da subsunção, agora, com o reconhecimento da normatividade dos princípios, admite-se e, mais do que isso, recomenda-se que uma colisão envolvendo normas desta espécie se dê por meio de um processo chamado de ponderação¹⁰.

E isso, como parece óbvio, tem por efeito indireto ampliar a liberdade de atuação do Judiciário.

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário se apresenta como verdadeiro protagonista na manutenção dos aspectos democráticos, atuando de forma decisiva na concretização dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Todavia, para minimizar o risco de arbitrariedade das suas decisões, são criados mecanismos para cobrir e, ao mesmo tempo, dar maior legitimidade a esse risco, o que se dá, principalmente, com a ampliação dos espaços de participação nos processos decisórios (ex. audiências públicas e presença do *amicus curiae*).

Exalta-se a ideia de que é possível se construir uma decisão judicial justa, dentro de uma sociedade heterogênea e pluralista, em que se observe o devido processo legal e que conte com a participação popular.

É inegável a condição de destaque que o Judiciário passa a ostentar no Estado Democrático de Direito, à medida que visa conciliar os direitos relacionados à liberdade individual (de primeira geração) com os de igualdade material (de segunda geração), sem descuidar dos direitos difusos (de terceira geração).

Além disso, ante a necessidade de se proteger os direitos das minorias contra as maiorias de ocasião, atribui-se àquele Poder uma função contramajori-

tária, aparentemente incompatível com o Legislativo e o Executivo que, a rigor, representam, justamente, as maiorias do momento.

4 O JUDICIÁRIO E O PROCESSO DEMOCRÁTICO

Como visto, é no Estado Democrático de Direito que o Poder Judiciário começa a exercer um papel de certa “proeminência” em relação aos demais.

Prova disso é o crescimento vertiginoso – e, de alguma forma, até mesmo indesejado – do número de conflitos submetidos à apreciação jurisdicional, envolvendo, praticamente, todo tipo de matéria, especialmente sobre políticas públicas, direitos sociais, direitos fundamentais e limites de atuação de outros Poderes.

Na era da informação, em que todos – ou quase todos, ou, pelo menos, a maior parte da população – conhecem os seus direitos, é possível observar uma certa questão cultural quanto à procura pela tutela jurisdicional, seja para (i) validar ou invalidar atos dos demais Poderes capazes de interferir em direitos individuais, sociais, coletivos e/ou difusos; seja para (ii) validar ou invalidar atos praticados entre particulares; seja, ainda, para (iii) efetivar direitos individuais, sociais, coletivos e/ou difusos, insculpido em princípios.

A judicialização dos conflitos, notadamente no caso do Brasil, é produto, além da própria conscientização das pessoas sobre os seus direitos, do fato de o texto constitucional ter criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para a tutela de interesses. (BARROSO, 2011, p. 384)

Além disso, conceitos antigos como *cidadania* e *democracia* são relidos. Na sociedade da informação, eles transcendem os sentidos políticos que possuíam em sua origem e, agora, agregam, em sua acepção ampla, o respeito aos direitos fundamentais, o respeito à dignidade da pessoa humana, a garantia aos direitos de liberdade, ao direito de informação, ao direito de acesso ao Judiciário, ao direito de participar e de fiscalizar as decisões do poder público, exigindo-se, inclusive, que os agentes públicos prestem contas de suas ações.

Numa sociedade que se considere pluralista (em seus aspectos religioso, político, social e cultural), o termo democracia já não pode representar um conceito político abstrato e estático. Deve ser entendido, isto sim, como um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais conquistados no decorrer da história. (SILVA, 2017, p. 128)

Para ser democrático, já não basta que o Estado promova o governo da maioria, ou ainda, o governo do povo. É preciso mais do que isso. É necessário que ele assegure, inclusive, que as minorias tenham respeitado o seu direito de não serem esmagadas ou sufocadas pela maioria, o que, sem dúvida, só é possível com um Judiciário forte para resistir às pressões populares.

Nesse sentido, são pertinentes as colocações feitas por Denise Almeida Albuquerque de Assis e Juvêncio Vasconcelos Viana (2016, p. 599, grifo nosso). Acompanhe-se:

[...] os tribunais, além de constituírem “espaços de luta para os movimentos sociais e populares emergentes”, também permitiram a reinserção do próprio direito no contexto das relações sociais. Constatou-se, assim, uma verdadeira rede de intercâmbio entre o Judiciário mundial, configurando-se uma “teia judicial global”, passando a construir uma cultura comum entre os respectivos membros. Essas mudanças jurisprudenciais retratam a nova tendência mundial de acatar novos paradigmas.

Com isso, foi possível constatar **a função contramajoritária do Judiciário no Estado Democrático de Direito**, a qual se manifestou mediante a **busca de proteção das minorias sob o respaldo de princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade**. Nesse sentido, verifica-se a verdadeira força deste poder no equilíbrio entre os demais poderes e na garantia dos direitos fundamentais do indivíduo.

