



Inês Moreira da Costa

Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV - Direito/Rio. MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas FGV - Direito/Rio. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Coordenadora do Centro de Pesquisa e Publicação Acadêmica da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. Professora do Centro Universitário São Lucas. (CV-Lattes).

OS JUÍZES NA CONTEMPORANEIDADE: CAUSAS E EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO

Inês Moreira da Costa

RESUMO

A judicialização da política ou a politização do judiciário é um tema recorrente no cenário jurídico. Este trabalho objetiva compreender como os juízes vêm exercendo seu papel frente ao constitucionalismo, que atribuiu relevância à interpretação de normas constitucionais, e o motivo da crescente judicialização. São apresentadas as causas que levam a uma crise na teoria da separação de poderes e como isso tem levado à judicialização de questões políticas, bem como a legitimação do Poder Judiciário para analisar qualquer ato ou norma que, contrariando o texto constitucional, ocasione lesão ou ameaça a direitos fundamentais. Evidencia-se, ainda, as novas atribuições dos juízes trazidas pela Lei n. 13.655/2018 e a necessidade de justificar, racionalmente, as decisões.

Palavras-chave: Judicialização da política. Separação dos poderes. Constitucionalismo.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é expor como os juízes vêm exercendo suas atribuições na atualidade e as causas e efeitos da judicialização. A judicialização, nesse contexto, significa que algumas questões, inclusive de larga repercussão política ou social, além das de natureza individual, passam a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Isso impacta, de certa forma, na relação do Poder Judiciário com os demais Poderes, no que se denominou chamar de

“judicialização da política” e “politização do Judiciário”.

Inicia-se abordando as razões da “crise” da teoria da separação de poderes que resulta na judicialização da política e de aspectos de ordem social, exteriores ao funcionamento do Poder Judiciário. Em seguida, analisa-se o papel que a Constituição Federal de 1988 outorga ao Poder Judiciário, dotando-o de instrumentos e atribuições para assegurar os direitos fundamentais que nela se encontram.

Como consequência, o constitucionalismo dos direitos fundamentais irradia sua força para a legislação infraconstitucional, permitindo o controle jurisdicional dos atos que venham a desrespeitar esses direitos e garantias. Abordam-se, assim, as causas da judicialização, trazendo-se um rápido enfoque sobre a recente Lei n. 13.655/2018, que alterou a Lei de Interpretação às Normas do Direito Brasileiro, incumbindo os juízes de avaliar a necessidade e adequação das políticas.

Almeja-se, assim, contribuir para o debate das novas atribuições jurisdicionais, no contexto de uma sociedade cada vez mais complexa e que espera do Judiciário uma resposta para seus anseios e necessidades.

2. A teoria (em crise) da separação de poderes

A teoria da separação de poderes, ou mais corretamente, a teoria da separação de funções (considerando que o poder é uno, e emana do povo, conforme previsto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988) tem origem na teoria do poder constituinte (de Emmanuel Joseph Sieyès, de 1789) e nas ideias de Montesquieu (1748), que foi adotada nos mais diversos países, difundindo-se nos séculos XVIII e XIX. No Brasil, o art. 2º da nossa Carta Magna estabelece que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A finalidade da adoção dessa divisão de funções era limitar os poderes. Como afirmou o próprio Montesquieu, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o

poder limite o poder”¹.

Assim, ficou estabelecido que a atividade legislativa, que estava voltada ao estabelecimento de normas gerais e abstratas de conduta, ficaria a cargo do Poder Legislativo. A atividade administrativa, incumbida de aplicar as leis para atender aos interesses da própria administração e, assim, gerir o Estado, passou a ser desempenhada pelo Poder Executivo. E a atividade jurisdicional, voltada ao “castigo dos crimes e ao julgamento das querelas entre os particulares”, nas palavras de Montesquieu, ficou a cargo do Poder Judiciário.

No entanto, àquela época, a visão negativa da magistratura era evidente:

Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, não os magistrados [...] Dos três poderes de que falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois, e como esses poderes, e como esses dois têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz para esse efeito. [...] Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor.²

Nessa configuração, como se vê, o juiz passa a ser um mero aplicador da lei (*o boca da lei*). Ocorre que a aplicação irrestrita da lei ocasionou graves consequências, da qual a ilustração do holocausto é a mais significativa.

Mudanças no significado dos direitos fundamentais e em sua constitucionalização, ocorridas no século XX (fenômeno que será analisado a seguir), fizeram com que houvesse mitigação do princípio da legalidade. Nesse novo panorama, o juiz passou de mero

1 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

2 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. p. 169 e 175.

aplicador da lei, para aplicador ou intérprete de princípios e normas constitucionais. Àquela visão negativa de Montesquieu sobre o Poder Judiciário, como poder invisível e nulo, contrapõe-se uma nova visão, de garantidor de direitos.

Em um primeiro momento, pode parecer que essa mudança é sutil. Porém, a partir do momento em que as normas passam a ser editadas com uma textura mais aberta, com existência de conceitos indeterminados, cláusulas gerais, ou até mesmo princípios, a atividade de interpretação ganhou relevância.

Nesse novo sistema de freios e contrapesos, o Judiciário passa a atuar ora equilibrando (mediante correção de atos), ora interferindo (criando obrigações, ou colmatando a atividade legislativa). Com o objetivo de encontrar a harmonia do sistema constitucional, o Poder Judiciário, com essas novas atribuições, acaba interferindo, com mais frequência, nos demais Poderes, tanto sob o ponto de vista da interpretação legislativa, quanto sob o enfoque da implementação de políticas públicas.

A esse fenômeno alguns denominam de “crise” na teoria da separação dos poderes. Há quem afirme que, da forma em que concebida pela Estado Liberal, essa teoria é um “princípio decadente na técnica do constitucionalismo, em razão da dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado, a partir do século XX, e da posição que deve ocupar para proteger, eficazmente, os direitos fundamentais”³. Conforme acentua Eduardo Cambi, o que importa considerar é que o princípio da separação de poderes não é um fim em si mesmo, e, assim, “somente se justifica se puder funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais”⁴.

