

# A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA E O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dirley da Cunha Júnior<sup>1</sup>

Sumário: 1 - Introdução. 2 - O novo arranjo jurídico-constitucional das funções estatais, a judicialização da política e a politização da Justiça. 3 - Considerações finais. 4 - Referências bibliográficas.

Resumo: O texto procura indicar a expansão da atribuição do Juiz como exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado um destacado *dinamismo* ou *ativismo* na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos humanos e valores substanciais, em especial. Essa demanda social tem propiciado um crescente reconhecimento do fenômeno do *controle judicial das políticas públicas*, por meio de uma intervenção do Poder Judiciário na análise dos programas políticos do Estado, a fim de aferir o seu cumprimento em face dos princípios e regras da Constituição. Busca demonstrar que nesse cenário de mudanças, exsurge, com considerável importância, o fenômeno relativo à *judicialização da política*, que só se tornou factível ante a *politização da justiça* e a redefinição do papel do Juiz na sociedade contemporânea.

Palavras-chaves: Judicialização da Política; Ativismo Judicial; Papel do Juiz no Estado Constitucional; Força Normativa da Constituição.

## 1. Introdução

O debate constitucional do pós Segunda Grande Guerra tem focado sistematicamente a necessidade de proteção da pessoa humana e da dignidade a ela inerente. Em razão disso, as Constituições que surgiram a partir da segunda metade do século XX têm se preocupado em proclamar um Estado Democrático de Direito, construído a partir dos valores “dignidade da pessoa humana”, “cidadania”, “direitos humanos” e “bem-estar social”. Nesse passo, as Constituições contemporâneas acabaram por regular o próprio fenômeno político, estabelecendo as prioridades políticas do Estado e vinculando os programas estatais à consolidação daqueles valores.

Esse novo panorama propiciou inúmeras transformações para a ciência do Direito, que, outrora estudando o Direito a partir de uma teoria formal e liberal, radicalmente passou a compreendê-lo numa perspectiva material e social, provocando mudanças nos próprios fundamentos da teoria jurídica. Com isso, exalta-se o “primado da Constituição” e dos “valores humanos” sobre os poderes políticos; a “força normativa dos princípios” e sua hegemonia sobre as regras; a “regulação jurídica ou a juridicização dos programas e atividades políticas do Estado”; a “ampliação e eficácia direta dos direitos fundamentais”; uma “nova hermenêutica jurídica” comprometida com a máxima efetividade do discurso constitucional; e a “expansão da jurisdição constitucional” para abranger o controle das omissões inconstitucionais do poder público.

No presente ensaio, procuraremos demonstrar que nesse cenário de mudanças exsurge, com considerável importância, o fenômeno relativo à *judicialização da política*, que só se tornou factível ante a *politização da justiça* e a redefinição do papel do Juiz na sociedade contemporânea.

A expansão da atribuição do Juiz é, como se pretende demonstrar, uma exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado, mais do que uma mera e passiva inanimada ati-

vidade de pronunciar as palavras da lei, um destacado *dinamismo* ou *ativismo* na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos humanos e valores substanciais, em especial. Essa demanda social, fruto das novas condições sociais e econômicas, tem propiciado um crescente reconhecimento do fenômeno do *controle judicial das políticas públicas*<sup>2</sup>, por meio de uma intervenção do Poder Judiciário na análise dos programas políticos do Estado, a fim de aferir o seu cumprimento em face dos princípios e regras da Constituição.

## **2. O novo arranjo jurídico-constitucional das funções estatais, a judicialização da política e a politização da Justiça**

Atualmente, entre nós, a separação de Poderes se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder político. Isso significa que, não obstante a independência orgânica – no sentido de não haver entre eles qualquer relação de subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções –, a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há “interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.<sup>3</sup>

Esse sistema de interferências recíprocas, encerrado na conhecida fórmula *checks and balances*, já havia sido apontado por MONTESQUIEU como uma providência necessária que tornasse possível que *le pouvoir arrête le pouvoir*.

