

Artigos

Recebido: 25.09.2020

Aprovado: 07.02.2022

Publicado: 13.04.2022

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v10i1.7605>

O protagonismo do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito: a diferença entre escolha e decisão judicial

Edson Vieira da Silva Filho

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre,
Minas Gerais, Brasil

<http://orcid.org/0000-0002-3997-641X>

Juliana Helena Almeida Medeiros

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre,
Minas Gerais, Brasil

<http://orcid.org/0000-0002-2797-6199>

Resumo: O presente artigo aborda o protagonismo judicial na concretização dos direitos fundamentais por meio da expansão das atribuições conferidas ao Poder Judiciário, diversa da experimentada durante o constitucionalismo moderno, por meio da prática interpretativa e integrativa do texto constitucional, auxiliando o Estado no seu papel transformador da realidade e no resgate do mundo concreto. Assim, será realizada uma breve exposição acerca do protagonismo do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito; após, será analisado de que forma esse protagonismo acaba deturpando a harmonia entre os poderes, violando o pacto constituinte originário e o ideal funcionamento dos poderes estatais no âmbito do Estado Contemporâneo. Por fim, será estabelecida a diferença entre decisão e escolha judicial, a partir da proposta do caminho adequado por meio da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lênio Streck, verificando-se o limite da atuação judicial a partir da alteração do paradigma da compreensão ocasionado pelo Constitucionalismo Contemporâneo. O texto tem como objetivo denunciar a necessária contenção do arbítrio judicial, por ser elemento que desequilibra os poderes e, conseqüentemente, compromete a democracia, partindo, para tanto, de uma pesquisa exploratória a partir de uma revisão eminentemente bibliográfica, no qual se buscará estabelecer a visão doutrinária acerca das noções relevantes para a construção do processo de compreensão constitucionalmente adequada.

Palavras-chave: Decisão; Escolha; Expansão do poder judicial; Protagonismo do Poder Judiciário.

The role of the judiciary in the democratic rule of law: the difference between choice and judicial decision

Abstract: This article addresses the issue of judicial role in the realization of fundamental rights through the expansion of the powers conferred on the Judiciary, different from that experienced during modern constitutionalism, through the interpretative and integrative practice of the constitutional text, assisting the State in its transforming role of reality and in the rescue of the concrete world. Thus, a brief presentation will be made about the protagonism of the Judiciary in the Democratic Rule of Law; after, it will be analyzed how this protagonism ends up distorting the harmony between the powers, violating the original constituent pact and the ideal functioning of the state powers in the context of the Contemporary State. Finally, the difference between decision and judicial choice will be established, based on the proposal of the appropriate path through the Critique Hermeneutic of Law (CHD) by Lênio Streck, verifying the limit of the judicial action from the change of the paradigm of the understanding occasioned by the Contemporary Constitutionalism. The text aims to denounce the necessary restraint of judicial discretion, as it is an element that unbalances the powers and consequently compromises democracy, starting from an exploratory research through an eminently bibliographic review, in which it will be sought to establish the doctrinal view of notions relevant to the construction of the constitutionally adequate understanding process.

Keywords: Decision; Choice; Expansion of the judicial power; The role of the Judiciary.

Introdução

No decorrer dos últimos anos foi possível constatar a expansão do Poder Judiciário na resolução de questões essenciais à sociedade, como a concretização de direitos e garantias fundamentais¹. Esse protagonismo do Poder Judiciário, a partir da alteração do paradigma da compreensão provocado pelo constitucionalismo contemporâneo, decorre de vários motivos, dentre eles, o extenso rol de direitos fundamentais previstos pela ordem constitucional vigente e a baixa eficiência estatal na sua concretização, o que requer a judicialização dessas garantias em busca de sua efetivação pelo Estado.

À reboque, observa-se a prática de decisionismos, de respostas judiciais ativistas, em razão do maior grau de demandas requerendo a concretização de direitos fundamentais e do uso inadequado do ferramental jurídico decorrente do *gap* entre o constitucionalismo moderno e os neoconstitucionalismos, no qual o julgador, imbuído do seu mister de dizer o direito no caso concreto, decide conforme a sua consciência, valendo-se da discricionariedade para proferir escolhas arbitrárias, que são fundamentadas a partir de subjetividades assujeitadoras, próprias do esquema sujeito-objeto. Nesse sentido, o Direito é aquilo que o intérprete quer que seja e não uma decisão construída a partir do desenvolvimento de fundamentos intersubjetivos, alinhados aos princípios assegurados constitucionalmente, como condição de possibilidade das transformações e resgate do mundo concreto, necessário para a percepção de toda extensão da nova e complexa proposta de como deve ser o arranjo social gerenciado pelo Estado no mundo contemporâneo.

1 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019. Segundo o CNJ, no relatório “Justiça em números”, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018. Neste indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais iniciadas.

Feitas tais considerações, o presente artigo tem como objetivo denunciar a necessária contenção do arbítrio judicial, por ser elemento que desestrutura e compromete a harmonia dos poderes e, conseqüentemente, a democracia, estando a pesquisa, de caráter exploratório, pautada na revisão bibliográfica, na qual se buscará estabelecer a visão doutrinária acerca das noções relevantes para a construção do processo de compreensão constitucionalmente adequada. Dessa forma, tratará sobre o ativismo judicial, configurado a partir da atuação proativa do Poder Judiciário, segundo o qual os julgadores, no desempenho da sua função, desconsideram a impessoalidade necessária para que decisões harmônicas à Constituição sejam proferidas, deixando de aplicar o direito já posto e inovando na ordem constitucional e legal, atuando como legislador ou administrador, violando o direito a uma resposta constitucionalmente adequada, bem como o princípio democrático fundamental da separação dos poderes consagrada na ordem constitucional.

Assim, para o desenvolvimento desse artigo, primeiro será abordada a questão da expansão do poder judicial, analisando-se o protagonismo adquirido pelo Poder Judiciário a partir das insuficiências do projeto estatal moderno em cumprir aquilo a que se propôs, tornando necessária a concepção de um novo modelo de Estado que, tendo na Constituição seu parâmetro normativo, tornasse propícia a transformação da realidade social a partir da efetivação dos direitos e princípios fundamentais. Após, será discutido o novo papel do Judiciário e as formas de cumpri-lo em consonância com os parâmetros delimitados pela Constituição, atendendo demandas e respeitando o compromisso democrático e o núcleo de direitos fundamentais dele decorrentes, sob pena de se comprometer a harmonia entre os poderes, essencial para a democracia e o ideal funcionamento do Estado Democrático de Direito. Por fim, será estabelecida a diferença entre decisão e escolha judicial, a partir da doutrina de Lênio Streck, verificando-se o limite da atuação judicial a partir da alteração do paradigma da compreensão ocasionado pelo Constitucionalismo Contemporâneo para se chegar à questão das respostas eficientes e adequadas, nas quais se viabilize a efetividade dos direitos e princípios consagrados pela Constituição.