Nesse horizonte interpretativo, o Poder Judiciário assume papel importante no cenário nacional. O princípio da inafastabilidade da jurisdição, que possibilita aos juízes conhecer de qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5^a, XXXV da Constituição Federal), transforma os juízes em agentes diretos de questões sociais, que atuam através da reparação e reconstituição de direitos, em uma sociedade que a cada dia se apresenta mais complexa e fragmentada:

3 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 176.

4 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. p. 184 e 194

Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon. O *boom* da litigação, desde então, é um fenômeno mundial, convertendo a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza. Esse movimento, no seu significado e envergadura, encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema da representação. Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao *welfare*, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional. Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinhando-se da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *class actions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor⁵.

Quando se observa a natureza das causas que estão sendo resolvidas pelo Judiciário, especialmente aquelas que envolvem políticas públicas (na maioria das vezes, não implementadas pelo Executivo), torna-se possível compreender a dimensão dessa atuação.

Em uma rápida pesquisa ao repertório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tribunal constitucional do país, as mais recentes (anos 2018 e 2017) envolvem: suficiência de profissionais na área da saúde (RE 684612, com repercussão geral reconhecida), restauração de rodovias (ARE 1043740), atendimento em creche (RE 1076911), reforma de escola pública (ARE 928654), criação de vagas destinadas ao recolhimento de presos (ARE 919467), construção de unidades prisionais (ARE 1001496), alocação para a guarda de bens apreendidos (RE 851097), melhorias nas instalações e soluções

5 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 40-41.

concretas para carência de pessoal no Ciep da Cidade de Deus (ARE 1062995), reassentamento em virtude de desalojamento (ARE 925712), adequação de espaço para socieducandas grávidas e lactantes (ARE 963663), realização de obras em estabelecimentos penais (RE 1026698), manutenção de escola (RE 958246), construção em encostas com risco de desabamento (RE 909943), construção de necrópole (ARE 1014959), transporte escolar (ARE 990934), acessibilidade de deficientes físicos em ambiente escolar (RE 877607).

Como se vê, o amplo leque de direitos que vem sendo reconhecido pelo Judiciário o torna alvo de muitas críticas. A principal é a de que essas decisões políticas somente seriam admissíveis em um sistema no qual os juízes fossem eleitos para mandatos fixos, ou seja, no qual pudessem ser responsabilizados por seus erros através de um controle regular da sociedade⁶. Essa “falta de legitimidade democrática”, que introduz nos sistemas representativos um elemento inadmissível, contramajoritário, desvirtuaria a função que as constituições desempenham nas sociedades pluralistas contemporâneas, considerando que, ao anular ou impugnar certas políticas públicas, os tribunais estariam “constitucionalizando”, de maneira indireta, um modelo de desenvolvimento concreto⁷.

Conforme acentua Paulo Bonavides, a aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional em determinado ordenamento jurídico, para salvaguardar direitos fundamentais e frear a ação limitativa do Estado a esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional, suscita o grande problema de equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário, de modo que um “inadvertido e abusivo emprego daquele princípio poderá comprometer e abalar semelhante equilíbrio”, do qual resulta o temor da instauração de um eventual “Estado de Juízes”⁸.

6 APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p.74.

7 PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007, p. 89.

8 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 430.

O controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, precisa, todavia, manter aberto e desimpedido o espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política, não importa seja esta de conteúdo econômico, social ou jurídico-político⁹.

Conquanto não se almeje um “Estado de Juízes”, impõe-se considerar que outros fatores entram em jogo quando se judicializam questões de natureza política. As causas são diversas, e até mesmo é difícil sistematizá-las, o que se tentará neste trabalho, classificando-as em duas categorias: 1ª) as que derivam de causas externas ao Judiciário e; 2ª) as que são inerentes ao próprio Poder Judiciário e ao sistema constitucional.

Na primeira categoria, inclui-se a atuação, por vezes, ineficiente dos demais Poderes e a própria “crise” individual e social oriundas de uma sociedade cada vez mais complexa. Ou, nas palavras de Garapon¹⁰, o enfraquecimento do Estado e o desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democráticos. Vejamos como isso se dá no contexto brasileiro.

O primeiro aspecto decorre da crise de legitimidade do Poder Legislativo. Conforme esclarece Marco Aurélio Marrafon¹¹, a crise do Parlamento revela que os partidos políticos parecem ter perdido o controle da agenda política e do atendimento das demandas públicas, o que se percebe pela dificuldade de agregar e canalizar os votos recebidos de modo a organizar as lutas sociais com os objetivos de transformação. Dentre os fatores para essa crise, estariam a forma de acesso ao Poder Legislativo, no qual o sistema proporcional combinado com grande número de partidos e permissão de coligação tem sofrido severos questionamentos, e no próprio funcionamento da instituição em si, no âmbito do sistema político nacional.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 430.

10 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 26.

11 MARRAFON, Marco Aurélio. *Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites*. In SARMENTO, Daniel (coordenação). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 118-119.

No sistema constitucional brasileiro, o Legislativo desempenha inúmeras funções: da aprovação e controle do orçamento público à fiscalização dos recursos financeiros, chegando até mesmo a atuar como juiz em situações atípicas (a exemplo do *impeachment* do Presidente da República). No entanto, sua função típica é a de inovar legislativamente e, conforme ressalta Antônio Carlos Pojo do Rego, é necessário um Poder Legislativo capaz de administrar conflitos sociais, papel que exerce quando se reúne e evidencia a existência de conflitos sociais, econômicos, étnicos e culturais, cuja resolução se ambiciona por meios pacíficos. Nesse contexto, o papel último do Legislativo é produzir acordos, ao invés de boas leis, haja vista que as feitas hoje podem ser revistas amanhã. “Essa é uma abordagem diferente da visão constitucional de estudo das leis. As leis deveriam ser vistas, sob esse prisma, como frutos de tratativas políticas, acordos de paz celebrados entre partes em conflito”¹².