No Brasil, esse sistema de controle mútuo é revelado, *exempli gratia*, pelo poder que têm os órgãos do Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis e a constitucionalidade e legalidade dos demais atos normativos do poder público – quando estes e aquelas ofenderem o texto magno – e pelo poder de deflagrar

o processo legislativo, com a iniciativa legislativa para certas matérias; o poder que tem o Executivo de vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público e, de um modo geral, de participar do processo legislativo, seja pela iniciativa legislativa que tem, seja pela prerrogativa de solicitar urgência na tramitação de projetos de leis de sua iniciativa e de nomear certos membros do Judiciário; o poder que tem o Legislativo de fiscalizar, através de mecanismos de controle e investigação, os atos dos outros poderes, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, bem como a possibilidade que tem este Poder de emendar os projetos de leis de iniciativa do Executivo, de rejeitar os vetos apresentados por este, de resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República com os Estados estrangeiros, de apreciar as indicações do Executivo para provimento de determinados cargos públicos e de julgar o *impeachment* do Presidente da República, dos Ministros de Estado quando conexos àquele, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Advogado Geral da União, do Procurador Geral da República e dos membros do CNJ e CNMP.

Entretanto, importa deixar bem claro que o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas, sim, a *predominância* no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, *predominantemente*, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, mas sim subsidiariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência. Ora, não seria tolerável, por exemplo, que os Poderes Legislativo e Judiciário, para admitirem seus servidores e administrarem seus próprios serviços e órgãos, devessem

esmolar ao Executivo. *Demais disso, há casos em que, para o integral desempenho de suas próprias funções típicas, necessite um Poder valer-se, em caráter excepcional e provisório, da função típica de outro Poder.*

Por isso que, além de exercer, com prioridade, a sua função típica de administrar, pode o Executivo realizar as funções atípicas de legislar (ex.: editar atos normativos, como decretos regulamentares, medidas provisórias e leis delegadas; iniciativa legislativa) e julgar (ex.: rever seus próprios atos, anulando-os ou revogando-os; decidir processos administrativos fiscais e disciplinares); assim como pode o Legislativo, além de desempenhar a sua função típica de legislar, exercer as funções atípicas de julgar (ex.: o Presidente da República, os Ministros do STF, o Advogado Geral da União, o Procurador Geral da República e os membros do CNJ e CNMP por crime de responsabilidade) e administrar (ex.: os seus próprios órgãos, serviços e servidores); e, finalmente, para além de realizar a sua função típica de julgar, pode o Judiciário exercer as funções atípicas de legislar (ex.: elaborar o seu regimento interno, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; iniciativa legislativa) e administrar (ex.: os seus próprios órgãos, serviços e servidores).

Tudo isso só torna evidente que não é coerente nem factível a manutenção de Poderes independentes e harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções. As funções estatais, como demonstrado, longe estão de ser exclusivas do Poder respectivo. A separação absoluta entre os Poderes não é só impossível – haja vista a unidade do Poder político e a tarefa comum a todos – mas também indesejada, de tal modo que distante de uma separação de Poderes, o que se tem, deveras, é uma verdadeira *coordenação* ou *colaboração* ou *co-participação* entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro, que a conserva sua, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca,

embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em conseqüência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum.

Ressaltamos que essa participação de um Poder na função típica de outro não destrói nem infirma ou ameaça a separação das funções estatais, que, relembramos, não é absoluta, mas tão-somente *relativa*. Essa participação vem simplesmente completar a idéia subjacente da separação de poderes, “de modo a coordenar o mecanismo do poder”<sup>4</sup>. Assim, embora de forma subsidiária, cada Poder pode exercer função que originariamente pertence aos demais<sup>5</sup>.

Se cada função estatal (a legislativa, a executiva e a judiciária) fosse confiada *exclusivamente* aos órgãos correspondentes (ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, respectivamente), sem a possibilidade de nenhuma participação secundária de qualquer órgão, na função típica ou principal de outro, haveria, sem dúvida, a indesejada separação absoluta ou rígida de funções, que implicaria um *isolamento* entre estas e a ausência de colaboração, e ainda daquelas limitações recíprocas ou freio e contrapesos “tão necessários à existência de um verdadeiro equilíbrio político e à garantia da liberdade”.<sup>6</sup> Uma doutrina separacionista, que pregue uma divisão absoluta e rígida das funções estatais, por certo não atingirá a plenitude de seus fins. E para que tais fins sejam logrados, segundo escorreito levantamento de MEIRELLES TEIXEIRA, os