A expansão do poder judicial e o protagonismo do poder judiciário na concretização de direitos fundamentais

A expansão do poder judicial é um tema atual porque o Estado tem promovido pouco os mandos constitucionais. Às promessas da Modernidade, somam-se as que estão sendo feitas agora, a partir da implementação de um novo projeto estatal democrático, que se projeta como plural, tolerante e includente, mas que não vêm sendo efetivamente cumpridas. Dessa forma, no afã de atender à Constituição e o seu propósito transformador da realidade social, tem-se admitido a atuação discricionária de um julgador solipsista, que profere respostas arbitrárias, desalinhadas dos princípios constitucionais, que fomentam o ativismo e deturpam o adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito.

No constitucionalismo moderno, inúmeras promessas que deveriam ser implementadas pelo ente estatal restaram frustradas, tornando necessária a concepção de uma nova teoria do Direito, na qual se viabilizasse a satisfação das necessidades decorrentes do Estado Democrático de Direito, organizado como plural e includente, a partir da promoção de direitos e princípios fundamentais como norte de compreensão

daquilo que se tornou a nova proposta do poder público: concretizar aquilo que se prometeu, mas não cumpriu na Modernidade, além de efetivar as novas promessas realizadas nesse novo modelo, a partir do resgate do mundo concreto por meio de uma releitura condizente com a realidade social, adotando-se a Constituição como parâmetro hermenêutico para a promoção da necessária reestruturação e transformação fática social contemporânea.

Essa mudança do paradigma de compreensão ocorrida no século passado, no qual restou superado o projeto positivista próprio do Estado Moderno, foi possibilitada pelo movimento teórico das ciências jurídicas, surgido após a Segunda Guerra Mundial, denominado neoconstitucionalismo² e que revelou a imperiosa concepção de um novo modelo hermenêutico, de compreensão, fundamentado na intersubjetividade (esquema sujeito-sujeito), e não na vontade do sujeito solipsista da Modernidade³, viabilizando a conformação das normas jurídicas com a realidade social na qual inserida, sendo o Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro um dos desdobramentos desse novo paradigma constitucional⁴.

Esse novo projeto hermenêutico, baseado na intersubjetividade, refere-se ao denominado esquema sujeito-sujeito e visa superar o solipsismo, a arbitrariedade própria do esquema sujeito-objeto, no qual cabia ao indivíduo se assenhorar do sentido das coisas, sujeitando-as segundo à sua consciência. Nesse novo esquema, não há mais espaço para o subjetivismo. O homem não é mais o senhor da razão: agora, por meio do desenvolvimento de relações intersubjetivas, o sentido das coisas são ressignificados em conformidade com o tempo e a realidade, e não pela vontade, pela consciência do sujeito. “Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão⁵”.

Dessa forma, em meados do século passado, constatou-se, então, a evolução do constitucionalismo moderno para um novo paradigma de compreensão (neoconstitucionalismo), abrangendo o Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, no qual a Constituição passa a ser reconhecida como norma vinculante de hierarquia superior, introduzindo valores (princípios) no texto constitucional, reconhecidos democraticamente, e que “representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) ao Direito até então negado pelo positivismo⁶”. A finalidade primordial do Estado contemporâneo é a

2 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 68.

3 STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 63-67. Na Modernidade, altera-se o esquema objeto-sujeito, no qual o sujeito encontrava-se suscetível aos desígnios do objeto e a uma fundamentação de ordem metafísica, divina, para o esquema sujeito-objeto, no qual cabe ao homem, ser racional que é, assujeitar o objeto, concedendo-lhe o sentido segundo à sua consciência.

4 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67-68. O Constitucionalismo Contemporâneo, segundo Lênio Streck, é o movimento teórico jurídico-político que surge em meados do século passado, no âmbito do pós-positivismo e que tem como fim restringir o exercício do poder estatal, a partir do reconhecimento, garantia e proteção dos direitos humanos, fundamentais e sociais pelos documentos constitucionais, possibilitando a efetivação do modelo estatal democrático de Direito.

5 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: LAEL, 2014. p. 254-257.

6 STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p.71.

garantia e promoção de direitos e princípios fundamentais, amplamente violados ou sonogados no projeto do Estado Moderno⁷, incorporando o Direito, assim, um caráter transformador da realidade social⁸. Os poderes estatais, nessa senda, estão vinculados às normas constitucionais, atuando para implementar as promessas não cumpridas da Modernidade por meio da concretização dos direitos consagrados por esse novo Estado Democrático de Direito.

Em decorrência dessa nova estrutura estatal, baseada na força normativa do texto constitucional, o Poder Judiciário tem o seu papel ampliado, deixando de ser apenas o aplicador da norma legal para desempenhar uma função interpretativa, primando por uma compreensão baseada na intersubjetividade como condição de possibilidade das transformações e resgate do mundo concreto desse novo arranjo social que constituiu o Estado Constitucional de Direito⁹.

Dessa forma, com a ampla gama de direitos consagrados por esse novo paradigma constitucional, somada à sofisticação e complexidade das relações sociais na contemporaneidade, tornou-se necessária uma maior atuação do poder público para garantir aquilo que se tornou a proposta do Estado Constitucional de Direito, qual seja, resgatar as promessas não cumpridas da Modernidade, a partir da concepção da Constituição como instrumento dotado de força normativa vinculante, garantindo-se a efetividade dos direitos humanos e fundamentais, bem como a necessária transformação da realidade social, observando-se, porém, os limites impostos pelo Direito.