No entanto, no sistema presidencialista de governo brasileiro, adotou-se o chamado “presidencialismo de coalizão”, que leva a uma condução da administração pública baseada na distribuição de postos administrativos (em especial nos ministérios e nos entes da administração pública indireta – Autarquias, Empresas Públicas e Agências Reguladoras), como forma de obter apoio da maioria do Legislativo:

Na verdade, acontece uma clara “troca” de cargos e empregos por apoio político entre o Presidente da República e os membros dos partidos políticos. O chefe do Poder Executivo faz concessões aos diversos partidos políticos que são representados por vagas na composição do ministério, na esperança de obter a maioria parlamentar. Esta esperança frequentemente se esvai na operação efetiva do processo político, aquilo que podemos chamar de “gerenciamento” da relação entre o Executivo e a sua suposta maioria parlamentar favorecida pela concessão de cargos. Trata-se

12 REGO, Antônio Carlos Pojo do. *O presidencialismo de coalização e o Legislativo*. In PEIXOTO, João Paulo M. (organizador). *Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 62-63.

da tão referida “coordenação política” do governo¹³.

Com essa forma de composição política, permitindo ao Chefe do Executivo, de certa forma, “controlar a agenda política” para aprovar ou não matérias que são de seu interesse, e dotando-se este Poder da possibilidade de edição de medidas provisórias com força de lei, de nomear todos os cargos de juízes e ministros de tribunais superiores, bem como o de nomear dirigentes dos entes da administração indireta, além de ser o gerenciador da administração, verifica-se que o Poder Executivo tem se sobressaído em relação ao Poder Legislativo. Assim, o papel do legislativo, de elaborar acordos ou “boas” leis, com a rapidez que as mudanças sociais exigem, fica em segundo plano.

A eficácia de textos parlamentares é perturbada pelo jogo de alianças e de coalizões, o qual faz com que a lei deixe de ser expressão da vontade, para transformar-se na subtração de múltiplas negações. O compromisso anda de mãos dadas com termos frágeis e disposições ambíguas que não despertam discórdia. A lei torna-se um produto semiacabado que deve ser terminado pelo juiz¹⁴.

Isso, no entanto, não significa supremacia de um Poder sobre o outro, mas tão-somente, a aplicação do jogo democrático permitido pelo sistema.

Por sua vez, o Poder Executivo também não consegue dar efetividade às políticas que já estão previstas, e sequer àquelas que deveriam ser asseguradas conforme os ditames constitucionais, especialmente àquelas de natureza prestacional.

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e, portanto, fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição

13 REGO, Antônio Carlos Pojo do. *O presidencialismo de coalização e o Legislativo*. p. 54.

14 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. p. 41.

de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto”¹⁵.

Assim, no dizer de Eugênio Facchini Neto, o direito torna-se uma “técnica de disciplina e orientação dos poderes públicos e da vida social”¹⁶, ou seja, tudo passa a ser submetido ao crivo do Judiciário. Desse modo, “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 observado.”¹⁷

O outro aspecto que leva à busca pelo Judiciário deriva de um fenômeno social: as sociedades não conseguem administrar a complexidade e a diversidade do mundo atual. Como esclarece Garapon, “o sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior”. A crise de identidade, na modernidade, se evidencia especialmente pela delinquência. E conclui:

A instabilidade crescente dos laços familiares, a mobilidade profissional, a diversidade cultural, modificaram a demanda de justiça, o direito convertendo-se na última instância moral comum numa sociedade desprovida dela¹⁸.

15 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. p. 47-48.

16 FACCHINI NETO, Eugênio. *O protagonismo do Judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões*. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 23, n. 1 – jan-abr 2018, p. 89-90.

17 STREK, Lênio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada*. Espaço Jurídico Journal of Law, vol. 17, n. 2 (2016), p. 724.

18 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. p. 26-27 e 141.

Como consequência, os juízes passam a analisar mais os direitos próprios à personalidade (imagem, honra), sobre a liberdade (detenção), sobre a autonomia do indivíduo (direito à proteção/tutela) e sobre as relações familiares (guarda de filhos, assistência etc). Interesses que outrora eram solucionados espontaneamente pelos envolvidos, passam a ser desempenhados pelo juiz. A função tutelar da justiça, de se colocar no lugar de uma autoridade faltosa, se sobressai.

Ingeborg Maus fala em transferência do superego, decorrente da fuga da complexidade social: “A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da ‘consciência’ social na Justiça”¹⁹.

Dessa forma, nessa primeira categoria de causas, a possível “crise” da teoria da separação dos poderes deve ser entendida em um contexto maior. Outros fatores, no entanto, devem ser levados em consideração, para a compreensão do fenômeno da judicialização, o que será feito a seguir.

3. A judicialização decorrente do constitucionalismo

Ao tratar sobre a teoria da separação de poderes, foi visto o momento em que o legalismo passou a dominar o direito. Porém, fazendo uma rápida digressão histórica, é possível distinguir três modelos teóricos ou paradigmas que se desenvolveram nos últimos séculos no direito europeu, conforme esclarece Luigi Ferrajoli²⁰, e que são importantes para a compreensão do fenômeno da judicialização que hoje ocorre no Brasil: o paradigma jurisprudencial, o legislativo e o constitucional.

19 MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos, n. 58, novembro de 2000, p. 186.

20 FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexandre de Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 18-22.

O modelo jurisprudencial, ou pré-moderno, refletiu a experiência histórica do direito romano e do direito comum até a idade das codificações. Nele, o direito consistia em um patrimônio de máximas, de categorias, de princípios e de precedentes judiciais transmitidos pela cultura e pela prática jurisprudencial e doutrinária.