*“órgãos legislativos deverão participar, muitas vezes, de funções e atos executivos, e reciprocamente; e atos de natureza judiciária serão, excepcionalmente, distribuídos à competência de órgãos legislativos e executivos; e, reciprocamente, atos e funções de natureza legislativa e executiva poderão, excepcionalmente, ser atribuídos ao Poder Judiciário.”*<sup>7</sup>

Isso indica, inevitavelmente, que a doutrina clássica da separação de Poderes deve ser submetida a uma revisão teórica para melhor ajustá-la às novas tendências e exigências do sistema jurídico, sobretudo em razão de certas mudanças paradigmáticas

de que os fenômenos jurídicos têm-se ressentido. A doutrina da separação de Poderes, concebida como uma divisão rígida entre as funções estatais, não se coaduna com o moderno Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. Assim, o princípio da separação de Poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência<sup>8</sup>, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial.

Cumprе sublinhar que o princípio da separação de Poderes é um princípio constitucional concreto e se articula e se concilia com outros princípios constitucionais positivos<sup>9</sup>, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros. Relativamente à Constituição brasileira, destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente *dirigente* da nossa *Fundamental Law*, que configura um Estado Social do Bem-Estar, que trouxe significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, são considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado, do Poder e da Sociedade, servindo de parâmetros ou vetores guias para a interpretação dos fenômenos jurídico-constitucionais. É necessária, portanto, sob as vestes do paradigma do novo Estado do Bem-Estado Social, uma *nova leitura* sobre o vetusto dogma da separação de Poderes, a fim de que ele possibilite o atendimento das reivindicações da sociedade contemporânea, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente

concebido, “para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal”.<sup>10</sup>

Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário assume um caráter demasiadamente político. Na hipótese do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por ação e a ação declaratória de constitucionalidade fazem dele um *legislador negativo*, “enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a tornar-se um *legislador ativo*. (...) Por isso, a Constituição *justicializa o fenômeno político*. Mas isto não se faz sem a *politização da justiça*”<sup>11</sup>.

Aliás, cumpre observar que, desde o início do século passado, com o advento das Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), percebemos uma crescente judicialização da política, na medida em que as Constituições passaram a incorporar em seus textos, objetivos e diretrizes políticas, transformando em questões jurídicas as questões de política. Qualificadas como questões jurídicas, as atividades políticas do Estado, quando não regularmente cumpridas, submetem-se ao crivo do Judiciário, aqui residindo a própria essência da judicialização da política.

Na sociedade contemporânea, portanto, a “politização do juiz” é uma necessidade inconcussa, de tal sorte que ele, como acentua CAPPELLETTI,

*“não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.”*<sup>12</sup>

Essa politização do juiz é o resultado de sua alta independência e criatividade. Juiz politizado, porém, não significa juiz parcial, apartado da lei e substituto da política. O juiz-político continua imparcial e não cede às pressões de grupos e partidos;



continua limitado e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é tão-somente expressão, numa sociedade complexa, de um aumento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional; continua, enfim, a cumprir a sua precisa função constitucional.

Em síntese lapidar, CELSO CAMPILONGO expõe a função política do juiz, nestes termos:

*“A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável.”*<sup>13</sup>

É interessante, nesse contexto, reproduzir os quatro modelos de juiz concebidos por Carlo Guarnieri<sup>14</sup>: a) o *juiz-executor*, de baixa independência e baixa criatividade, como aquele que tão-somente executa passivamente a vontade da lei, sem qualquer possibilidade de definição do sentido do Direito; b) o *juiz-delegado*, de baixa independência, mas de alta criatividade. A independência é baixa porque ele é um mero delegado dos demais Poderes, mas a criatividade é alta, porém colocada à disposição de quem delega os poderes; c) o *juiz-guardião*, de alta independência, porém de baixa criatividade, cujo modelo pressupõe a consagração de uma Constituição e a atribuição, ao Poder Judiciário, do controle de constitucionalidade das leis. Seu limite é a Constituição, que faz às vezes dos códigos do século XIX; e, finalmente, d) o *juiz-político*, de alta independência e alta criatividade. Na trilogia de Ost, esses modelos estão associados a três figuras (pirâmide, funil e rede) e, respectivamente, a três deuses e períodos históricos: Júpiter-direito liberal; Hércules-direito social e Hermes-direito pós-moderno. O juiz-executor está próximo do juiz-Júpiter. O juiz-delegado e o juiz-guardião,

embora distintos, aproximam-se ao juiz-Hércules. O juiz-político assemelha-se com o juiz-Hermes.

