# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

**CELSO HIROSHI IOCOHAMA**

**VALENTINA JUNGMANN CINTRA**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963
Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama
Valentina Jungmann Cintra – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-821-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

## Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI Goiânia – GO, com o tema Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo, ocorrido de 19 a 21 de junho de 2019, propiciou amplo debate sobre os mais atuais temas do Direito, promovendo o compartilhamento do conhecimento produzido pelos Programas de Pós-Graduação "Stricto Sensu" brasileiros e de estudos da graduação que se somaram em trabalhos de pôsteres e artigos, ao lado de oficinas, painéis, palestras, fóruns e lançamento de livros .

Por meio do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, realizado no dia 21 de junho de 2019, foram apresentados e debatidos quinze trabalhos, os quais proporcionaram importante troca de experiências. Diversos Programas de Mestrado e Doutorado se fizeram representados, constituindo o conjunto de trabalhos que nesta oportunidade são apresentados.

1) Ao tratar de uma inovação do Código de processo Civil de 2015, Victor Colucci Neto apresenta os elementos constitutivos do IRDR com o trabalho ANÁLISE CRÍTICA DO CONTRADITÓRIO NOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS ADMITIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, dando foco ao sistema de contraditório e sua aplicação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com análise de diversos procedimentos nele realizados até o final de 2018.

2) Fabiane Grando e Higor Oliveira Fagundes tratam dos PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO, abordando sobre a vinculação desses precedentes e em que situações o Código de Processo Civil apresenta indicativos da importância do entendimento jurisprudencial, destacando a improcedência liminar do pedido baseada em julgamentos e dos procedimentos para o tratamento dos precedentes e sua aplicação pelo sistema Judiciário.

3) Andre Lipp Pinto Basto Lupi e Luiz Carlos Moreira Junior apresentam o trabalho intitulado A APROXIMAÇÃO ENTRE O CIVL LAW E O COMMON LAW ATRAVÉS DO SISTEMA DE PRECEDENTES APÓS O IMPULSO DADO PELO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, destacando a importância da pacificação das interpretações jurídicas por meio dos julgamentos dentro do fenômeno da globalização, tendo por base a nova estruturação dada ao tema pelo Código de Processo Civil de 2015.

4) Com o trabalho A QUESTÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: DA CONSTRUÇÃO A SUA SUPERAÇÃO NUMA RELAÇÃO DE (IN) SEGURANÇA JURÍDICA, elaborados por Ivonaldo da Silva Mesquita e Nayara Figueiredo de Negreiros indicam a construção de um sistema híbrido, considerando a experiência legislativa do Direito Brasileiro, tratando da polêmica envolvendo o sistema inaugurado pelo CPC e a sua relação com a segurança jurídica.

5) Antônio Carlos Diniz Murta e Ana Paula Soares da Silva Costa tratam da INTERTEXTUALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIROS, colocando em discussão se a questão dos precedentes é algo novo dentro do sistema brasileiro, ao questionarem o papel do juiz e do Poder Judiciário, assumindo uma função legislativa e do risco da celeridade do processo para o tratamento do direito material.

6) Leiliane Rodrigues da Silva Emoto e Ana Critica Lemos Roque apresentam o trabalho sob o título A ATUAÇÃO DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA NA DEMOCRACIA DE UM ESTADO NEOCONSTITUCIONAL, com um traçado histórico sobre o constitucionalismo e o papel do Poder Judiciário no contexto do Estado Democrático.

7) Guilherme Christen Möller, com o trabalho intitulado O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E OS TEMPOS HIPERMODERNOS DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO, indaga o papel do processo judicial para o tratamento das crises advindas dos novos tempos e quais são os critérios de controles envolvendo da hiperjurisdição.

8) Com o trabalho GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E DIREITOS HUMANOS NA ERA DA VIRTUALIZAÇÃO, Rosmar Rissi e Sandro André Bobrzyk demonstram um panorama sobre a normatização constitucional das garantias e sua relações com o acesso à justiça, tratando das situações de regulamentação dos meios virtuais para a realização dos atos processuais.

9) O TEMPO DA JUSTIÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO é o trabalho apresentado por Arthur Gomes Castro e Daniela Marques de Moraes, que colocam em debate os critérios para a determinação do tempo do processo e da prestação jurisdicional, considerando diagnósticos produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

10) Anissara Toscan, com o trabalho sob o título A PRECLUSÃO COMO FENÔMENO UNITÁRIO E SUA INCIDÊNCIA NA DINÂMICA PROCESSUAL, busca tratar da estabilidade processual partindo de Chiovenda, observando os sentidos da preclusão, na

divergência da língua italiana e do contexto técnico do sistema brasileiro, considerando o sistema de ônus que ao tema é correlato.