Com a codificação do direito, produto da Revolução Francesa, que teve início com o Código Civil de 1804 (seguido do Código Comercial de 1807, do Código Penal de 1809 e do Código de Processo Penal de 1810), iniciou-se o modelo legislativo. Como o próprio nome já indica, nesse modelo consolida-se o monopólio estatal normativo, com predomínio do princípio da legalidade. As normas existem muito mais pelo fato de que são produzidas do que, necessariamente, pelo seu conteúdo, ou seja, os aspectos formais da lei são mais importantes, ocasionando a separação entre direito e moral, validade e justiça e a possibilidade de existência de normas positivadas e injustas.

O terceiro modelo é o constitucional, no qual a validade das normas passa a ser considerada também pelo seu conteúdo, ou legalidade substancial (e não mais apenas a legalidade formal), o que leva à vinculação com os princípios e direitos constitucionalmente estabelecidos.

Nesse modelo, reconfigura-se o papel da Constituição: não importa se ela é uma técnica de poder ou técnica de liberdade, sua missão consiste em assegurar o respeito aos direitos fundamentais, e “quando ela institucionaliza o poder, ela o faz como um meio de orientar seu exercício para a proteção daqueles direitos. Com o constitucionalismo o poder foi domesticado a serviço dos direitos da pessoa humana através da constituição”²¹.

Esse constitucionalismo é denominado, por alguns, como neoconstitucionalismo. De acordo com Mauro Barberis²², o neoconstitucionalismo indica tanto a doutrina (normativa) da limitação do poder político, como as instituições positivas necessárias a essa limitação – em particular as constituições, e esse termo é fruto,

21 ILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 68.

22 BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo*. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº7 - Jan/Jun 2006 - Vol.1.

sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da Escola de Gênova.

Como observam Neto e Sarmento²³, o neoconstitucionalismo envolve, simultaneamente, mudanças no tipo das constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente, que passa a ser associada a diversos fenômenos tanto no campo empírico como no da dogmática jurídica, dentre os quais relaciona: a) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico, como ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

O termo “neoconstitucionalismo” tem sido alvo de críticas. José Afonso da Silva²⁴ assevera que acrescentar o prefixo “neo”, que pretende sinalizar para o novo, não raro retrocede para o velho e superado, “mormente quando, no caso, a partir dele já se fala em Estado neoconstitucional”. Manuel Atienza²⁵ o considera ambíguo e, no mesmo sentido, se manifesta Ferrajoli, para quem esse termo não designa nem um sistema jurídico nem uma teoria do Direito, apenas representa um sinônimo de Estado liberal de Direito²⁶.

Em razão disso, Ferrajoli²⁷ propõe a utilização da terminologia jusconstitucionalismo (ou constitucionalismo jurídico, ou Estado constitucional de direito, ou simplesmente constitucionalismo), em oposição ao Estado legal ou Estado legislativo de Direito (privado

23 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. In SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 95-96.

24 SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. p. 72-73.

25 ATIENZA, Manuel. *Dos versiones del constitucionalismo*. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676, p. 73-88

26 FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676, p. 20.

27 FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*. p. 19-20.

de constituição ou dotado de constituição flexível). José Afonso da Silva²⁸ diz ser preferível referir-se ao fenômeno como novo constitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, ou mesmo direito constitucional contemporâneo, terminologia que revela continuidade renovada²⁹.

Assim, seguindo essa orientação, será adotado neste trabalho o termo constitucionalismo ou novo constitucionalismo.

Esse novo constitucionalismo teve como marco histórico, na Europa continental, o período do pós-guerra (pós 1945), especialmente na Alemanha e na Itália. A partir de 1970, as constituições de vários países passam a conter altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. No Brasil, foi protagonizado pela Constituição Federal de 1988.

A atribuição à norma constitucional do “*status*” de norma jurídica, superando o modelo até então vigente, que considerava a Constituição como um documento essencialmente político, e relegava importância ao papel do Judiciário, foi uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX. Com o constitucionalismo, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se

28 SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. p. 72-73

29 Importante ressaltar que o “antigo” constitucionalismo, de fins do século XVIII, se caracterizou pela ideia de separação de poderes, garantia dos direitos dos cidadãos, crença na democracia representativa, demarcação entre sociedade civil e o Estado, e ausência do Estado no domínio econômico (Estado absenteísta (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 17ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, p. 219). Portanto, revela-se diferente do “novo” constitucionalismo, surgido no século XX.

coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis³⁰.

O constitucionalismo propõe-se a superar o princípio da legalidade, pelo seu aspecto puramente formal, ao colocar os direitos fundamentais no epicentro axiológico da ordem jurídica, tornando intolerável, em nome da vontade exclusiva do legislador, a ocorrência de abusividades. No dizer de Eduardo Cambi, “estreitam-se os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum, interesse público etc. são informados por relações de poder”. Além disso, novos direitos são incorporados:

A nova era de direitos é marcada pelas seguintes características: a) aumentam os bens merecedores de tutela (as meras liberdades negativas, de religião de imprensa etc. deram lugar aos direitos sociais econômicos, a exigir uma intervenção positiva do Estado); b) surgiram outros sujeitos de direitos, além do indivíduo (singular), como a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto; c) o próprio homem deixou de ser considerado em abstrato, para ser visto na concretude das relações sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas etc.), passando a ser tratado especificamente como homem, mulher, homossexual, criança, idoso, deficiente físico, consumidor etc.³¹

Com essa nova configuração de direitos, seria um contrassenso querer que o sistema legal positivasse todas as situações. Assim, a Constituição Federal apenas dá as diretrizes básicas para que esses direitos sejam assegurados, ficando a cargo do legislador ordinário estabelecer a forma como eles serão garantidos.

Deveras, nesse horizonte interpretativo, o controle de legalidade transmudou para controle da juridicidade, o qual se concretiza “através da análise da compatibilidade do conteúdo dos atos administrativos com

30 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, número 9, março/maio/2007, ISSN 1981-1888, p. 9.

31 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. p. 37 e 39.

os princípios gerais do Direito, inseridos expressamente na Constituição ou dedutíveis de seu espírito”³².

