

A FUNÇÃO SOCIAL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE SOCIAL FUNCTION OF THE JUDICIARY IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

*José Ricardo Alvarez Vianna*¹

Resumo: A separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), tal como a conhecemos hoje, adveio em reação às Monarquias Absolutistas. Neste modelo, influenciado pelos interesses da burguesia, cumpria ao juiz apenas aplicar a lei (*la bouche de la loi*). Com o surgimento do Estado Social e Democrático de Direito, o juiz deixa de ser *escravo da lei* e assume papel essencial no equilíbrio de forças e tensões entre os poderes do Estado e perante a sociedade em geral. O juiz deixa de ser a *boca inanimada da lei* e passa a ser agente corresponsável na construção e manutenção da democracia e do bem estar social, conferindo voz e vez a todos que tenham direitos descumpridos ou violados, especialmente direitos fundamentais. Aqui reside a lúdima função social do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Aqui está a verdadeira legitimidade democrática do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Função Social – Poder Judiciário – Democracia.

Abstract: The separation of powers (Executive, Legislative and Judiciary), as we know it nowadays, arose as a reaction to the Absolutist Monarchies. In this model, influenced by the interests of the bourgeoisie, the judge could only apply the law (*la bouche de la loi*). With the appearance of the Welfare State, the judge stops being slave of the law, and assumes essential paper in the balance of forces and tensions among the social issues. The judge stops being the inanimate *mouth of the law* and raises the being agent responsible in the construction and maintenance of the democracy and the Welfare State, giving voice and opportunity to everyone that has their rights disrespected or violated, especially fundamental rights. This is the true social function of the Judiciary Power in the Democratic State. Here it is the true democratic legitimacy of the Judicial Power.

Keywords: Social Function – Judiciary – Democracy.

INTRODUÇÃO

Não raras vezes, o Poder Judiciário recebe ácidas críticas por sua atuação, notadamente no Brasil. Sustenta-se que há ativismo judicial, falta de legitimidade democrática dos juízes para *criar* o Direito, judicialização da política e/ou politização do Judiciário etc. Este cenário faz emergir a seguinte indagação: qual o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito?

¹ Doutor em Ciências Jurídico-Políticas de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro fundador do Instituto de Latino-Americano de Argumentação Jurídica (ILAAJ). Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Juiz de Direito no Paraná. *E-mail:* jricardo9926@gmail.com.

O artigo objetiva responder referida indagação mediante uma análise que passa pela evolução histórica, iniciada com a formação do Estado de Direito, avançando até o Estado Democrático de Direito. Desta maneira, será possível destacar os vários papéis que o Judiciário vem desempenhando em sociedade ao longo dos tempos, o que será fundamental para a formulação de uma solução consistente ao tema proposto.

Pretende-se, ainda, evidenciar a relação intrínseca entre democracia, direitos fundamentais e atuação do Poder Judiciário. A não ser assim, corre-se o risco de se incorrer em meros palpites, divorciados dos fundamentos jurídicos que alicerçam tais temas, o que não contribui para compreensão e mesmo lapidação da matéria.

1. SEPARAÇÃO DE PODERES E ESTADO DE DIREITO

A sistematização mais próxima daquilo que hoje se conhece por separação de poderes se deve ao Barão de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, na obra *De L'esprit des Loïs*, publicada em 1748. Antes dele, tanto Aristóteles, em *A Política*, como John Locke, em *Two Treatise of Government* (1690), já haviam aventado a ideia, embora com contornos diversos. Outros que, igualmente, dedicaram-se ao tema foram Marsílio de Pádua, na obra *Defensor Pacis* (1324), e o próprio Maquiavel, em *O Príncipe* (1513).²

Seja como for, prevaleceu a orientação sistematizada por Montesquieu, edificada em reação ao Estado Absolutista. Sua meta era desconcentrar o poder das mãos do Monarca, transferindo-o a outros 3 (três) entes do Estado, nominados como Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada um destes, por sua vez, deveria exercer funções típicas (específicas), de maneira que o poder, uma vez fragmentado, fiscalizasse e regulasse a si próprio. Basicamente, ao Legislativo cumpriria a edição de leis, com o propósito de orientar e ordenar o convívio social. Ao Executivo caberia a gestão da máquina estatal. Por fim, ao Judiciário incumbiria julgar os conflitos jurídicos entre particulares e entre estes e o Estado. A resolução destes conflitos, por sua vez, seria feita com esteio em leis editadas pelo Legislativo, constituído pelos representantes do povo.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos. Da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.