É dado da realidade, outrossim, que a considerável transformação do Estado no contexto social conduz inevitavelmente à superação de sua tradicional função de “proteção” e “repressão”, reduzida à solução dos chamados conflitos privados (civis ou penais), de modo que ele não pode mais ser concebido como um simples *gendarme* ou *night watchman*. O novo Estado – o *État providence* dos franceses ou o *Welfare State* – assume importante papel no contexto da sociedade moderna, de natureza essencialmente *promocional*, assumindo relevantes responsabilidades na órbita da realização dos direitos sociais, por imperativo da justiça social, que é a base de legitimação desse novo Estado. E é óbvio que, como acentua CAPPELLETTI, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, o Judiciário, como órgão desse novel Estado Social, tem destacado e importantíssimo papel de fazer atuar os preceitos constitucionais, controlando e exigindo do Estado o cumprimento de seu dever de intervir ativamente na esfera social, “um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.<sup>15</sup>

Nesse sentido, exige-se desse também novo Judiciário uma maior e mais intensa participação para a construção da sociedade do bem-estar, haja vista que a efetivação dos novos direitos sociais exige mudanças nas funções clássicas dos juízes, que se tornaram, sem dúvida alguma, co-responsáveis pela realização das políticas públicas dos outros Poderes. Como consequência inarredável dessa profunda transformação do Estado, o Judiciário, portanto, teve acentuado aumento de suas funções e responsabilidades, assumindo, com a *justiça constitucional*, novo papel, e com ele, o grande desafio de controlar a constitucionalidade da atuação – notadamente as omissões – do poder público<sup>16</sup>, elevando-se ao nível dos outros Poderes, capaz de controlar, como o *terceiro gigante* “na coreografia do estado moderno”, o “legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.<sup>17</sup> A natural tendência da magistratura, pelo seu habitual conservadorismo, seria

até contrária a isso, acentua o autor italiano. Contudo, essas transformações do Estado tornaram-no inevitável.

A Constituição de 1988, portanto, inovou profundamente a função do Judiciário no âmbito do Estado Social, onde o Legislativo e o Executivo não cumprem adequadamente a incumbência constitucional ou nada fazem para criar as condições materiais necessárias para assegurar a efetividade dos direitos sociais. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR bem percebeu essa inovação, quando anota que o “sentido promocional prospectivo” dos direitos sociais

*“altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (...) Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também à Justiça”<sup>18</sup>.*

Isso quer dizer, segundo aponta o citado autor, que o juiz agora também é responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes pelas exigências do Estado do Bem-Estar Social, de tal sorte que, não obstante a ele não se atribua a função de criar políticas públicas, cabe-lhe a irrecusável função de impor a execução daquelas previstas e comandadas pela Constituição. Assim exigem os postulados da justiça social, base de legitimação de todos os Estados contemporâneos, notadamente dos Estados subdesenvolvidos.

O mito tradicional do juiz montesquieuniano “invisível” e “nulo”, que se apresenta como a “inanimada boca da lei”, que mecanicamente declara o Direito preexistente e cujas decisões nada mais são do que o resultado de insensível e inexorável ló-

gica jurídica, deve ser afastado e desfeito, sob pena de que – retraindo-se o juiz diante das questões de relevo político e social ou pautando-se de modo excessivamente formalista ou conservador –, acabe por perder relevância na opinião pública. Uma postura tímida e acanhada do Judiciário decerto significará uma “renúncia a extrair da Constituição as virtualidades que nela palpitam”<sup>19</sup>, deixando, assim, de atender as expectativas que a sociedade criou em torno deste Poder. O Juiz, no Estado Social da sociedade de massas, deve assumir novas responsabilidades e aceitar a nova missão de interventor e criador das soluções reclamadas pelas novas demandas sociais, tornando-se co-responsável pela promoção de interesses finalizados por objetivos socioeconômicos. Do contrário, mostrando-se incapaz de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, máxime dos direitos sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação<sup>20</sup>.