11) Com o trabalho A CRISE JURÍDICO-AUTOPOIÉTICA DO ROL DE DECISÕES AGRAVÁVEIS NO DECURSO DO TEMPO, William Rosa Miranda Vitorino e Michelli Rosa abordam a regulamentação do agravo de instrumento pelo novo CPC, por meio de uma análise histórica das experiências normativas, jurisprudenciais e teorias envolvendo as decisões agraváveis.

12) Vinicius Pinheiro Marques e Sérgio Augusto Pereira Lorentino tratam do princípio da motivação das decisões judiciais com o trabalho O MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DESENVOLVIMENTO MORAL DE LAWRENCE KOHLBERG, buscando investigar qual o nível de fundamentação que o novo CPC vem a exigir das decisões judiciais e seus parâmetros.

13) Danilo Di Paiva Malheiros Rocha e Adriana Vieira de Castro apresentam o trabalho A INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, apontando a dificuldade da dilação probatória para o tratamento do tema envolvendo a saúde, tratando dos critérios para a ampliação da prova, com a análise dos pedidos que estão fora da lista de distribuição de medicamentos contemplada oficialmente.

14) A TUTELA DE EVIDÊNCIA NAS DEMANDAS QUE VERSAM SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL – UMA ANÁLISE À LUZ DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL é o trabalho apresentado por Breno Soares Leal Junior e Elcio Nacur Rezende, trazendo à lume a amplitude dos danos ambientais, indagando a possibilidade de se pensar na responsabilidade antes do dano e qual é o papel do Poder Judiciário neste contexto, diante das tutelas de evidência.

15) Abordando uma divergência jurisprudencial sobre SISTEMÁTICA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NAS EXECUÇÕES ANTERIORES AO CPC/2015, Diego Santos Silveira analisa o aspecto histórico da interpretação judicial sobre o tema e sua repercussão diante da Lei 13.105/2015.

Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama - UNIPAR/PR

Profa. Dra. Valentina Jungmann Cintra - PGE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# A ATUAÇÃO DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA NA DEMOCRACIA DE UM ESTADO NEOCONSTITUCIONAL

## THE ACTING OF THE JUDICIARY POWER IN THE DEMOCRACY OF A NEOCONSTITUTIONAL STATE

**Leiliane Rodrigues Da Silva Emoto** [1]
**Ana Cristina Lemos Roque**

**Resumo**

De maneira simples, é possível definir constitucionalismo como limitação do poder estatal. Para corroborar com este conceito, uma lista de exemplos, dos mais singelos aos mais robustos são apresentados, tais como, a limitação divina passada pelos sacerdotes aos israelitas ou a Carta Magna de 1215. Ocorre que a compreensão de constitucionalismo foi aprimorada é forçoso o entendimento em torno do neoconstitucional inserido em um Estado Democrático de Direito. O objetivo desta pesquisa é apresentar o papel do judiciário em um Estado Democrático e em um contexto de neoconstitucionalismo. A medotologia é dedutiva com um método de pesquisa bibliográfico e documental.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo, Função judiciária, Democracia

**Abstract/Resumen/Résumé**

Constitutionalism as a limitation of state power. It turns out that the understanding of constitutionalism has been improved and, Nowadays, the understanding about the neoconstitutional inserted in a democracy is forced. The objective of this research is to present the role of the judiciary in a state democracy and a context of neoconstitutionalism. Medotology is deductive with a method of bibliographic.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Neoconstitucionalismo, Judiciary, Democracy

[1] Mestre em Direito Constitucional. Docente do Centro Universitário Toledo - Araçatuba.

## INTRODUÇÃO

As teorias do pensamento jurídico formam três pilares. O primeiro seria a teoria do pensamento jurídico jusnaturalista; o segundo a teoria do pensamento jurídico positivista; e o terceiro pilar alicerçado na teoria do pensamento jurídico pós-positivista.

A teoria jusnaturalista assumiu a empreitada de encontrar uma justiça eterna, ou, em outras palavras, o direito natural. Para tanto, nasceram quatro fundamentos jusnaturalistas, sendo, jusnaturalismo cosmológico; jusnaturalismo teológico; jusnaturalismo racionalista e jusnaturalismo contemporâneo (BITTAR, 2010).