Conquanto necessário esse controle de juridicidade, não se quer atribuir total responsabilidade pela condução das políticas ao Poder Judiciário. Há um âmbito no qual essa intervenção não se faz necessária, qual seja, as “questões políticas”, propriamente ditas que, conforme Paulo Bonavides, são aquelas que se alojam na faculdade discricionária, reservada aos poderes políticos, para ditar, por exemplo, “as medidas de política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, decretar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais, promover o desenvolvimento”. Ainda, conforme Bonavides, “a esfera de controle material que fica, porém, com os juízes e os tribunais é tão somente a dos direitos individuais, não obstante a dimensão política e a relatividade que tais direitos tomaram nas vigentes concepções de Estado social”³³.

No âmbito dessas “questões políticas”, de questões afetas à governabilidade, evidenciadas por medidas econômicas, relações internacionais, de segurança e de desenvolvimento, não deve haver interferência do Judiciário. Estariam no denominado poder discricionário, seja do Executivo, seja do Legislativo, embora não se descure de que esse poder, para ser devidamente legitimado, deve estar devidamente fundamentado no interesse público. Conforme assevera Juarez Freitas, “o controle do demérito ou dos vícios (omissivos ou comissivos) será sempre admissível e obrigatório, sem acarretar, à conta disso, o fenômeno da excessiva ‘judicialização da política’”³⁴.

Nessa ordem de considerações, e levando em conta que cada um dos Poderes atue dentro de sua esfera de atribuição, não competindo ao Poder Judiciário imiscuir-se em questões “exclusivamente” políticas, conforme acentuado por Paulo Bonavides, o que leva à judicialização, até excessiva, da política?

32 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, p. 137

33 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 330-331.

34 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102.

É preciso considerar, inicialmente, que a judicialização da política é fenômeno típico dos Estados Sociais, visto que estes são, marcadamente, intervencionistas, de modo que, em caso de omissão do Estado-Administração ou do Estado-Legislator, o juiz constitucional assume o papel de implementar direitos sociais previstos constitucionalmente. E a Constituição Federal de 1988, ao estatuir em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Social Democrático de Direito, confirma a adoção da intervenção maior do Estado nas relações sociais.

Para Luís Roberto Barroso, a legitimidade do Poder Judiciário para invalidar decisões originárias daqueles que exercem mandato popular derivam de dois fundamentos: o primeiro, de natureza normativa, decorre do fato de que a Constituição Federal atribui expressamente esse poder ao Judiciário, e especialmente ao Supremo Tribunal Federal. O segundo, de natureza filosófica, repousa no fato de que a jurisdição constitucional é produto tanto do constitucionalismo quanto da democracia, sendo possível que entre esses surjam tensões e conflitos aparentes. Nesse contexto, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis:

Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios, não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas³⁵.

35 BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica; acesso em 26/04/2018.

John Ferejohn³⁶ sustenta que os tribunais têm assumido novas e importantes posturas em relação ao Legislativo, através de três maneiras: limitando e regulando o exercício do poder parlamentar através da imposição de limites substanciais sobre o poder das instituições legislativas, se tornando crescentemente lugar de produção da política substantiva e fazendo com que os juízes estejam mais dispostos a regular a atividade política em si mesma por meio da construção e fortalecimento de padrões aceitáveis de comportamento dos grupos de interesse, dos partidos políticos, e dos mandatários eleitos e nomeados.

A primeira situação se dá pelo controle das leis e atos normativos, que, no Brasil, é exercido tanto pelos juízes de primeiro e segundo grau, quanto pelo STF³⁷ (considerado corte constitucional). A segunda, de produzir política substantiva, deriva também do sistema constitucional, que permite, pela aplicação de princípios e valores nela inseridos, implementar determinada política que, por sua omissão, viole, desproporcionalmente, algum direito fundamental ou social. O sentido da proporcionalidade, aqui, é estabelecido porque é ele que “determina ao Estado Democrático não agir com demasia, nem de maneira ineficiente, na consecução dos objetivos constitucionais”³⁸. No terceiro aspecto, da construção e fortalecimento de padrões aceitáveis de comportamento, estaria, em princípio, a sindicabilidade dos motivos das escolhas políticas, ou seja, admite-se a discricionariedade pelas escolhas feitas, desde que elas estejam em conformidade com os princípios e normas constitucionais. Com isto, objetiva-se que as prioridades constitucionais sejam realmente levadas a sério.

Nesse contexto, o mesmo Autor³⁹ aponta duas causas para a

36 FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o Direito. In ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. *Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI*. vol. 2, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 709-710.

37 Uma das grandes discussões atuais é sobre o papel exercido pelo STF quando atua no julgamento penal de partes que possuem foro privilegiado. Julgamentos polêmicos envolvendo autoridades dos demais Poderes o colocam como alvo direto de críticas em razão da natureza das decisões proferidas. Além disso, não se pode esquecer que também exerce o controle concentrado de constitucionalidade, analisando questões que podem vir a ter força de lei perante outros tribunais e até perante a própria administração pública.

38 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. p. 116.

39 FEREJOHN, John. *Judicializando a política e politizando o Direito*. p. 723.

judicialização. A primeira é uma “fragmentação crescente do poder no âmbito dos ramos políticos, o que os limita em sua capacidade de legislar, ou de ser o lugar onde a política efetivamente é formulada”. Ele o denomina de “*hipótese de fragmentação*”, ou seja, quando os ramos políticos não podem agir, as pessoas procuram soluções em outras instituições onde possam obtê-las, e os tribunais, com frequência, oferecem estes espaços. A segunda causa é a percepção de que os tribunais, pelos menos alguns, podem ser confiáveis para proteger uma ampla gama de importantes valores contra potencial abuso político. É que ele intitula de “*hipótese dos direitos*”. Assim, como os tribunais começaram a proteger direitos e liberdades individuais, além dos direitos de propriedade, a resistência à expansão da liberdade judicial diminuiu.