Não há dúvida, portanto, de que o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, alcança o seu auge institucional, assumindo indiscutível posição de protagonista, notadamente quando se trata de garantir direitos fundamentais¹¹, o que, deve ser dito, em nada diminui a importância dos demais Poderes, lembrando que todos, respeitadas as suas competências e atribuições constitucionais, devem se relacionar de forma harmoniosa num espírito comum de deferência e colaboração.

Importa registrar, por outro lado, que, especialmente no caso do Brasil, ao Judiciário tem sido atribuída a condição de “fiel depositário” da esperança popular na moralização do meio político, esperança esta diretamente proporcional ao descrédito da população com uma classe política cada vez mais atingida por gravíssimos escândalos de corrupção.

Aliás, é em demandas envolvendo questões políticas que se tem verificado maior exacerbação das tensões institucionais entre o Judiciário e os demais poderes¹², mostrando-se tênue a linha entre a adequada atuação jurisdicional na resolução dos casos difíceis e o criticado ativismo judicial¹³.

Mesmo sendo o Legislativo, historicamente, a representação do povo, mesmo sendo o Executivo o legítimo realizador de políticas públicas e de direitos sociais, o fato é que, na quadra atual, cabe ao Judiciário o papel de protagonista dentro do Estado Democrático de Direito, cabendo-lhe “[...] *resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso*”. (BARROSO, 2011, p. 391, grifo nosso)

5 CONCLUSÃO

Quando analisamos a história do constitucionalismo moderno, é possível constatar que sempre que o Judiciário esteve num nível de certa “inferioridade” em relação aos demais Poderes, a sociedade, pelo menos na sua maior parte, foi submetida a graves situações de injustiça, seja pelas profundas desigualdades política, social e econômica promovidas pelo Estado Liberal, seja pelo desrespeito às

liberdades individuais em nome de um pretense interesse coletivo, como se viu no Estado do Bem-Estar Social.

A experiência demonstra que é no Estado Democrático de Direito que se alcança uma conciliação – ainda que imperfeita, é verdade – entre os direitos de primeira e de segunda dimensão, demonstrando que eles não são inconciliáveis e que, dentro de uma sociedade pluralista, é recomendável que andem de mãos juntas ao lado de diversos outros novos direitos que afetam um número elevado de pessoas ou, ainda, que tenham potencial para atingir uma quantidade indefinida de sujeitos.

Para tanto, é preciso que o Poder Judiciário disponha de meios que lhe permitam mediar os conflitos entre os outros Poderes; que lhe permitam aplicar, com toda a intensidade possível, as normas constitucionais; e que lhe permitam, principalmente, exercer o seu papel contramajoritário.

A força do Judiciário, como se pode constatar, está no processo de construção do argumento e na legitimação do processo decisório com a participação da sociedade. Está, acima de tudo, no fato de que o Direito, atualmente, já não pode ser visto sem que os valores das normas constitucionais sejam respeitados e promovidos.

Num momento da história em que a informação é massificada e democratizada, as pessoas estão cada vez mais conscientes dos seus direitos e dos deveres do poder público, o que, se dúvida, tem levado a uma intensa judicialização dos conflitos de toda natureza.

Quando se vê o papel atual do Poder Judiciário, tendo sempre em mente que os poderes são independentes e que eles devem agir num sentido de colaboração mútua, não há como deixar de observar que os seus desafios são imensos e que as expectativas da sociedade sobre a sua atuação são ainda maiores. Porém, um Poder que, de “boca da lei”, chega ao status de “guardião do processo democrático”, certamente está à altura da missão que lhe foi confiada.

THE DEMOCRATIC STATE OF LAW AND THE ROLE OF THE JUDICIAL BRANCH WITHIN THE HISTORY OF MODERN CONSTITUCIONALISM

ABSTRACT

This study seeks to identify the view and act of the Judicial Branch within the Democratic State of Law in comparison with the other Branches. The study will present the history of modern constitutionalism, a brief analysis of the rising of self-governing and independent Judicial Branch within the State based on ideas of the illuminism and the pioneer view of the United States Constitution that splitted

the three Branches of Government – Legislative, Executive and Judicial. It explains how the judicial activities evolved in constitutional cycles or paradigms from the Liberal State to the Democratic State of Law passing through the Wellfare State showing the relationship between the Judge and the available hermeneutic methods, the impact of the constitutional theory and furthermore, the constitutionalism of the rights on Judicial acts. It reinforces the role of the Judicial Power within the Democratic State of Law, especially in the Brazilian case where can be noted a cultural submission of all types of conflicts to the Judicial Branch who shall guarantee the fundamental rights and control of State Acts. This Power may null the interest of majority to preserve the fundamental rights of minorities, making this Branch as the truly guardian of the democratic process.