Por força de recortes epistemológicos, apenas uma visão geral das fases jusnaturalistas será apresentada. O jusnaturalismo cosmológico vê na ordem do cosmo a origem da justiça, estando localizado no século VI a. C. Clássica divisão desde período é a denominada em pré-socrática e pós-socrática. Entre os pré-socráticos, há as escolas que buscam a origem do universo e os sofistas que tornaram-se conhecidos por relativizarem a justiça, duvidarem da existência da verdade.

No período socrático, há o humanismo de Sócrates, o idealismo de Platão e o realismo de Aristóteles. Para este, a justiça recebe conceituação, sendo virtude adquirida pelo hábito. E, na busca de destrinchar o conceito de justiça, expõe as espécies de justiça, a saber: justo político, justo legal e justo particular. No justo particular, bifurca-se a justiça distributiva e a justiça corretiva. Fundada em uma igualdade geométrica, proporcional, a justiça distributiva é meritória, isto é, as benesses são distribuídas de acordo com os méritos de cada ser. A justiça corretiva, pautada em uma igualdade aritmética, sinalagmática, apresenta a figura do juiz como personificação da noção de justo comutativo e reparativo, sendo aquele o justo dos contratos e estes o justo decorrente do dever de reparar. Os pós-socráticos cuidaram da felicidade do ser, destacando-se os epicuristas e os estoicistas.

Superada a fase teológica da patrística e da escolástica, onde a justiça é proveniente de Deus, o jusnaturalismo racionalista chega ao apogeu nas revoluções liberal – burguesas dos séculos XVII e XVIII. Agora, a justiça tem como fonte a razão humana universal e, diante desta fonte da justiça, nada mais compreensível do que definir a natureza do ser humano. Surge, então, os pensamentos, dentre outros, de Grotius, Pufendorf, Locke, Hobbes e Rousseau que, de forma geral, definiam o homem como social ou a - social.

Sem medo de errar, a maior proposta de racionalização o jusnaturalismo veio com Kant, um filósofo que vai criticar o consequencionalismo, isto é, julgar as condutas pelos efeitos que ela gera. Para ele, a conduta será ética se analisarmos a própria conduta. A conduta humana, então, deverá obedecer alguns princípios. Claro que se minha conduta gerar problemas no

futuro, não poderemos fazer nada, mas quando formos praticá-la, deveremos fazer uma reflexão sobre os princípios, isto é, agir de uma forma que todo mundo possa agir, fazer da mesma maneira, de forma igual, desinteressada, portanto (SALVIANO, 2018).

Já no século XIX, o jusnaturalismo contemporâneo vem dar à luz as denominadas ciências sociais. Antes, vistas como a-científicas, ou ciências do coração, agora aplicam métodos científicos para definir justiça como instituto variável no tempo e no espaço.

Após um esboço do jusnaturalismo, importante é pontuar a teoria do pensamento jurídico positivista. Esta teoria prega o monopólio da lei. Preponderante no século XX, o positivismo lógico da teoria pura do direito (Hans Kelsen,) defendia a separação dos poderes e ao juiz relegava a função de aplicar a lei. Tinha-se uma ciência exata, pois lançava-se juízo de fato e não de valores. Era a fase do legalismo burguês.

Denominada de pós-positivista, há a teoria do pensamento jurídico que apresenta a ideia de razão dialógica, de nova racionalidade, onde a ciência é constantemente verificável e o ordenamento jurídico é aberto, os sistemas normativos não são mais genéricos, surgindo os microssistemas (Direito do Consumidor, por exemplo). Tem-se um sistema plural, dinâmico, aberto aos fatos e valores sociais.

Esse contexto de profundas mudanças inseridas no pós – positivismo, trouxe uma nova leitura do constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo. De maneira singela, apenas por ora, pode-se definir o neoconstitucionalismo como, além de limitador do Estado, uma alternativa ao juspositivismo, uma vez que prega a efetividade das normas constitucionais, mesmo as programáticas (COMANDUCCI, 2003). Para Cambi (2016, p. 22), "a Constituição é um instrumento limitativo do poder. Ao regular a organização e o modo de exercício do pode político, serve de limite e de vínculo da maioria."

E, muitas das vezes, a efetividade dos direitos fundamentais vem por meio de uma decisão judicial. Por isso, o objetivo desta pesquisa é definir o papel da função Judiciária no estado democrático. Iniciando com a relação entre democracia e neoconstitucionalismo.