Contudo, o abismo existente entre a concreta efetividade das normas constitucionais e as necessidades advindas de uma sociedade desigual, carente de atendimento de necessidades básicas, dos mais diversos direitos sociais e, até mesmo, individuais, há um “deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional)¹⁰”, conferindo, conseqüentemente, uma abertura das atribuições conferidas ao Poder Judiciário, uma vez que, agora, o intérprete deixa de apenas aplicar a lei, tal como no modelo estatal positivista, próprio da Modernidade, para dizer o direito no caso

7 GILBERT, Martin. **A Segunda Guerra Mundial**: os 2.174 dias que mudaram o mundo. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014. pos. 1.168 e 9963 (formato digital). Durante a Segunda Guerra Mundial, houveram incontáveis violações aos direitos humanos – mais de 46 milhões de pessoas morreram, sendo que muitos em situações de “crueldade prolongada e terrível”. Segundo Gilbert, os judeus eram humilhados e torturados, sendo submetidos a trabalhos forçados pelos agentes nazistas, que os obrigavam “a dançar, a cantar e a despir-se enquanto trabalham e são, até mesmo, forçados a espancar-se mutuamente”. Além dos judeus, ciganos também foram perseguidos pelo regime nazista, sendo castrados ou enviados para os campos de concentração para serem submetidos a trabalhos forçados, torturas e/ou enviados para a câmara de gás.

8 STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 17, n. 3. p. 721-732, set./dez. 2016.

9 POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico**. Lima, Palestra, 2018. p. 301. “*La noción de Estado constitucional empleada por el neoconstitucionalismo se ve en los ordenamientos continentales posteriores a la Segunda Guerra Mundial; cosa que no es irrelevante para comprender las razones políticas, éticas, sociológicas y filosóficas del neoconstitucionalismo. En efecto; estas constituciones asumieron un número relevante de principios de justicia o, si se quiere, además de los derechos de libertad (o de primera generación), también a los derechos sociales (o de segunda generación); precisamente por ello son estas constituciones las que, en todo caso, impusieron al Estado tareas vinculadas a la intervención en la sociedad y en la economía. En definitiva, estas constituciones han cambiado el rol de la organización estatal, transformándola de árbitro en juzgador. Aún bajo este perfil, el Estado constitucional aparece como un objeto de estudio diferente al Estado de Derecho que la ha precedido.*”

10 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 448-449.

concreto, a partir do desenvolvimento de uma (re)leitura hermenêutica constitucionalmente adequada e em conformidade com a realidade social na qual a norma encontra-se inserida.

Essa expansão do poder judicial ocasiona, em contrapartida, o protagonismo do Poder Judiciário, que é chamado a atuar de forma recorrente diante da omissão ou ineficiência dos demais poderes na concretização dos direitos e princípios fundamentais, encontrando, na Constituição, os limites e padrões a serem observados no desenvolvimento de seu dever de dizer o direito no caso concreto, isto é, a judicialização das mais variadas demandas requerendo a efetivação dos direitos e garantias fundamentais sonogados pelo Estado “está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição¹¹”.

A judicialização, nessa medida, está relacionada à possibilidade de se questionar a atuação do poder público na implementação das políticas necessárias e adequadas às garantias dos direitos e princípios fundamentais. Assim, segundo Streck, “quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado¹²”.

Dessa forma, com o aumento do número de demandas em razão da ampla gama de direitos e garantias fundamentais previstos pelo texto constitucional associada ao déficit estatal na sua prestação, constata-se uma expansão do poder judicial e, em contrapartida, o protagonismo do Poder Judiciário, que é chamado a atuar de forma recorrente diante da omissão ou ineficiência dos demais poderes na concretização dos direitos e princípios fundamentais, devendo ter a Constituição como o seu norte interpretativo.

O protagonismo do Judiciário, portanto, decorre em certa medida, em razão do fracasso do Estado Moderno que não conseguiu atender às carências de uma sociedade complexa, desigual, tornando necessária a ampliação do rol de pretensões sociais e a construção de uma nova estrutura estatal capaz de satisfazer as necessidades de uma nova realidade social constituída após as inúmeras violações de direitos e princípios fundamentais do homem pela Modernidade, concretizando aquilo que se prometeu, mas não foi cumprido. O Judiciário, nessa linha, surge como o protagonista em um Estado no qual a judicialização de demandas torna-se inexorável em razão da proliferação de direitos e garantias fundamentais após o desgaste da Modernidade, bem como pela complexidade das relações sociais a partir desse novo projeto constitucional do Direito.

Dessa forma, a partir desse novo arranjo social, estruturado em torno da garantia de princípios e direitos fundamentais, a ineficiência do ente estatal no cumprimento do seu dever, a partir da não consecução das políticas públicas necessárias para viabilizar a concretização daquilo a que se propôs nesse novo modelo de Estado Constitucional, ou seja, o resgate daquilo que se prometeu, mas não cumpriu anteriormente, resta frustrado, tornando a via judicial como a única possível para ressignificar o sentido das normas em conformidade com o tempo e a realidade social na qual inseridas, resolvendo os déficits de efetividade de uma

11 STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 17, n. 3. p. 721-732, set./dez. 2016. p. 724.

12 Id. p. 724.

Constituição que não está constituindo, motivando, assim, o protagonismo do Judiciário.

Portanto, com a consagração de novos direitos pelo Constitucionalismo Contemporâneo e a expansão do poder judicial, a necessária atuação do Judiciário na sua efetivação torna-se cada vez mais frequente, demandando do juiz o desenvolvimento de uma compreensão hermenêutica em consonância com os princípios consagrados pela Lei Maior, para se chegar a uma decisão constitucionalmente adequada. Entretanto, muitas vezes, no desempenho da sua atribuição, o julgador se vale dos princípios constitucionais como álibis teóricos para justificar decisões solipsistas, sem qualquer critério de racionalidade, fundamentadas em escolhas, razões pessoais, tornando propícia a prática decisionista, baseada na discricionariedade judicial, afetando o funcionamento do sistema político, a partir da usurpação de competência dos demais poderes, interferindo diretamente no jogo democrático do Estado Constitucional de Direito. É o que se passa a analisar a seguir.