Keywords: Democratic State of Law. Judicial Power. Democratic Process.

Notas

¹Kelsen discordava dessa divisão. De início, o mestre de Viena criticava o uso do termo “poderes”, por entender que, na verdade, o mais adequado seria falar em “funções básicas” do Estado, destacando, em seguida, que os fatos revelavam que tais funções não eram três, como definido na Constituição Norte Americana, mas apenas duas infra e supra-ordenadas, a saber: a de criação das leis e a de aplicação destas, (KELSEN, 2005, p. 385-386)

²Aristóteles chegou a defender que o Estado seria organizado em três partes: a assembleia de cidadãos, que seria o corpo deliberante e, até por isso, o verdadeiro soberano; a magistratura, que seria composta pelos funcionários designados pela assembleia para a realização de certas funções; e o corpo judiciário. (AZAMBUJA, 2008, p. 203)

³Cf. Art. XVI: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

⁴Exemplo disso é a possibilidade expressamente prevista em nossa Constituição para que o Presidente da República expeça medidas provisórias, em claro exercício de atividade típica do Legislativo (Art. 84, XXVI, CF/88)

⁵Exemplo dessa interpenetração com influência de um poder sobre o outro, no caso do Brasil, é escolha dos ministros do STF pelo Presidente da República, sujeita à aprovação do Senado Federal (Art. 101, parágrafo único da CF/88).

⁶A Constituição dos Estados Unidos da América dispõe sobre os poderes nos seus Artigos I (Poder Legislativo), II (Poder Executivo) e III (Poder Judiciário).

⁷Art. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁸ Ao falar sobre o *poder de julgar*, Montesquieu, no “Espírito das Leis”, no Capítulo III, do Livro VI, afirma que “No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes **sigam a letra da lei.**” (p. 87). Mais à frente, no Capítulo

VI, do Livro XI, após defender a ideia de que os juízes não deveriam ser permanentes, mas sim convocados periodicamente, opina que “[...] o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, **invisível e nulo.**” (p. 169). E para deixar bem claro o seu pensamento acerca do papel do Judiciário, diz que “[...] os juízes da nação, são apenas, como já dissemos, **a boca que pronuncia as palavras da lei;** são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.” (2005, p. 175, grifo nosso)

⁹ Dentre esses novos métodos, destacam-se o *integrativo* (desenvolvido por Rodolf Smend), o *tópico* (de Josef Esser) e o *concretista* (defendido por Friedrich Müller, Peter Häberle e Konrad Hesse).

¹⁰ A técnica da ponderação, utilizada, principalmente, para a resolução de casos difíceis envolvendo conflito de princípios, busca promover um balanceamento, um sopesamento dos princípios em disputa, a fim de que, com base nas peculiaridades do caso concreto, um princípio se sobreponha a outro, sem anulá-lo ou invalidá-lo. Ambos os princípios são aplicados em sua máxima extensão possível para aquele caso específico. (BARROSO, 2010, p. 360-362)

¹¹ No caso do Brasil, alguns exemplos dessa proeminência do Judiciário podem ser vistos nas decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo matérias como: a) liberação de pesquisas com células tronco, ADI 3510, Rel. Min. Carlos Ayres Brito; b) reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Carlos Ayres Brito; c) permissão para a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio Mello; d) permissão para a interrupção voluntária da gestação até o terceiro mês, HC 124.306/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Mello.

¹² Essa tensão pôde ser bem constatada na resistência do Senado Federal em dar cumprimento à determinação do STF quanto à destituição da sua presidência pessoa que teve recebida, contra si, denúncia criminal. A Corte constitucional entendeu ser a condição de réu em processo criminal incompatível com a importância e honorabilidade de um cargo que esteja na linha de sucessão da Presidência da República. Tamanho foi o impacto dessa decisão, monocrática, deve ser lembrado, que o próprio Supremo, ciente do seu mister constitucional, e para evitar que a tensão gerada viesse a se tornar verdadeira crise institucional, resolveu, por sua composição colegiada, recuar e permitir que o Presidente do Senado, ainda que não pudesse figurar na ordem de substituição do Presidente da República, mantivesse a “titularidade funcional” do comando daquela Casa Legislativa. Cf. ADPF 402, Rel. Min. Marco Aurélio Mello.

¹³ Algumas críticas mais duras foram feitas, por exemplo, à decisão monocrática cautelar do Ministro Luiz Fux, no MS n. 34.530/DF, invalidando um processo legislativo ainda em curso na Câmara dos Deputados, por entender que havia sido desvirtuado o projeto de lei de iniciativa popular conhecido como “10 medidas contra o combate à corrupção”.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Denise Almeida Albuquerque de; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Direitos fundamentais e o moderno perfil do juiz. In: LINHARES, E. A.; MACHADO SEGUNDO, H. de B. (Orgs.). *Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 589-606.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2017. (atual. até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016).