A legitimidade para discutir a judicialização da política é apontada por Luís Bolzan de Moraes, como uma consequência inescapável a um a um Estado que se apresenta como de bem-estar, mas que se executa como de mal-estar, especialmente o “mal-estar do projeto civilizatório moderno”, seja por seus desvios, seja como consequência de suas “crises ensejadoras de sua fragilização, desestruturação, incapacidade, seja, ainda, por seus próprios limites, decorrentes da fórmula de ‘colagem’ entre política de inclusão (democracia social) e economia de exclusão (capitalismo)”⁴⁰.

Eugênio Facchini Neto destaca um outro aspecto que não costuma ser abordado, qual seja, a diversidade da extração social da magistratura. E explica:

Parcela significativa dos juízes contemporâneos, em várias partes do mundo, começa a ensaiar a possibilidade de serem porta-vozes não só da segurança dos que já têm, mas também da esperança dos muitos que ainda não têm, e que veem no Judiciário uma possibilidade de acesso a certos direitos a prestações do Estado, como cidadãos, e de fazer respeitar, pela sociedade, sua dignidade como seres humanos⁴¹.

40 MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação do espaço-temporal dos direitos humanos*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 60.

41 FACCHINI NETO, Eugênio. *O protagonismo do Judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões*. p. 91.

Os juízes, nessa mundialização, conforme bem observa Julie Allard e Antoine Garapon, constituem “o último estágio de uma mobilização que começa nos movimentos de defesa dos direitos do homem, baseada, de agora em diante, na perspectiva de que é através desta linguagem que deve apresentar as suas reivindicações políticas”. E acrescentam: “Num enquadramento global, em que os modelos do legicentrismo e da pirâmide de normas deixam de fazer sentido, a instância judicial surge, então, cada vez mais, como uma ‘instância paradigmática’”⁴².

Luís Roberto Barroso⁴³, por sua vez, atribui a judicialização a outras causas, embora relacionadas. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. A segunda envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentares em geral (visto no tópico anterior). E uma terceira seria que os próprios políticos preferem, muitas vezes, que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, sobre as quais exista desacordo moral razoável na sociedade, evitando, assim, o próprio desgaste, a exemplo das uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.

Efetivamente, quando se faz uma análise de alguns casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se uma miríade de assuntos que, em princípio, deveriam ser regulados pelo legislador: demarcação de terras indígenas (o famoso caso do julgamento da Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima – PET 3388), a fidelidade partidária e a verticalização das eleições, a definição da possibilidade de pesquisas com células tronco-embrionárias (ADI 3510), a definição do início de vida para fins de aborto, dentre outros. Enfim, são temas que, em regra, apresentam dissenso (até mesmo moral) na sociedade, e acabam sendo analisados, do âmbito constitucional, pelo Judiciário,

42 ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 39 e 41.

43 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In *Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI*. vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 761-762.

que acaba fazendo as vezes de legislador.

Avulta, nesses casos, a impressão que muitas dessas questões são deixadas ao controle do Judiciário porque, para alguns partidos políticos, pode ser este um “poderoso instrumento nas suas lutas, praticamente sem custos políticos ou financeiros, de que podem se valer para tentar reverter derrotas na arena legislativa”⁴⁴.

Nesse contexto, mais do que interpretar a lei, o papel do juiz constitucional acaba, por vezes, revelando-se mais colmatadora de lacunas legislativas que, por opção do próprio Parlamento, são “espinhosas” ou não possuem o justificado interesse na sua regulamentação. Ou seja, constitui uma tentativa de superar o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, especialmente quando se trata de implementar regras ainda não positivadas pela legislação infraconstitucional.

Assim, quando o Judiciário conhece dos atos legislativos que infringem a Constituição, em matéria de direitos individuais “traça limites eficazes à onipotência do Estado, desarmando-o, nos sistemas constitucionais, daquele poder soberano de impor aos governados uma vontade sem freios”⁴⁵, como forma de também limitar os poderes absolutos do Estado.

Portanto, como assinala André Ramos⁴⁶, a discussão sobre a legitimidade da Justiça Constitucional não se reporta à existência de instituições como o Tribunal Constitucional ou ao *judicial review*, e sim trata de discutir e ponderar acerca da extensão de sua atividade e respectiva (falta de) legitimidade no que tange a certas “intervenções”. Fixados esses parâmetros, deve-se rejeitar a ideia de que a judicialização da política seja uma questão de supremacia do Poder Judiciário sobre o Legislativo ou sobre o Executivo, e que sua causa seja, unicamente, a atividade “invasora” de seus magistrados sobre as políticas do país. Ao contrário, os juízes, longe de almejarem interferir na governabilidade do país, pretendem, tão-somente que os ditames

44 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. p. 77.

45 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 330.

46 RAMOS, André Tavares. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60-61.

constitucionais sejam observados. Para isso, alguns parâmetros precisam ser estabelecidos, vistos a seguir.

4. As novas atribuições do juiz no constitucionalismo

No sistema de freios e contrapesos do sistema democrático brasileiro, a atividade jurisdicional também encontra limites, de sorte que a decisão jurídica deve estar em consonância com as exigências constitucionais. O que isso significa?

Em primeiro lugar, significa que devem estar motivadas (exigência do art. 93 da Constituição Federal). Em segundo lugar, mais do que motivadas, elas devem estar, também, justificadas. E essa justificação tem que estar amparada, necessariamente, na Constituição (e na legislação infraconstitucional⁴⁷), até mesmo porque, na análise que faz de um caso concreto, quando for para assegurar e preservar direitos fundamentais do cidadão e das minorias, atuará de forma contramajoritária, ou seja, contra o interesse das maiorias.

Isso exigirá do magistrado uma carga argumentativa suficiente para cumprir os requisitos da consistência e coerência⁴⁸ em relação ao sistema jurídico, e em relação à sociedade na qual a decisão surtirá efeito.