A separação dos poderes e o ativismo judicial: a deturpação do funcionamento do sistema político pelo judiciário face à ineficiência dos demais poderes estatais na concretização dos direitos fundamentais

O Poder Judiciário vem assumindo um importante papel no ordenamento jurídico pátrio – o de protagonista na concretização de direitos fundamentais. Relembrando a clássica obra de Charles de Montesquieu, “O Espírito das Leis”, o Estado possui três poderes essenciais: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A atuação do Estado se divide em três funções básicas: estabelecer normas gerais e vinculativas, formuladas de modo abstrato e sem levar em consideração critérios de ordem pessoal, a toda a sociedade em geral, por meio da manifestação positiva de dois órgãos (sistema bicameral do Poder Legislativo); executar essas normas elaboradas pelo Legislativo (Poder Executivo); e, por fim, resolver, por meio da atuação judicial, os possíveis conflitos que possam ocorrer no desenvolvimento das relações sociais (Poder Judiciário)¹³.

Para que o Estado possa desempenhar essas funções da forma como prevista por Montesquieu, é necessário que cada poder tenha seus titulares próprios – os três poderes não podem ser exercidos pela mesma pessoa, com o fim de se evitar um governo absolutista –, e que todos tenham competência própria e específica, sendo esse o limite da sua atuação. Dessa forma, é essencial que esses três poderes sejam exercidos por pessoas diferentes com o fim de se garantir, segundo Montesquieu, a liberdade dos indivíduos, evitando-se, assim, governos absolutistas nos quais um mesmo órgão ou uma mesma pessoa (parlamento, monarca ou presidente) imponha suas vontades aos demais, sem qualquer possibilidade de controle por outrem¹⁴.

Nesse sentido, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos¹⁵”. Montesquieu, dessa forma, entende que quando

13 MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Trad. de Fernando Henrique Cardoso; Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982. Livro XI, cap. VI. p. 168.

14 Id. p. 168.

15 Id. p. 168.

o homem possui o poder vai abusar dele de alguma forma, sendo necessário, pois, limitar o poder dos governantes para garantir aos cidadãos a sua liberdade, sendo essa noção de separação dos poderes um mecanismo adequado a esse desiderato. De acordo com o filósofo francês:

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 opressor¹⁶.

No Estado Democrático de Direito, a separação dos poderes é um mecanismo essencial para a garantia do bom funcionamento do sistema, levando-se em consideração, também, a aplicação do sistema do *check and balances* ou dos freios e contrapesos, que permite que um poder fiscalize o outro sem comprometer ou invadir a esfera de competência a ele designada¹⁷. Torna-se, assim, essencial no desenvolvimento estatal, a harmonia e a independência entre os poderes, de forma a evitar conflitos e arbitrariedades que colocariam em risco o bom funcionamento do sistema político. Nesse sentido, o Estado brasileiro instituiu, como um dos seus princípios fundamentais, a separação dos poderes, delimitando, constitucionalmente, a cada um, funções específicas, visando a manutenção de um verdadeiro equilíbrio entre eles, a partir da construção de um diálogo entre as instituições, pois, nenhum deles, isoladamente considerado, pode deter o monopólio estatal.

Tratando-se especificamente do Poder Judiciário, a ele foi atribuído a guarda da Constituição e dos atos normativos em geral, incluindo os direitos fundamentais, contra eventuais violações e omissões perpetradas pelo próprio Estado ou por agentes privados, garantindo a eficácia das normas estabelecidas no ordenamento jurídico¹⁸. Contudo, diante da expansão dos direitos e garantias fundamentais pelo Constitucionalismo Contemporâneo, o Poder Judiciário tem o desafio de contribuir para o bom desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, diante da ineficiência dos demais Poderes no desempenho do seu desiderato constitucional.

Nesse sentido, considerando-se as inúmeras promessas não cumpridas da Modernidade alinhadas à amplificação do rol de garantias e direitos fundamentais, consagrados pela Constituição Federal, e que para a efetividade dessas normas requer-se a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de atos normativos e promoção de políticas públicas respectivamente, observa-se uma carência estatal na implementação desses direitos, em uma clara violação à ordem jurídica vigente e, por conseguinte, à força normativa da Constituição, tal como concebida por Hesse, para quem as normas consagradas pela

16 Id. p. 168.

17 Id. p. 168. O sistema do *check and balances* ou o sistema de freios e contrapesos foi idealizado por Montesquieu na obra “O Espírito das Leis”, com base na doutrina de Aristóteles e John Locke. Segundo Montesquieu, para se garantir a liberdade, evitando-se governos absolutistas, o Estado deveria ser dividido em três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada um desses poderes seriam autônomos e teriam sua competência previamente delimitadas, podendo, porém, um controlar o outro, em um sistema de freios e contrapesos.

18 OLIVEIRA, Larissa Pinha de; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, a. 14, n. 14, jan./dez. 2011. p. 111.

Lei Maior, para ser eficazes e, portanto, possuir força vinculante, devem conformar a realidade histórica e social na qual está inserida¹⁹.

Por conseguinte, o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito é ampliado, assumindo o protagonismo na concretização dos direitos constitucionalmente previstos, mas não realizados: a ampla gama de direitos consagrados na Constituição somada ao déficit prestacional do ente estatal, resulta em mais demandas e, conseqüentemente, na necessidade de atuação do Judiciário para implementá-los, tendo em vista a força normativa da Constituição, que implica na obrigatoriedade das suas normas e na vinculação da atuação dos Poderes Públicos para concretizá-las. Segundo Lênio Streck,

(...) na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados (...). Em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição, mediante a omissão dos Poderes Públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte –, a via judiciária se apresenta – por vezes – como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição²⁰.

Assim, foi a partir do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, com o advento de um novo tipo de constitucionalismo – o Constitucionalismo Contemporâneo, que a Constituição passou a ser reconhecida como norma fundamental vinculante, cujos mandamentos devem ser observados por todo o ordenamento jurídico, ganhando destaque, nesse contexto de justiça constitucional, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização de direitos e princípios positivados pela Lei Maior, pois, além de atuar na promoção da integridade jurídica do ente estatal, “pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivos e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais²¹”.

Em havendo sonegação ou violação de direitos pelo ente estatal, cabe ao Poder Judiciário agir em conformidade com aquilo que dele se espera: garantir os princípios constitucionalmente previstos, decidindo acerca do direito posto em debate pelos interessados a partir de uma construção hermenêutica íntegra, fundamentada e sequenciada, livre de subjetivismos e pessoalismos, ou seja, espera-se do Judiciário uma resposta adequada aos princípios constitucionais, em consonância com a alteração do paradigma de compreensão advindo com o Constitucionalismo Contemporâneo.