## DEMOCRACIA E NEOCONSTITUCIONALISMO

A democracia deliberativa do Estado moderno enseja o nascimento de uma Constituição que contêm direitos fundamentais, normas (regras e princípios) e fins públicos que dão vida aos valores democráticos deste Estado: igualdade, justiça e liberdade, sendo imprescindível a implementação desses direitos, fins e valores pelos juízes e tribunais. Esta é uma visão substancialista da constituição, onde temas espinhosos na ordem da moral, da política

e da economia fazem parte da Constituição, dando a esta e a jurisdição constitucional um papel de destaque.

Após a Segunda Guerra Mundial, a teoria do pensamento jurídico positivista encontrou-se em descrédito, pois a idéia de um ordenamento fundado na lei foi utilizada para justificar condutas arbitrárias e violar direitos fundamentais. Surge, então, uma nova leitura do constitucionalismo, denominado pela doutrina europeia de neoconstitucionalismo.

> [...] desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de "neoconstitucionalismo": princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez de Poderes Legislativos ou Executivo ( ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei) (ÁVILA, 2009, p.02).

O neoconstitucionalismo defende os direitos fundamentais como uma "ordem de valores" para o entendimento de todo o sistema jurídico e para a submissão do Estado a certos deveres de ação. Isto é o que Ronald Dworkin chamou de "leitura moral da constituição" (DWORKIN, 1997, p. 10).

No neoconstitucionalismo, é imprescindível, para a existência do Estado Democrático de Direito, a disseminação dos valores erigidos no alicerce da dignidade da pessoa humana e previstos nos princípios constitucionais para todo o sistema jurídico.

Para Cambi (2016, p. 173), "o neoconstitucionalismo promove a reaproximação do direito com a moral, buscando a concretização dos valores compartilhados por toda a comunidade, em um certo momento e lugar, a fim de legitimar o exercício do direito enquanto instrumento de poder".

Sob pena dos valores constitucionais se tornarem mera ficção, a função Judiciário deve atuar como guardiã da "ordem de valores" assegurados e tal tarefa faz com que atue em âmbito político, sendo o magistrado interprete do ordenamento (CAPPELLETTI, 1999, p. 23).

Dentro deste contexto de direito e política, surge o liberalismo igualitário no plano econômico - social, muito bem explicado nas palavras de Barroso (2004, p. 15):

> O modelo liberal igualitário endossa a livre – iniciativa e a economia de mercado, mas não considera toda e qualquer liberdade econômica fundamental e protegida. A intervenção do Estado se justifica quando necessária para propiciar uma distribuição igualitária de recursos e de oportunidades. Mais que isso, a dimensão igualitária de tal concepção reconhece o direito básico a um mínimo social ou mínimo existencial. A igualdade, em sentido material ou substantivo, e especialmente a autonomia (pública e privada) são ideias dependentes do fato de os indivíduos serem livres de privações, com a satisfação adequada de suas necessidades vitais essenciais. Para serem livres,

> iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia de tornar uma mera ficção. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais, como educação básica e serviços de saúde, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo. O mínimo existencial, portanto, está no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos, cuja existência como direitos realmente fundamentais, e não meras pretensões dependem do processo político, é bastante controvertida em alguns países.

Logo, quando o Judiciário decide acerca de políticas públicas implementada pelas funções, Executiva e Legislativa, mas ineficazes, ou inexistentes, está atuando na defesa dos direitos fundamentais para o avanço do processo social.

O dever de cumprir a Constituição dado a função Judiciária gera impasses com a maioria parlamentar e, juntamente neste contexto, surge a empreitada de definir o papel da função Judiciária na democracia deliberativa do Estado moderno, traçando os limites de sua atuação para evitar o totalitarismo judicial.

Para tanto, é imperioso o conceito atual de democracia. Como já explanado, o conceito simplista de vontade da maioria, ou governo de representantes do povo, deve ser superado, pois a maioria pode gerar ditaduras e arbitrariedades. A leitura correta do conceito de democracia é efetuada quando levado em conta valores e direitos fundamentais esculpidos na Constituição, sob pena de sua inobservância gerar uma ditadura parlamentar.

Nesse sentido é apropriada a lição de Pereira (2006, p.105),

> A opção pelos direitos da maioria não conduz a um total desprezo dos direitos individuais, mas uma garantia maior ainda de terem estes direitos, decorrentes das próprias normas sociais fundamentais um cumprimento garantido por esta modalidade de formalização de controle social.

Não é difícil observar que, mesmo sendo eleitos, os parlamentares, muitas vezes não representam os interesses, ou a voz do eleitorado, ficando os objetivos desses fora das decisões políticas do Congresso. Por isso, o atual conceito de democracia requer uma real participação do cidadão, sendo a função Judiciária um instrumento de efetivação dos princípios democrático (APPIO, 2008).