Por isso, importante relembrar as duas dimensões da função de juiz, trazidas por Julie Allard e Antoine Garapon: o *imperium*, ou seja, o poder de impor uma solução às partes, e a *jurisdictio*, isto é, a

47 O novo CPC, de 2015, estabelece, nos parágrafos primeiro a terceiro do art. 489, as hipóteses em que uma decisão judicial não pode ser considerada fundamentada, bem como a necessidade de justificação dos critérios de ponderação utilizados.

48 ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 143. Sobre o que se deva entender por consistência, esclarece que uma decisão satisfaz a esse requisito quando se baseia em premissas normativas (e também em pressupostos fáticos) que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido, ou seja, não infringe o Direito vigente e se ajusta à realidade em termos de prova. Faz também a distinção entre coerência normativa e coerência narrativa: a primeira ocorre quando a norma pode ser subsumida sob uma série de princípios gerais ou de valores que, por sua vez, sejam aceitáveis, no sentido de que se configurem, quando tomados conjuntamente, uma forma de vida satisfatória. Já a coerência narrativa justifica crenças sobre um mundo que é independente de nossas crenças sobre ele. Resumindo: "a coerência é sempre uma questão de racionalidade, mas nem sempre uma questão de verdade" [p. 146-150].

capacidade de dizer o direito, os fundamentos. “O *imperium* põe em prática o carácter vinculativo do direito, a *jurisdictio*, por seu lado, tem a necessidade de convencer, de impor uma decisão coerente com normas e princípios. O primeiro procede do poder, a segunda advém da autoridade”⁴⁹.

É na implementação de políticas que essa justificação tem sido mais requisitada: o Judiciário deve estar amparado em juízo de certeza de que aquela escolha não foi tomada por razões injustificadas. É o que Sérgio Moro⁵⁰ denomina reserva de consistência, ou seja, exige-se que o juiz demonstre “o desacerto do legislativo, que pretendeu desenvolver e efetivar a Constituição, apontando a solução mais adequada”. Assim, o juiz teria que “munir-se de amplos dados empíricos, a fim de proferir a decisão adequada, conferindo a devida abertura à instrução processual, eventualmente com a requisição de informações de diversas entidades públicas”, ou até valendo-se de informações de outras ciências não jurídicas.

Recentemente, a Lei n. 13.655, publicada em 25 de abril de 2018, trouxe alterações importantes na Lei de Interpretação às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942). A reserva de consistência foi incluída no artigo 20, que agora exige tanto do administrador, quanto dos órgãos de controle e judicial, motivação que demonstre a “necessidade e adequação da medida imposta”:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. [...] Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. [...] Parágrafo único. A

49 ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização*. p. 44.

50 MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 91-96.

decisão a que se refere o caput deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Essa lei tornou obrigatório aos juízes, a partir de agora, avaliar a adequação das políticas adotadas e possíveis alternativas, além de indicar suas consequências jurídicas e administrativas. Como consignado anteriormente, agora, além de motivada, a decisão deve apontar a adequação das escolhas feitas pelo legislador e quais são as alternativas possíveis. Certamente isso implicará em uma nova maneira de aplicar o direito, eis que passa a exigir do juiz um conhecimento maior do contexto político e econômico dos entes estatais.

Por outro lado, verifica-se que a avaliação de políticas tem sido um tema cada vez mais referenciado no país. Também, recentemente, foi publicado, pelo governo federal, um Guia Prático de Análise *ex ante* de Avaliação de Políticas Públicas⁵¹, que apresenta orientações das principais etapas para o desenho, a implementação e análise de impactos de ações. Essas avaliações objetivam uma análise de custo-benefício das escolhas políticas e das ações implementadas. Porém, até então restrita ao Poder Executivo.

A importância de proceder a essa análise, conforme acentua Juarez Freitas⁵², reside no fato de que as políticas públicas não são meros programas episódicos de governo, mas sim políticas constitucionais de Estado que devem ser implementadas mediante programas eficientes, eficazes e justificados intertemporalmente, em conjunto com outros atores políticos.

E, certamente, o Poder Legislativo também é um ator político, de relevantíssima importância, que deverá participar desse processo e, para tanto, também é importante que seus atos também estejam sujeitos a avaliações.

51 Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante*. volume 1. Brasília: Ipea, 2018.

52 FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. p. 43.

Nesse sentido, está em trâmite o Projeto de Lei do Senado de n. 488⁵³, de 2017, que visa acrescentar três artigos à Lei Complementar n. 95, de 26/02/1998, que estabelece normas e diretrizes para encaminhamento de proposições legislativas que instituam políticas públicas, trazendo uma nova forma de avaliação: a avaliação prévia de impacto legislativo, onde conceitos como economicidade, efetividade, eficácia e eficiência ganham importância, incumbindo o projeto de indicar, de antemão, as alternativas para a solução do problema identificado, com respectiva previsão dos impactos econômicos e sociais, comparação de análise de custo-benefício, indicação da existência de prévia dotação orçamentária ou fonte de recursos, dentre outros.

A avaliação de impacto legislativo poderá minimizar possíveis falhas quando da concretização da ação estatal, além maximizar o retorno para a sociedade. A busca pela economicidade, efetividade, eficácia e eficiência são essenciais para propiciar melhor responsabilidade gerencial para a Administração Pública. Nesse contexto, ganha o Legislativo, que passa a contar com uma justificação maior para suas proposições, inclusive antevendo o cenário de impactos dessas escolhas, ganha o Executivo, que terá políticas públicas mais consentâneas com as realidades sociais e, ganha também o Judiciário, que terá maiores dados para avaliar, agora por força da Lei 13.655/2018, as adequações e consequências dessas escolhas políticas e, doravante, talvez até mesmo a diminuição da judicialização de questões políticas.