À vista de tudo isso, afigura-se-nos que o Estado Social exige uma *reformulação* da clássica divisão funcional dos Poderes, no sentido de uma distribuição de funções que garanta um sistema eficaz e equilibrado de controle recíproco, a fim de que a Constituição, em geral, e os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, em especial, sejam observados, respeitados e efetivados, e não permaneçam mais à mercê da livre vontade e disposição do legislativo e do executivo em decidirem se e quando devam ser aplicados. Para tanto, é necessária a superação de certas idéias conservadoras da doutrina constitucional tradicional, “que ainda não adaptou as suas ‘lições’ às condições diferenciadas do moderno Estado Social”<sup>21</sup>, e o desapego a velhos dogmas do constitucionalismo clássico, indo em rumo à construção de novos paradigmas, onde a Constituição e os direitos fundamentais deixem de ser meras retóricas políticas ou promessas demagógicas, para se tornarem realidades vivas.

Se o Judiciário não assumir suas novas responsabilidades de co-partícipe no processo de construção da sociedade do bem-estar e, segundo JOSÉ EDUARDO FARIA,

*“não renovar sua cultura técnico-profissional, permanecendo atrelado a uma visão-de-mundo liberal-clássica, sem compreender que quanto mais programáticas forem as normas dos direitos sociais, maior é o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciais”, ele “corre o sério risco de ver a ordem jurídico-positiva fragmentada e despedaçada por uma sociedade dividida, contraditória e explosiva; uma sociedade que, nos segmentos mais desfavorecidos, não tem achado socorro tanto na Constituição quanto na imensa profusão de leis e códigos em vigor”<sup>22</sup>.*

Por isso se exige, cada vez mais, o controle judicial na implementação de políticas públicas destinadas à realização e à plena satisfação dos direitos sociais.

É certo, por óbvio, que o Poder Judiciário não deve intervir, sem mais, em esfera reservada a outro Poder, para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas e executivas no atendimento das demandas sociais. Todavia – e é isso que aqui defendemos – quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o *terceiro gigante* no controle das omissões do poder público. Noutras palavras, quando os órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) falham ou se omitem na implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais e dos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição Federal de 1988, cumpre ao Poder Judiciário – corresponsável no processo de construção da sociedade do bem-estar – adotar uma posição *ativa e dinâmica* na realização das finalidades do Estado Social, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais. E a Constituição brasileira de 1988, marcadamente *dirigente*, esculpiu um Estado Social, redefinindo a relação entres os três Poderes e adjudicando ao Poder Judiciário funções de efetivo controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos. A propósito, ante os temores que parcela da doutri-

na tem a respeito de um excesso de ativismo judicial, convém lembrar, com GARCIA HERRERA, que “cuando se defiendem los principios constitucionales no se hace política sino defensa jurisdiccional de la Constitución”<sup>23</sup>.

Dentre uma gama de fatores responsáveis pelo crescimento do Poder Judiciário, destaca-se, com particular importância, a formulação de extenso catálogo de direitos fundamentais, que constituem, como já vimos, o elemento central ou a alma das Constituições dos Estados Democráticos. Para a proteção jurisdiccional desses direitos, concebeu-se a chamada *justiça constitucional das liberdades*, com a qual o Judiciário desempenha efetivo e decisivo papel no controle dos abusos – por atos comissivos ou omissivos – dos outros Poderes, exercendo *criativa* atividade de interpretação e realização dos direitos sociais. Aliás, é exatamente no âmbito da justiça constitucional e da proteção judiciária dos direitos fundamentais sociais que a criatividade judicial é particularmente elevada<sup>24</sup> e a interpretação constitucional é mais aguçada. Desse modo, o dogma da separação de Poderes e o princípio democrático devem ser compreendidos num terreno onde radicam todas as dimensões ou gerações de direitos fundamentais, “as quais, para se concretizarem, impetram uma hermenêutica de princípios sujeitos a colidirem, não havendo, porém, instância mais recorrida para dirimir as colisões nas estruturas constitucionais do Estado democrático de Direito do que a jurisdição constitucional”.<sup>25</sup>

### 3. Considerações finais

Enfim, do contexto até então delineado, podemos facilmente apreender que num sistema em que a sociedade, longe de exigir uma separação, reclama por uma colaboração entre os Poderes, o Poder Judiciário vem crescentemente ganhando importância, sobretudo em razão da incúria e abuso dos outros Poderes.