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 13), criador do garantismo, fundado nas teorias contratualistas do século XVIII, há o aspecto formal e substancial da democracia. Na dimensão formal, a democracia é narrada na Constituição nas normas de organização e funcionamento das funções estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário). Na dimensão substancial, encontram-se as liberdades e os direitos sociais como características inerentes de uma democracia deliberativa do Estado moderno. Ter uma democracia substancial é fator imperativo para se

criar verdadeiramente um Estado Democrático de Direito.

Habermas (2003, p. 321) contradita a democracia substancial, ou a ideia de que a efetividade dos valores constitucionais advirem de decisões judiciais e, por meio de uma visão procedimentalista, sustenta a separação de poderes sem a imposição de decisões judiciais as demais funções estatais, principalmente pelo fato de estas serem eleitas e aquela não.

Segundo Cambi (2016, p. 363),

> [...] o procedimentalismo de Habermas é criticável. Pressupõe um conceito idealizado de democracia, calcado na existência de direitos à autonomia e à participação política, mas que não se preocupa em assegurar que as condições materiais necessárias para a autonomia e para a participação política sejam efetivamente exercidas por todos os indivíduos.

Contudo, o posicionamento mais correto é o de que decisões judiciais diversas da vontade do legislador não ofendem a democracia substancial, pelo contrário, e sim a reforça. Neste sentido, Dworkin (1996, p. 2-18) defende que os princípios constitucionais necessitam de interpretação e, com isso em mente, defende que a "leitura moral da constituição", realizada pelos magistrados, é indispensável para garantir a isonomia e a real democracia.

A leitura moral da constituição é pautada em princípios morais abstratos limitadores do poder do governo, depreendendo disto o fundamento de que os juízes devem observância a uma ordem moral superior, com alicerce principiológico, sob pena de suas decisões serem ilegítimas e ofensivas a representatividade popular (DWORKIN, 1997).

Machado (2006, p. 32), ao dissertar acerca do tema aduz que "nesse caminho, o juiz tem o dever jurídico de buscar a melhor justificação moral, partindo da análise dos princípios e regras, entendidos como valores morais objetivos, que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras".

Na própria Constituição Federal brasileira encontra-se fundamentos para a adoção de uma noção substancial de democracia, uma vez que a Constituição Federal de 1988 possui as "cláusulas pétreas", tornando imutáveis, no sentido de diminuir, os direitos e garantias fundamentais, e elencando os paradigmas das decisões judiciais que, se tomadas únicas e exclusivamente por meio do procedimento democrático, depreendidas destes paradigmas, criariam fissuras na democracia.

Na democracia substancial, a função judiciária atua de acordo com os valores constitucionais criados nos moldes da dignidade da pessoa humana, assumindo, desta forma, o dever de extirpar qualquer violação a estes valores, mesmo as vindas das demais funções estatais (Legislativo, Executivo).

Neste ponto, algumas observações não podem ficar de fora. Primeiramente, o judiciário é inerte, sendo o povo, o mesmo povo que elege do legislativo e o executivo, os sujeitos que levam suas pretensões resistidas ao judiciário. Também, o judiciário, ao proferir uma decisão, apresenta fundamentações de suas decisões, sob pena de nulidade dos seus comandos. O papel do judiciário de protetor dos valores constitucionais em um Estado democrático segue regras que o legitima. "A justiça lhes oferece a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante" (GARAPON, 1999, p. 103).

Propõe – se, então, uma releitura da democracia, onde a função judiciária assume também uma nova postura. A democracia formal e material na medida certa é o que compõe essa releitura (SPECTOR, 2008). Já a nova postura do judiciário consiste em compatibilizar a vontade dos eleitos pelo povo com a normatividade constitucional e tal tarefa enseja uma conduta ativa no cenário político que somente será neutra com a submissão do corpo judicial aos ideais democráticos previstos na Constituição (JORGE NETO, 2008).

Nestes moldes, a função típica do executivo e do legislativo continua, tendo sempre a obrigação de respeitar o texto constitucional no momento do exercício de suas funções políticas. Mas, no que tange ao judiciário, deve ter um posicionamento mais atuante no controle da formulação e execução das políticas públicas, atuando como guardião dos valores constitucionais.

Na sociedade brasileira, não é segredo campanhas políticas baseadas em piadas. Basta lembrar, como triste exemplo, membro do legislativo eleito mesmo afirmando que não sabia o que um Deputado Federal faz. Como esse eleitorado participará na vontade política deste Estado Democrático? É aí que entra o papel desempenhado pelo judiciário em concretizar as políticas públicas e cumprir das normas constitucionais (KRELL, 2002).