Nesse novo cenário, que impõe diversas avaliações, competirá ao juiz que avalia questões constitucionais e precisa agora justificar, consistentemente, sua decisão de determinar ou não a implementação de determinada política, fazer algumas perguntas, a exemplo das seguintes:

1. A norma em exame está em consonância com os ditames constitucionais?
2. Ela atende às prioridades constitucionais? As escolhas feitas pelo legislador são necessárias e adequadas? Que opções

53 SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 488/2017*. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131852>; acesso em 03/05/2018.

de atuação tem/tinha o gestor público? (essa pergunta é oportunamente pertinente quando se avalia a conduta dos gestores no âmbito das ações de improbidade administrativa, para fins de determinar-lhes a responsabilidade).

3. Quais são as consequências jurídicas de implementar essa política? Ela poderá ser estendida para todas as pessoas na mesma situação?
4. Para responder à questão anterior: Que elementos são necessários para compreender o contexto governamental em que essa política poderá estar inserida (impacto no orçamento público, número de pessoas na mesma situação, existência de outra política pública que possa ser aproveitada etc.)?

São questionamentos que precisam ser feitos, de agora em diante, quando se tornar necessário analisar ações e consequências da omissão ou ineficiência dos órgãos dos demais Poderes.

Nessa ótica, o Judiciário perde sua responsabilidade unicamente retrospectiva (destinada a avaliar atos já praticados) e insere-se em uma ótica prospectiva, instado a realizar as finalidades políticas da Constituição, o que se faz, especialmente, pela determinação de implementação ou correção de políticas públicas que, doravante, passarão a ser avaliadas também pela sua eficiência, eficácia e economicidade:

Quanto à aplicação do Direito na atualidade, não pode o intérprete deixar de considerar a multiplicidade de relações que envolvem o funcionamento do Estado Contemporâneo, as suas carências e limitações e também a sua função primordial, que é fomentar o pleno desenvolvimento humano com qualidade de vida em todas as suas formas. Julgar com responsabilidade não é criar falsas e ilusórias expectativas para o jurisdicionado, mas sim reparar injustiças e garantir direitos fundamentais legítimos e factíveis em determinado tempo e lugar⁵⁴.

Essas, portanto, são as novas atribuições do juiz constitucional: verificar a adequação das normas à Constituição, avaliar a necessidade

54 BODNAR, Zenildo. A (des)judicialização das políticas públicas de saúde na Vara Federal Cível de Criciúma. *Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva*. vol. 7, n. 1 (2013), p. 304

e adequação das políticas e as consequências de sua decisão no âmbito da governança pública.

5. Considerações finais

A teoria de separação de poderes (ou, mais propriamente, de funções) tal como prevista nos séculos XVIII e XIX está em crise, porque a constitucionalização dos direitos fundamentais ocorrida no século XX, questiona a própria legitimidade da lei que, doravante, mais do que sua eficácia puramente formal, precisa estar conformada à Constituição, o que significa limitação à discricionariedade ou liberdade do Legislativo, além de lhe impor determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. Ao mesmo tempo, a Constituição estabelece os parâmetros para a atuação do Poder Judiciário, em especial no que tange ao controle de constitucionalidade (incidental e por via de ação direta), e condiciona a interpretação de todas as normas infraconstitucionais a ela.

Com isso, a desconformidade, que transborda para a abusividade, e que pode advir tanto de um agir excessivo, quanto de omissão, legitima a atuação do Poder Judiciário. Evidentemente que nem toda discussão política pode ser feita no âmbito jurisdicional, mas as questões, ainda que de natureza política, que venham a ameaçar ou lesionar direitos são, sim, sujeitas a esse controle.

Desta forma, a crítica que se faz à judicialização da política no Brasil, principalmente por não ser a instância majoritária que fixa, por meio das políticas públicas, os parâmetros para o desenvolvimento do país, não é coerente. Como visto, há diversas causas para a judicialização da política, algumas delas advindas do próprio sistema governamental, que atribui ao Chefe do Executivo grande poder, até mesmo sobre a direção da agenda política parlamentar, outras da própria crise da sociedade, além da legitimidade que a Constituição outorga aos seus juízes, nas mais variadas instâncias, de resguardar direitos fundamentais.

Isso não quer dizer, de outro lado, que esse controle possa ser realizado de qualquer maneira. A legitimidade da atuação jurisdicional deve ficar evidenciada através de uma decisão motivada, racionalmente justificável, e que anteveja, amparado em juízo de consistência, as consequências de se implementar ou não determinada política. Nesse cotejo, importante considerar as novas alterações trazidas pela Lei n. 13.655 e os questionamentos que, doravante, os juízes deverão levar em conta para avaliar os requisitos de adequação e necessidade dessas políticas. Almeja-se que este trabalho tenha conseguido traçar as linhas iniciais desse novo paradigma jurisdicional.

6. Referências

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ATIENZA, Manuel. *Dos versiones del constitucionalismo*. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo*. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº7 - Jan/Jun 2006 - Vol.1.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, número 9, março/maio/2007, ISSN 1981-1888.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia*

judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI. vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2008: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica; acesso em 26/04/2018.

BODNAR, Zenildo. *A (des)judicialização das políticas públicas de saúde na Vara Federal Cível de Criciúma*. Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva. vol. 7, n. 1 (2013).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey.

Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ant*. vol 1. Brasília: Ipea, 2018.

FACCHINI NETO, Eugênio. *O protagonismo do Judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões*. Revista Novos Estudos Jurídicos. vol. 23, n. 1 – jan-abr 2018.

FEREJOHN, John. *Judicializando a política e politizando o Direito. In Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI. vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.*

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexandre de Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011).

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites*. In SARMENTO, Daniel (coordenação). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos, n. 58, novembro de 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação do espaço-temporal dos direitos humanos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. In SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007.

RAMOS, André Tavares. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 488/2017*. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131852>;

REGO, Antônio Carlos Pojo do. O presidencialismo de coalização e o Legislativo. In PEIXOTO, João Paulo M. (organizador). *Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

STREK, Lênio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada*. *Espaço Jurídico Journal of Law*. vol. 17, n. 2 (2016).

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP*, vol. 19, n. 2.