Nessa linha, o extenso rol de direitos fundamentais e sociais garantidos pela Constituição alinhado ao déficit prestacional do Estado e a complexidade das relações sociais, tornaram propício o aumento significativo de demandas judiciais requerendo a concretização dos direitos sonegados pela via judicial, ocasionando, como consequência, o protagonismo do Poder Judiciário nesse novo Estado Constitucional. Isso porque a promoção, a efetivação e a garantia desses direitos depende da atuação do Estado a partir da promoção de políticas públicas e da edição de leis e atos normativos em geral que os respaldem. E é aqui que reside o problema da efetividade dos direitos fundamentais: a dependência de atuação dos poderes estatais para sua concretização.

19 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 14-15.

20 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: LAEL, 2014. p. 65-66.

21 Id. p. 68.

A prestação deficitária e ineficiente dos direitos fundamentais pelo próprio Estado são amplamente discutidos na seara jurisdicional. A judicialização nesse contexto é inevitável²². Não pode o Poder Judiciário se abster de concretizar os direitos garantidos pela ordem jurídica vigente, que foram violados ou não concretizados por condutas e atos do ente estatal. Entretanto, essa recorrente intervenção judicial frente à ineficiência do poder público em efetivar os direitos consagrados pelas normas constitucionais, muitas vezes, pode implicar em práticas decisionistas, no qual são proferidas decisões arbitrárias, solipsistas, que fundamentam o ativismo judicial, mas fragilizam a força normativa da Constituição e a integridade do Direito.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário, em vez de atuar para garantir o cumprimento das normas constitucionais e atos normativos em geral, atua como um verdadeiro ativista, utilizando o julgador da personalidade, do subjetivismo para substituir os juízos políticos e morais estabelecidos pelo ordenamento, fragilizando o direito²³: o ato de julgar se confunde com o ato de vontade do julgador, resultando em decisões incoerentes ou incompatíveis entre si²⁴. Dessa forma, o ativismo representa “um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão ‘avanço’, seja para manter o *status quo*)²⁵”.

A judicialização de demandas requerendo a concretização de direitos e garantias fundamentais, portanto, não pode ensejar deturpação da harmonia e do funcionamento constitucional dos demais poderes, sob pena de violação do sistema do *check and balances*: um poder estatal não pode ter mais destaque em relação aos demais em um Estado Democrático de Direito, não pode invadir a esfera de competência do outro. Um poder deve limitar o outro e, todos, em conjunto, no desempenho de suas funções, devem agir em consonância com os preceitos constitucionais, atuando para o adequado funcionamento do Estado.

Ao Poder Judiciário cabe a tutela e a garantia dos princípios consagrados na Constituição da República de forma a possibilitar às minorias e a todos os lesados a plena consecução de seus direitos constitucionais sem, contudo, invadir a esfera de competência dos outros poderes, pois, ao contrário de um protagonismo necessário à tutela de direitos fundamentais em razão da sua sonegação, estar-se-ia diante de um ativismo judicial, o que viola as regras legítimas do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, o princípio fundamental da separação dos poderes.

22 BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. Judicialização da política, ativismo judicial e princípio isonômico. In: RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. **Princípio da igualdade**: uma abordagem multidisciplinar (Coord.). Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, p. 13-60, 2018, p. 55. A ampla gama de direitos fundamentais consagrada pela Constituição Federal de 1988 e a sua baixa efetividade traz, como consequência, a busca ao Judiciário para restaurar a ordem e a justiça violadas pelo próprio Estado. Nesse sentido, José Alcione Bernardes Júnior: “A ascensão institucional do Judiciário é inquestionável, para o bem ou para o mal, e parece também inevitável. Assim, louve-se a atuação jurisdicional asseguradora dos direitos fundamentais e o papel do Judiciário enquanto instância contramajoritária, a evitar a tirania das maiorias sobre as minorias, e fazendo valer os direitos dos segmentos sociais que não têm como vocalizar suas aspirações normativas, visto que alijados do processo político-decisório e à mercê da fria lógica que preside o mercado”.

23 STRECK, Lênio. **Que é isto – decido conforme a minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: LAEL, 2015. pos. 2519 (formato digital).

24 Id. pos. 352.

25 STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 17, n. 3. p. 721-732, set./dez. 2016. p. 724.

Apenas a título de esclarecimento, o termo ativismo judicial tem sua origem nos Estados Unidos sendo utilizado para designar um acontecimento que vai além, que transcende as barreiras da *common law*. O ativismo judicial está relacionado, portanto, à interferência (devida ou não, a depender do ponto de vista) do Poder Judiciário nas esferas de competência atribuídas aos poderes Executivo e Legislativo²⁶. No sentido empregado por esse texto, entende-se por ativismo aquela atuação dos magistrados e tribunais fora dos limites jurisdicionais previstos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição, conduta a ser repelida pela ordem constitucional vigente.

Feitas tais considerações, é importante deixar claro que não se discute a função interpretativa do Poder Judiciário, mas sim, os seus limites: o ato de decidir poderia ser baseado em escolhas, na consciência de um julgador solipsista que leva em consideração as suas convicções pessoais e não o conjunto de normas constitucionalmente consagrados pela ordem jurídica vigente? No ativismo, há uma usurpação de competência dos outros poderes pelo Judiciário, violando as regras do Estado constitucional e, por conseguinte, fragilizando o próprio sistema jurídico, devido à inconsistência nas decisões proferidas pelo julgador que, a partir de critérios pessoais, subjetivos, decide sobre a violação do direito de acordo com suas próprias convicções, sem adotar qualquer fundamentação normativa, mas apenas de cunho moral, contextualizada pelas circunstâncias fáticas da sociedade.

Dessa forma, embora não restem dúvidas de que a proteção de direitos fundamentais seja essencial no Estado Democrático de Direito, isso não pode implicar na não observância de outras normas constitucionais relevantes, tais como a delimitação de competências aos Poderes da República. Nesse viés, assim como é fundamental a concretização de direitos, também é essencial, para o bom funcionamento estatal, que regras que disponham sobre a organização e competência de cada Poder sejam observadas. Assim, o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes são fundamentais para a democracia: ainda que o Poder Judiciário apresente um protagonismo na resolução de questões relevantes, assumindo um papel de destaque diante da ineficiência estatal em garantir e concretizar os anseios da sociedade, não pode ele interferir no âmbito de atuação dos poderes Executivo e Legislativo, determinando providências judiciais que não tenham como parâmetro a Constituição.