Não que o Judiciário esteja invadindo o espaço político dos demais Poderes, pela simples razão de que não há espaço político exclusivo num regime de cooperação de Poderes.

Na verdade, o Judiciário está atuando exatamente pelo fato da não atuação ou abuso dos outros Poderes. E há uma lógica nisso. Em face de sua atuação substitutiva e supletiva, se não há violação de direitos não há a intervenção do Judiciário. Assim, se o Legislativo e o Executivo atuam na efetivação de direitos e cumprem com os seus deveres na implementação de políticas públicas constitucionalmente vinculantes, não há razão para a intervenção judicial.

Do contrário, diante da omissão e abuso dos outros Poderes, a atuação do Judiciário é exigida pela sociedade para fazer valer o primado da Constituição e do Direito. Nessa esteira de reflexão, pode-se admitir que as omissões do poder público, principalmente as do Legislativo, acabaram por conferir ao Judiciário uma legítima função normativa, de caráter supletivo, no exercício de sua típica função de efetivar as normas constitucionais, de tal modo que hodiernamente já se fala – como ocorre na Alemanha – na tendência da passagem do *Rechtsstaat* ou Estado Legislativo para o *Justizstaat* ou Estado de Jurisdição Constitucional, em razão do evidente crescimento da importância da função jurisdicional<sup>26</sup>, no âmbito do controle das ações e omissões do poder público, onde a chamada “crise da lei” e a superação do mito da “separação de Poderes” parecem ser realidades notórias<sup>27</sup>.

#### 4. Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 30-51.

\_\_\_\_\_. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIA, José Eduardo. "As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais". In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. "O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira". In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 94-112.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. "O Judiciário frente à divisão dos poderes". In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Recife, n. 11, 2000. p. 345-359.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direitos subjetivos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

KRELL, Adreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição". In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 304, p. 151-155, out./dez. 1988.



PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2002.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

## Notas

- <sup>1</sup> Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP e Mestre em Direito pela UFBA. Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor e Coordenador do Núcleo de Direito do Estado da Faculdade Baiana de Direito. Conferencista e autor de diversas obras jurídicas. Ex-Promotor de Justiça do Estado da Bahia (1992-1995). Ex-Procurador da República (1995-1999).
- <sup>2</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- <sup>3</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 114.
- <sup>4</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, op. cit., p. 582.
- <sup>5</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 253. Demais disso, de atentar-se para a escuridão advertência feita por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, *Comissões Parlamentares de Inquérito – Poderes de Investigação*, p. 08/09, em nota de rodapé: “Não se afigura mais possível falar em ‘tripartição de funções’”. Esta quantificação se justifica apenas diante da separação orgânica das funções judiciárias, legislativas e

administrativas, titularizadas por três ‘poderes’. Entretanto, a partir da possibilidade de que cada qual destes poderes exerça mais do que uma única função, não há razão para dizer que elas se resumem a três. Tome-se, por exemplo, o Poder Legislativo, que tem por funções típicas a legislação e a fiscalização. Só a partir deste exemplo já seria possível dizer que há quatro funções essenciais num Estado Democrático de Direito: a legislativa, a fiscalizatória, a judiciária e a executiva”

- 6 TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 584.
- 7 *Ibidem*, mesma página.
- 8 TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 585.
- 9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 514. Também nesse sentido, Luís Roberto Barroso assegura que, sob o ponto de vista jurídico, o dogma da “separação dos Poderes se reduz a uma questão de direito positivo, o que equivale a dizer que o constituinte, sem nenhuma limitação que não as decorrentes do próprio sistema que deseje implantar, pode dispor livremente sobre o raio de competência dos órgãos constitucionais que institui. Aliás, a análise deste princípio magno do liberalismo, desde a sua origem, passando pelo direito comparado – especialmente a atividade criadora da jurisprudência norte-americana – e vindo até a experiência brasileira quanto às sentenças normativas da Justiça do Trabalho, revela que ele está longe de apresentar uma ‘rigidez dogmática’ “ (*O Direito Constitucional...*, op. cit., p. 166).
- 10 KRELL, Andreas J., *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.
- 11 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. ‘Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 198, p. 11. Sem dúvida, existe uma tendência atual no sentido da *judicialização* dos fenômenos políticos. Como bem anota Jorge Hage, em *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*, p. 102-103, isso ocorre, em parte, “porque é impossível ao Legislador legislar sobre tudo aquilo que a sociedade atual coloca como problema, na vertiginosa velocidade que é sua principal característica. Em outra parte, porque a inevitável complexidade crescente das próprias leis acarretará cada vez maiores problemas na interpretação. Em uma terceira dimen-