Fora a pouca participação política do povo, há a agravante de os eleitos representarem muito mais à vontade própria ou o interesse de atividades econômicas que em nada se assemelham com a vontade popular. Nítida é a falácia do sistema representativo, sendo urgente a necessidade de sintonia entre a vontade do povo e o dirigir da nação. Por todo o apresentado, o sistema representativo já não é suficiente para assegurar a democracia, sendo o Judiciário uma eficaz solução para o fortalecimento da democracia, "eis que alarga o debate acerca da implementação das políticas públicas e do modo de efetivá-la e possibilita uma via de pressão popular que, se não substitui os movimentos sociais organizados, atua *pari passo* com eles" (JORGE NETO, 2008, p. 33).

A função judiciária inserida em um Estado Democrático de Direito assume o papel de

guardiã da efetividade dos valores constitucionais, objetivando a concretização de direitos que antes eram tidos como meros programas (normas programáticas). Tornar eficiente os direitos fundamentais da constituição, não ofende a separação das funções estatais, uma vez que o judiciário não legisla e não administra, apenas controla a atuação das demais funções dentro dos limites impostos pelos valores constitucionais.

Logo, o ativismo judiciário é um garantidor da democracia substantiva constitucional contemporânea.

## FUNÇÃO JUDICIÁRIA

O Estado Constitucional de Direito aumenta o poder dos magistrados, isso por que o reconhecimento do judiciário como auxiliar no processo de criação do direito é imperativo em um Estado que quer aglutinar a construção de uma democracia substancial e a valorização dos princípios constitucionais com força normativa.

Neste contexto, a participação judicial não se confunde com a legislativa, uma vez que aquele interpreta o direito, tendo sua liberdade criativa delimitada pelas circunstâncias apresentadas em juízo por meio de uma pretensão resistida. Ao judiciário cabe, então, decidir o litígio entre as partes, bem diferente das características da lei que são gerais e abstratas.

Até mesmo no controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, o magistrado não usurpa a função de legislar, pois a lei em análise em uma ADI (Ação Direita de Inconstitucionalidade), por exemplo, já é preexistente via elaboração legislativa. A análise, no caso, recai na adequação a Constituição Federal, pois "quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias" (CAPPELLETTI, 1999, p. 54).

O intérprete, no caso o magistrado, lê as normas coadunando-as aos ditames constitucionais e, com este escopo, surge a criatividade do juiz no processo hermenêutico. A partir do momento que é passível esta função interpretativa do magistrado, a maturidade está atingida para se discutir os imites à liberdade interpretativa do judiciário.

Inegável que existe um medo neste aumento das funções judiciais, até aqui denominada de poder criativo de interpretação. A aversão a uma "aristocracia de juízes" recai na temática da legitimidade das decisões judiciais.

Sobre a temática da legitimidade, basta citar a opinião de Nagibe de Melo Jorge Neto (2008) acerca da decisão judicial. Para ele, a decisão proferida pelos tribunais é como um discurso democrático. Longe dos interesses pessoais do magistrado, a decisão resulta de "um

procedimento constitucional e legalmente regulado, que deve observar princípios que assegurem às partes uma ampla participação no resultado final do processo" (MELO, 2008, p. 13).

Segundo Machado (2006, p.108),

> A probabilidade de uma decisão ser correta será sempre maior, quando observado o ponto de vista interno do ordenamento, por meio da Constituição e, por consequência, o próprio ordenamento por ela estabelecido. Não há garantias de que haja uma decisão correta, no sentido de ser aquela esperada ou almejada pela parte, mas no sentido de que houve a observância de princípios (de justiça) estabelecidos previamente e não *pós-facto*, que certamente levaria ao questionamento de índole subjetiva.

Tais princípios constitucionais exigem a argumentação jurídica, uma vez que são dotados de normatividade e alto grau de abstração, necessitando do preenchimento de seus alcances. Primeiro o juiz interpreta racionalmente e depois efetiva/concretiza a norma.

Interpretar racionalmente, na teoria da hermenêutica constitucional de Peter Haberlë, significa ir além de interesses pessoais do juiz e possibilitar que todos os sujeitos da sociedade atuem como intérpretes do texto constitucional, pois "quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la" (HÄBERLE, 2002, p. 55).

No judiciário brasileiro, a parte provoca o judiciário e fundamenta sua pretensão dentro da Constituição, vinculando o juiz aos limites do pedido e da causa de pedir e fornecendo a própria interpretação da constituição. À parte contrária é dada a oportunidade de apresentar sua interpretação. Ao juiz cabe a decisão, "fruto de um processo dialético discursivo, em busca da melhor solução para o caso" (JORGE NETO, 2008, p. 15).