Se o protagonismo abre as portas para o desequilíbrio entre os poderes estatais (e abre), uma vez que recorre-se ao Judiciário para colmatar as insuficiências de um Estado que não concretiza o que propôs, o decisionismo fere a democracia de morte pela prevalência do arbítrio sobre os fundamentos do pacto originário, uma vez que as promessas incumpridas da Modernidade, agregadas às novas realizadas, a partir da proposta contemporânea de Direito, se encontram submetidas à subjetividade, à vontade do julgador.

A necessária diferenciação entre escolha e decisão judicial

O salto paradigmático da compreensão baseada no esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade, das insuficiências do positivismo kelseniano, próprio do constitucionalismo moderno, para o Constitucionalismo Contemporâneo, que “traz para dentro do Direito temáticas que antes se colocavam

26 TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coord.). **Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo**. São Paulo: RT, 2017. p. 230-231.

à margem da discussão pública: a política representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonogados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas no e a partir do Direito²⁷”, oportuniza ao Poder Judiciário uma atuação mais proeminente no Estado Democrático de Direito, uma vez que, com a aposta na Constituição como instrumento viabilizador da necessária transformação social, cabe a esse Poder zelar pelo cumprimento do texto constitucional e determinar a concretização dos direitos sonogados pelo ente estatal.

Dessa forma, a ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais e a ausência ou ineficiência do Estado na sua garantia contribui para que as promessas, há muito não cumpridas da Modernidade, continuem sonegadas e, assim, põe em risco a própria força normativa da Constituição, que impõe aos poderes públicos o necessário dever de agir em conformidade com as suas disposições, configurando-se no instrumento viabilizador da transformação da realidade social pretendida pelo novo paradigma de compreensão introduzido pelo Constitucionalismo Contemporâneo. Diante desse quadro, demanda-se do Poder Judiciário uma recorrente atuação para garantir o respeito e a promoção dos direitos não eficazmente tutelados pelo poder público, transformando-o em um “verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros poderes²⁸”.

Contudo, o protagonismo do Poder Judiciário na determinação da concretização dos direitos e garantias fundamentais violados ou não prestados pelo ente estatal, não pode ensejar respostas judiciais baseadas em escolhas arbitrárias daquele a que compete proferir uma decisão. A judicialização de demandas requerendo a efetivação de direitos sonogados pelo Estado não pode ter como consequência uma “resposta juridicamente errada²⁹ obtida a partir de práticas ativistas, isto é, o caráter hermenêutico assumido pelo Direito não pode implicar em condutas subjetivistas do julgador, que decide conforme à sua consciência e não com base nos princípios constitucionais, tendo na Constituição o parâmetro de compreensão para se obter a resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto³⁰. O juiz, no exercício da sua atribuição constitucionalmente estabelecida, deve proferir decisões fundamentadas pelos princípios e normas constitucionais e não escolher, solipsisticamente, a resposta que considera adequada ao caso concreto – decidir, portanto, não é o mesmo que escolher³¹.

Segundo Lênio Streck, o ato de escolher importa em um subjetivismo, na parcialidade daquele a quem incumbe realizá-lo, levando-se em consideração suas convicções pessoais e nada mais. Trata-se de um ato discricionário feito a partir de uma atividade eletiva do julgador. Escolhas são realizadas com base em um questionamento sobre o que “eu” devo fazer, remetendo-nos à consciência daquele a quem compete o ato, ao império do subjetivismo, no qual decisões são proferidas em prol de uma moral social, acarretando

27 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 463.

28 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 24.

29 STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 17, n. 3. p. 721-732, set./dez. 2016. p. 726.

30 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 469.

31 STRECK, Lênio. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5. ed. Porto Alegre: LAEL, 2015. pos. 2246.

arbitrariedades e decisionismos por parte de um Judiciário solipsista³². Dessa forma, o julgador é quem deterá o poder de atribuir o sentido de acordo com suas convicções pessoais, com aquilo que julgar mais conveniente (“decido conforme minha consciência”)³³. Nesse sentido, para o referido autor:

A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que “o juiz possui poder discricionário” para resolver os “casos difíceis”, o que se quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquele que melhor lhe convier...!³⁴

O ativismo judicial, adverso àquilo que se tornou o novo projeto democrático de Estado, ajusta-se a partir desse ato de escolha, que impõe às questões concretas a inserção do voluntarismo, do subjetivismo, a adoção de valores individuais, configurando uma “jurisprudência de valores³⁵”, na qual o intérprete atribui ao texto uma compreensão baseada a partir de um conjunto de valores subjetivos, que vão além daqueles determinados pelo ordenamento jurídico. Na jurisprudência de valores, o texto deixa de ter importância em decorrência da análise subjetivista do intérprete, conferindo-lhe um significado a partir de suas convicções pessoais, estando voltada para “o papel da atividade do juiz e os valores que deve considerar na atividade jurisdicional³⁶”, sem deixar que o texto lhe diga algo, como esperado no esquema sujeito-sujeito, em que são desenvolvidas relações intersubjetivas, superando-se o antigo esquema sujeito-objeto, no qual cabia ao intérprete assujeitar o objeto, ou seja, atribuir a ele o sentido que melhor lhe conviesse segundo razões solipsistas.

Assim, no ativismo judicial, decisões são exteriorizadas a partir de uma valoração pessoal do julgador, ou em razão da obediência cega a verdades transcendentalmente concebidas como absolutas, reproduzindo, dessa forma, dinâmicas próprias da polarização moderna resultante de uma compreensão das coisas a partir do paradigma sujeito-objeto, na qual o sujeito subjuga o objeto a um ato de vontade, conferindo-lhe o sentido que considera mais adequado segundo sua consciência ou valores pessoais, “o que

32 STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 273-277. O solipsismo pode ser compreendido como “a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito”. Essa noção de solipsismo reflete aquele juiz que profere decisões com base na sua consciência, com o seu “sentimento de justiça pessoal”, realizando aquilo que Lênio entende por escolha e não decisão judicial. Esse juiz solipsista vai de encontro com o Direito, uma vez que não pode o sujeito, aquele a quem incumbe decidir, se assenhorar do sentido dos textos e dos fatos.