são, porque essa mesma complexidade, combinada com o necessário apelo às soluções de compromisso, advindas do pluralismo político da sociedade atual (onde é cada vez mais difícil um amplo e universal consenso), conduz, também, a uma crescente adoção de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, a convocar, mais uma vez, o julgador, a exercitar uma ‘interpretação criativa’. E, por último, porque o acelerado processo de globalização e de enfraquecimento do Estado nacional aponta, inequivocamente, na direção de um pluralismo jurídico, em que o Direito estatal, vale dizer, a Lei, não haverá de ser mais do que uma entre as diversas espécies normativas a serem consideradas”.

- 12 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 33.
- 13 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 61.
- 14 *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 27-40, *apud* Celso Campilongo, *op. cit.*, p. 46.
- 15 *Op. cit.*, p. 41-42. Segundo o autor, “nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”.
- 16 Conforme escrevemos em *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- 17 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, *op. cit.*, p. 47.
- 18 O Judiciário frente à Divisão dos Poderes. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, nº 11, p. 345 e ss.
- 19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição*, p. 154.
- 20 FARIA, José Eduardo. ‘O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira’. In: FARIA, José Eduardo

(org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 99. Segundo o autor, é justamente aí “que se constata o enorme fosso entre os problemas sócio-econômicos e as leis em vigor. Trata-se do fosso revelado pelo crônica incapacidade dos tribunais de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação *praeter legem*, com a finalidade de fazer valer os direitos mais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha de pobreza”.

- <sup>21</sup> KRELL, Andreas J., op. cit., p. 91.
- <sup>22</sup> FARIA, José Eduardo. ‘O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira’. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 111.
- <sup>23</sup> HERRERA, Miguel Angel Garcia. *Prólogo a la segunda edición del Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- <sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p. 129.
- <sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 586-587.
- <sup>26</sup> Com razão, portanto, BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 587, quando considera que, na “equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência”. No mesmo sentido, o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ‘Poder Judiciário na Constituição de 1988’, op. cit., p. 15: “A análise da Constituição de 1988 exigiu o emprego do termo *control* para designar a atividade que, em diversos campos, exerce o Judiciário. Há uma razão para isso. Embora o termo *control* tenha entre nós um sentido fraco, vindo do francês *contrôle*, com a significação de fiscalização, verificação – e certamente foi com este sentido que a doutrina clássica o aplicou a propósito das questões de constitucionalidade – tem ele também um sentido forte, vindo do inglês *control*, onde transparece a idéia de comando. Ora, é este sentido forte que espelha o papel dado pela Carta vigente ao Judiciário nos planos examinados. (...) A razão disto não é

difícil de identificar. Embora não haja – que se saiba – qualquer doutrina por detrás disto, o Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes ‘políticos’ Legislativo e Executivo perderam. Estes são olhados com desconfiança pela opinião pública, alimentada pelos meios de comunicação de massa. A presunção de que os atos destes dois poderes sejam legítimos e visem ao interesse geral mantém-se no plano jurídico-formal. Do ângulo da opinião pública, não. São eles compostos de ‘políticos’ e estes são objeto de escárnio, pois, todos duvidam, trabalham para o interesse geral. Na verdade, o próprio legislador constituinte assumiu essa posição de descrença. A inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, as minudências de caráter infraconstitucional do texto – bem como os inúmeros prazos para a edição de leis, afora a preordenação conteúdo destas, para vigorar até que venha a lei regulamentadora, que estabelece o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – demonstram suficientemente que o constituinte não acreditava no trabalho do legislador ordinário”.

<sup>27</sup> HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direitos subjetivos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 69.