Dentro do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o processo torna-se o "microcosmos democrático do Estado-de-direito" e "essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo" (DINAMARCO, 1998, p. 11).

Neste ponto, é importante salienta a relação que Alexy vê em processo e discurso. Em sua teoria da argumentação jurídica, Alexy defende que o discurso jurídico é faceta do discurso prático geral. Esta proximidade entre o discurso jurídico e o discurso prático geral vem do fato de que ambos lidam com questões concretas e atuam com temática de correção, mas, no discurso jurídico, há limites.

Começando pelo discurso prático geral, Alexy explica que este é caracterizado pela presença de argumentos relativos a temáticas pragmáticas, éticas e morais, tendo uma simbiose

entre o adequado, o bom e o justo.

Alexy (2008, p. 212), fundamentado no discurso prático geral, apresenta o discurso jurídico voltado à solução de fatos práticos e voltado a uma pretensão de correção, aceita racionalmente em decorrência de decisões racionalmente fundamentadas.

Por isso o ordenamento jurídico é o limitador da pretensão de correção do discurso jurídico. A fundamentação da sentença deve fazer referência às normas vigentes e não a opiniões intimas do julgador. Na teoria da argumentação, Alexy (2008) apresenta formar de coibir a ditadura do judiciário e garantir a racionalidade das decisões (JORGE NETO, 2018.)

> [...] o Poder Judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num Estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras gerais destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, cabendo a sua edição ao Poder Legislativo e a sua aplicação, ao Judiciário. Independentemente disso, há, ainda, argumentos em favor da função legislativa que não podem ser desconsiderados (ÁVILA, 2009, p. 16).

Na atividade jurisdicional, o magistrado tem a obrigação de proferir sentenças racionais, isto é, respeitando os ditames normativos da Constituição Federal aplicados ao caso concreto, uma vez que "A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida" (BARROSO, 2003, p. 30).

Nas precisas palavras de Giacóia (2002, p.26),

> De fato, a salvaguarda dos direitos do indivíduo, num mundo cada vez mais conturbado por ideologias truculentas atualizadas sob o signo do avanço tecnológico, torna-se impositiva na construção das sociedades verdadeiramente democráticas, mais justas, mais iguais e mais generosas.

Logo, o ativismo judicial, quando apontado como arbitrário, sofre uma crítica injusta, pois, conforme discutido neste artigo existe claros limites ao poder criativo dos juízes. E, no atual contexto que o direito constitucional se encontra, o neoconstitucionalismo é imprescindível uma participação efetiva do judiciário na construção de um Estado democrático. Uma justiça alicerçada em argumentos racionais, coerentes e proporcionais torna-se mais justa e humana e capaz de transformar a realidade social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Norma é gênero composto por princípios e regras. As diferenças entre as espécies de norma, princípios e regras, são alistadas pelo grau de abstração, pelo tempo de vigência, e a função que desempenham.

No que tange à abstração, os princípios sofrem um alto grau de abstração quando comparado com as regras que, apesar de gerais e abstratas, são mais lastreáveis nas relações jurídicas tipificadas em dados ordenamento.

Quando o critério é a vigência, as regras são aplicadas em um terminado território por um lapso temporal, valer dizer, até que outra norma a revogue (derrogue ou ab – rogação). Fato este que não ocorre com os princípios, em razão da eternidade deste.

Se a temática é a função desempenhada pelos princípios, é importante consignar que, por muito tempo, os princípios eram apenas integradores da norma, sendo, portanto, defeso aos princípios assumirem função normativa. Esta visão dos princípios mudou, uma vez que, atualmente, os princípios, notadamente, os princípios constitucionais, assumiram a característica da normatividade.

Após as atrocidades das grandes guerras mundiais, principalmente a Segunda Guerra Mundial, uma teoria de pensamento jurídico ganha destaque, a saber: pós-positivista.

Neste contexto, as noções principiológicas valorativas ganham destaque e a dignidade da pessoa humana assume o status de valor matriz. No pós-positivismo, o constitucionalismo, visto até então como limitador do poder estatal, ganha nova roupagem. Nasce o neoconstitucionalismo como garantidor da efetividade dos direitos fundamentais da Constituição.

Com a ampliação de seu conceito, o neoconstitucionalismo enfrenta a questão da valorização da função Judiciária por meio do poder criativo das decisões. Cabe, portanto, ao constitucionalismo atual a identificação dos limites da atuação dos magistrados.