33 Id. p. 43, 63-67. A expressão “decido conforme a minha consciência” reflete a postura de alguns membros do Judiciário brasileiro em dizer, interpretar o Direito segundo suas convicções pessoais, subjetivas, estando atrelados ao esquema Sujeito-Objeto, próprio da Modernidade, no qual o sujeito se assenhora do sentido das coisas. É preciso considerar que esse sujeito solipsista, aquele que decide conforme sua consciência, precisa ser superado, dando lugar a relações estabelecidas a partir de uma racionalidade intersubjetiva, na qual o texto, o próprio objeto diz o que é, não dependendo do sentido atribuído pelo sujeito cognoscente – “O direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja”. Isso quer dizer que não pode o sujeito, aquele a quem incumbe decidir, se assenhorar do sentido dos textos e dos fatos.

34 STRECK, Lênio. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5. ed. Porto Alegre: LAEL, 2015. pos. 2247.

35 STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 115.

36 Id. p. 117.

é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa³⁷”, pois, torna propício o decisionismo e voluntarismo judicial, muitas vezes baseados em métodos incompatíveis ou incoerentes entre si, violando-se o “direito fundamental a uma resposta correta, entendida como adequada à Constituição³⁸”. No ativismo, portanto, a discricionariedade torna-se “condição de possibilidade da decisão³⁹” – o direito é aquilo que o intérprete quer que seja, não havendo nenhum controle das escolhas (e não decisões) proferidas, uma vez que o julgador se encontra subordinado apenas à sua razão e nada mais⁴⁰.

É importante deixar claro que o Direito é composto por regras e princípios que têm na Constituição o horizonte de compreensão adequado e necessário para viabilizar o que se tornou a proposta do novo projeto constitucional contemporâneo, qual seja, realizar as promessas não cumpridas da Modernidade, possibilitando a indispensável transformação da realidade social. Segundo Lênio Streck, “o Direito não é aquilo que os juízes dizem que é”, ou seja, não se trata de um ato de vontade do julgador que, solipsisticamente, julga conforme a sua consciência, mas sim, do resultado de uma relação intersubjetiva, fruto de um debate público que vincula a todos em um Estado Democrático⁴¹. Nessa linha, a concretização das normas constitucionais não pode depender de uma “subjetividade assujeitadora (esquema S-O)⁴², como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete⁴³”.

Dessa forma, é necessário propiciar meios de controle do ato de decidir a partir de questionamentos acerca da motivação do julgador, desde que o conteúdo da sua compreensão se expanda para além da esfera individual, já que o exercício hermenêutico não é um ato isolado, mas sim, compartilhado por meio do desenvolvimento de relações intersubjetivas – somente assim, o ato de decidir será legítimo⁴⁴. Nessa senda, a decisão deve ser construída a partir de uma racionalidade em que sujeito e objeto se inter-relacionam, com base na compreensão constitucional do Direito – “a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa⁴⁵”. O ato decisório deve ser adequado às ordens legal e constitucional e respeitar o princípio democrático, não deixando margens a uma atuação discricionária por parte do magistrado/tribunal, que deve se abster de proferir escolhas baseadas em suas

37 STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 17, n. 3. p. 721-732, set./dez. 2016. p. 724.

38 STRECK, Lênio. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5. ed. Porto Alegre: LAEL, 2015. pos. 1866.

39 Id. pos. 2119.

40 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56-57.

41 STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 268.

42 O esquema sujeito-objeto é próprio da Modernidade e encontra-se ancorado na filosofia da consciência, uma vez que dependente teleologicamente do sujeito solipsista, que fundamenta suas decisões a partir das suas convicções morais e pessoais, assujeitadoras do sentido das coisas, ou seja, o homem, ser racional que é, assujeita o objeto concedendo-lhe sentido segundo a sua própria consciência. STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 63-67.

43 STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5. ed. Porto Alegre: LAEL, 2015. pos. 2012.

44 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: LAEL, 2014. p. 329-330.

45 STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5. ed. Porto Alegre: LAEL, 2015. pos. 2250.

convicções pessoais para interpretar o Direito de forma íntegra e coerente aos princípios consagrados pela Constituição Federal.

Espera-se, assim, do intérprete do Direito, a superação do paradigma da filosofia da consciência, da discricionariedade e/ou arbitrariedade, nas quais se admitem múltiplas respostas corretas para o direito ao apostar na “razão teórica⁴⁶”, que consiste na possibilidade de se chegar às respostas antes mesmo das perguntas, preterindo-se o adequado exercício hermenêutico condizente com os valores plasmados no texto constitucional enquanto princípios que darão sentido às regras. A discricionariedade e a arbitrariedade são métodos de interpretação próprios da Modernidade, ancorados em um “racionalismo que teima sobreviver em outro paradigma⁴⁷” e que precisam, necessariamente, ser superados em prol da legitimidade e validade do direito e da própria democracia.

Assim, diante de um novo projeto estatal que prima pela garantia e proteção de princípios consagrados pela Constituição, cuja força normativa impele aos poderes públicos observância obrigatória, requer-se que o Judiciário afaste-se da utilização da discricionariedade e da filosofia da consciência como argumentos decisórios, pois as decisões devem ser limitadas e norteadas aos parâmetros impostos pelos princípios, que consistem em “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade⁴⁸”, respeitando e garantindo, por conseguinte, o direito fundamental sonogado pelo Estado, bem como a integridade do próprio direito, ao viabilizar respostas corretas a partir da fundamentação adequada à Constituição, considerando-se o seu caráter transformador e garantindo a segurança jurídica, já que o Direito não estaria à mercê da vontade daquele a quem incumbe dizê-lo no caso concreto.

Compete ao Judiciário observar o dever de proferir a decisão adequada e coerente aos princípios constitucionais, demonstrando o seu compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, ou seja, espera-se que a decisão tenha como fundamento razões de princípio, e que estabeleça estabilidade e segurança ao ordenamento jurídico, “vinculando-se as interpretações tanto ao passado (que irradia efeitos e por isso não pode ser ignorado, mas não se apresenta como imutável) como ao futuro, em processo contínuo de interação e desenvolvimento com vistas a instituir um estado geral de uniformidade das decisões (*stare decisis*)⁴⁹”.