Entende-se que o exercício da jurisdição deve ser feito racionalmente, vinculado na fundamentação clara das decisões sempre embasadas nas leis e nos princípios do sistema normativo, dentro dos ditames do contraditório e da ampla defesa.

Esse judiciário que interpreta a norma encontra-se mais próximo do cidadão. Neste contexto de neoconstitucional, a concepção de democracia também se reinventa, uma vez que a representatividade do povo deve assumir sua completude com a efetividade dos direitos fundamentais mesmo que seja por meio de mandamentos judiciais.

Democracia e neoconstitucionalismo se complementam. Não há democracia com direitos fundamentais apenas em âmbito programático, sem efetividade. Também não há

Estado neoconstitucional, baseado na força normativa da constituição, de seus princípios e dos direitos fundamentais, sem participação popular.

Neste ponto, o judiciário colabora com a parceria do neoconstitucionalismo e a democracia, uma vez que é ao judiciário que as partes levam suas pretensões e materializam a interpretação da Constituição Federal. Aqui há um diálogo democrático, pois a sentença somente será legítima se apresentar uma motivação adequada.

Por isso, é correto afirmar que o neoconstitucionalismo uma nova forma de interpretação da Constituição, visando sempre a defesa dos direitos e garantias fundamentais assegurados em princípios e cláusulas constitucionais abertas, sendo estas interpretadas pelos magistrados em conformidade com a Constituição.

## REFERÊNCIAS


ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva.

_____. **La tesis del caso especial**. Isegoria, n.21, 1999, pp. 23-35.

APPIO, Eduardo. Controle judicial de políticas públicas no Brasil. Curitiba:Juruá, 2008.

ÁVILA, Humberto. **"Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência".** Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto de Direito Público, n. 17, janeiro/ fevereiro/março, 2009. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 26/06/2017.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, 2003**. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arte_histdirbras.pdf. Acesso em 20 junh. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista da Procuradoria Geral do Estado,

Porto Alegre, jul.-dez. 2004, v.28, n.60, p.27-65.

BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, democracia y constitución**. In: Miguel Carbonell, Neoconstitucionalimo(s), Madrid: Editorial Trotta, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo:Malheiros, 1999.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Revista Alceu, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004, p. 105-113. Disponível na internet: http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/alceu_119_cittadino.pdf Acesso em 23 de jul. 2008.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico**. In: Miguel Carbonell, Neoconstitucionalimo(s), Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. Sâo Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Juízes políticos e democracia**. Jornal O Estado de São Paulo. Espaço Aberto, de 26 abr. 1997.

_____. Freedom´s Law: the moral reading of the American constitution. Massachussets: Harvard University Press, 1996.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, trad. Jefferson Luiz Camargo.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. 11. Imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. Isonomia- revista de teoria y filosofia Del derecho, n.16, abril, 2002, p.7-20.

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

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 2002, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia - entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, trad. Flávio Beno Siebeneichler.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY,John. **Os artigos federalistas 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, tradutora Maria Luiza X. de A. Borges.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas.** Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador; JusPodivm, 2008.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. Política criminal e os fins do direito penal no estado social e democrático de direito. São Paulo: editora Quartier Latin, 2006.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SALVIANO, Maurício de Carvalho - http://www.folhadaregiao.com.br/ara%C3%A7atuba/a-busca-da-%C3%A9tica-%C3%A9-o-tema-do-artigo-de-maur%C3%ADcio-carvalho-salviano-1.271398

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Democracia e jurisdição constitucional – reflexões sobre as regras do jogo democrático e o poder de veto das minorias, 2006.** Disponível na internet: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_gustavo_dos_santos.pdf, Acesso em 24 de jul. 2008.

SILAVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, págs. 104 e 105.

SPECTOR, Horacio. **Entre Habermas y Dworkin – uma nota sobre los fundamentos de la democracia.** Revista Argentina de Teoria Jurídica, 1999. Disponível na internet: http://200.32.4.58/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/articulos/spector.htm, Acesso em 25 de jul.2008

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia filosófica I**. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. ***Teoria de la constitución como ciencia cultural***. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

VIEIRA, Osmar Vilhena. **Direitos Fundamentais:** uma leitura da jurisprudência **do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein.** In: Virgilio Afonso da Silva (org.) Interpretação Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **A desigualdade e o estado de direito**. Revista Internacional de Direito e Cidadania. no.1,p.185-201,junho/2008. Disponível na internete:

http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33291-42438-1-PB.pdf

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.