A judicialização dos direitos, portanto, não pode implicar no solipsismo e, como consequência, em uma conduta ativista por parte dos membros do Judiciário que, arbitrariamente, escolhem como decidir, sob pena de fragilizar o direito e o princípio democrático, consubstanciado na separação dos poderes, ao deixar de atuarem dentro dos limites previamente delimitados pela Constituição da República. A compreensão adequada do Direito, dessa maneira, não pode estar sujeita à subjetividade do julgador, que deve entender o

46 Id. p. 1429.

47 Id. p. 1429.

48 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

49 COSTA, Débora Laís dos Santos. **Fundamentar ou não fundamentar?** Eis a questão: um debate a partir da *Chain Novel* de Dworkin sobre o artigo 489, §1º e sua aplicabilidade no Brasil contemporâneo. 2018. 184 f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018. p. 109.

seu papel de protagonista, atuando de forma responsável para que a justiça constitucional não se sobreponha ao próprio Direito, que não pode ser aquilo que o julgador quer que seja, mas sim, fruto de uma construção intersubjetiva na qual o sentido é do texto é atribuído de acordo com o desenvolvimento de um processo de compreensão adequado à Lei Maior. O direito à uma resposta constitucionalmente adequada, que baseia-se em argumentos de princípio, construídos intersubjetivamente, e não em escolhas subjetivas, pessoais se faz necessária, então, para a construção de um Estado Democrático (e Social) de Direito.

O Constitucionalismo Contemporâneo, nesse viés, pretende, além da superação do esquema sujeito-objeto, que o intérprete do Direito encontre na Constituição a resposta adequada ao caso concreto, observando a coerência e integridade nas decisões proferidas, levando-se em consideração os contextos fático e temporal, promovendo a transformação social por meio da efetivação das normas constitucionais – o julgador deve demonstrar que a sua decisão foi proferida com base em “critérios jurídicos, mais especificamente, de legalidade e constitucionalidade”⁵⁰. é preciso deixar clara a necessidade de superar a filosofia da consciência, consubstanciada pelo assujeitamento do objeto pelo sujeito, único detentor da razão e, conseqüentemente, combater a discricionariedade judicial, efetivada a partir de escolhas (ato subjetivo, baseado na própria consciência do julgador) e não de decisões fundamentadas no ordenamento jurídico constitucional, garantindo-se o direito fundamental à resposta adequada à Constituição⁵¹.

Considerações finais

Diante das insuficiências do Estado Moderno em concretizar aquilo que prometeu, há a mudança de paradigma da teoria da Constituição, a partir da evolução do constitucionalismo moderno para um novo projeto denominado neoconstitucionalismo, dentre o qual está inserido o Constitucionalismo Contemporâneo e que garante à Constituição força normativa vinculante, capaz de submeter os Poderes estatais à sua observação e concretização. Nesse novo contexto contemporâneo, expande-se, ainda, a atribuição do Poder Judiciário, que deixa de exercer apenas o papel de aplicador da lei para desempenhar a função interpretativa das normas constitucionais, além de atuar como garantidor delas, a partir do exercício da atividade hermenêutica alinhada aos princípios consagrados pela Lei Maior.

Tem-se, assim uma ampliação das atribuições do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, que assume o protagonismo na concretização dos direitos constitucionalmente previstos, mas não realizados: a ampla gama de direitos consagrados na Constituição somada ao déficit prestacional do ente estatal, resulta em mais demandas e, conseqüentemente, na necessidade de atuação do Judiciário para implementá-los, tendo em vista a força normativa da Constituição, que implica na obrigatoriedade das suas normas e na vinculação da atuação dos Poderes Públicos para a sua efetiva concretização. Entretanto, esse protagonismo da determinação da concretização dos direitos sonegados pelo ente estatal, muitas vezes, implica na atuação de um julgador solipsista que, arbitrariamente, decide conforme à sua consciência, fundamentando suas decisões em argumentos morais, subjetivos, violando o dever de proferir decisões alinhadas aos princípios

50 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 629.

51 Id. p. 620-650.

constitucionais, fragilizando a força normativa da Constituição e a integridade do Direito.

O protagonismo do Judiciário, nesse ínterim, não pode ensejar o ativismo judicial, prática que deve ser repelida no Estado Democrático de Direito, em que cada poder tem seu papel delimitado constitucionalmente. Dessa forma, quando o julgador atua de forma arbitrária, a partir de escolhas solipsistas, deixando de interpretar o direito, a partir de parâmetros constitucionais, está violando o direito do indivíduo a uma decisão correta, adequada constitucionalmente. Nessa senda, cabe ao julgador, no exercício da sua atividade hermenêutica e por meio do desenvolvimento de um esquema intersubjetivo de compreensão, em que o sentido das coisas não é imposto pela vontade do sujeito solipsista da Modernidade a partir da adoção de modelos ideais assujeitadores e objetificantes, mas sim, de acordo com o contexto fático no qual inserido, realizar a justiça constitucional, garantindo efetividade aos direitos e princípios positivados a partir da adoção da Lei Maior como horizonte interpretativo, encontrando o sentido na linguagem e não mais na consciência como condição de possibilidade para a transformação social desse novo projeto constitucional de Estado.

É preciso deixar claro que atender demandas sem o filtro de constitucionalidade é simples clientelismo ou, na melhor das hipóteses, distribuição de dádivas e benesses, a partir de juízos de valor privado. O papel do Direito não está sujeito à discricionariedade do julgador, devendo ser respeitado para que a legitimidade das respostas, por ele conferidas, preserve e promova o equilíbrio que se apresenta como *conditio sine qua* para a instituição democrática de um Estado que se apresenta como plural, tolerante e includente, fruto de uma jovem democracia que precisa ser preservada.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. Judicialização da política, ativismo judicial e princípio isonômico. In: RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. **Princípio da igualdade: uma abordagem multidisciplinar** (Coord.). Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, p. 13-60, 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 09 dez. 2019.
- COSTA, Débora Laís dos Santos. Fundamentar ou não fundamentar? Eis a questão: um debate a partir da *Chain Novel* de Dworkin sobre o artigo 489, §1º e sua aplicabilidade no Brasil contemporâneo. 2018. 184 f. **Dissertação** (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- GILBERT, Martin. **A Segunda Guerra Mundial: os 2.174 dias que mudaram o mundo**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso; Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982.

OLIVEIRA, Larissa Pinha de; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, a. 14, n. 14, jan./dez. 2011.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico**. Lima, Palestra, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 17, n. 3. p. 721-732, set./dez. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: LAEL, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5. ed. Porto Alegre: LAEL, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coord.). **Crise dos Poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: RT, 2017.