Montesquieu tinha em mira o exercício das liberdades, afastando para tanto os riscos de excessos pelos governantes. Visava coibir o abuso do poder por parte de quem o exercesse.

Todavia, a rigor, não há separação de poderes. Há repartição de competências. O poder é uno e indivisível e, finalisticamente, emana do povo³. O exercício das funções de cada poder do Estado é que deve ser objeto de divisão, de modo a viabilizar a ideia de *freios e contrapesos (checks and balances)*.

Este aspecto conduz a outro de equivalente importância. É a Constituição que especifica o campo de atuação, os limites e as vedações de cada poder. Por isso, o conceito de separação de poderes está intrinsecamente vinculado a uma base constitucional; é dizer: pressupõe uma Constituição.

É a Constituição que deve dispor, de maneira detalhada, quais são as funções típicas (próprias) de cada poder. É a Constituição que fixa como cada poder atuará de modo interdependente, em regime de cooperação, equilíbrio e harmonia entre si.

Da mesma forma, é a Constituição que autoriza o exercício de funções atípicas por tais poderes; funções que, a princípio, incumbiriam a outros poderes, mas que, dadas circunstâncias excepcionais, comportam adaptações no seu exercício. A Constituição, além de disciplinar os limites e atribuições de cada poder, também é a única que pode excepcionar o exercício de funções atípicas.

Esta divisão estrutural na Constituição visava assegurar a proteção de direitos individuais dos membros da sociedade perante o próprio Estado. Se não houvesse independência dos poderes entre si, os direitos do cidadão não passariam de letra morta, já que ninguém poderia assegurá-los perante o sumo detentor do poder.

Como se percebe, há nítida conexão entre independência dos poderes, Constituição e Estado de Direito, razão pela qual esta foi a tônica que orientou o pensamento jurídico, político e econômico da época, tanto que foi acolhido pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789, assim redigida: *toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição*.

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social**. Paris: Gallimard, 1964, p. 183.

Nesta métrica, têm-se os seguintes elementos constitutivos do Estado de Direito: a) separação de poderes; b) Constituição; c) direitos individuais; d) divisão das funções típicas e atípicas dos poderes do Estado na Constituição.

2. ESTADO LIBERAL E O JUIZ COMO *LA BOUCHE DE LA LOI*

A separação dos poderes não se consumou apenas pelo mérito de Montesquieu. A separação dos poderes resultou de um processo histórico, advindo de múltiplas forças que, agindo ora em conjunto, ora em direções opostas, culminou com sua implantação. Além disso, é preciso anotar que o surgimento do Estado de Direito, ancorado em base constitucional, foi uma vitória da burguesia ao se opor às monarquias absolutistas, então sustentadas em doutrinas teocráticas (*Direito Divino dos Reis*), que conviviam, por conveniência, com o regime feudal de submissão entre vassalos e súditos e com as limitações impostas à atividade mercantil.

Como se sabe, a burguesia surgiu no período da Idade Média à margem dos castelos feudais em pequenas aldeias e burgos. Nestas, aos poucos emergiu uma sociedade diversa daquela típica do regime feudal, então alicerçada na vassalagem. Nos burgos havia divisão de trabalho e isto permitiu a formação de corporações de ofício (*confrarias*), em que tecelões, ferreiros, comerciantes, médicos e arquitetos passaram a se reunir, vinculados por ideais e confiança mútuos. Embora houvesse hierarquia nestas organizações, quando elas mantinham relações com outras corporações, prevalecia a igualdade e a liberdade, uma vez que os negócios eram realizados sem intervenção estatal.

Pois bem. Serão estas corporações, mais tarde denominadas burguesas, que aos poucos colaboraram para uma nova mentalidade de se conceber o Estado, o poder político e as relações sociais e econômicas⁴, invocando para tanto a defesa da liberdade, da igualdade e a não intervenção do Estado nas relações individuais.

A consolidação desse processo se deu com as chamadas Revoluções Burguesas dos Séculos XVII e XVIII, a saber: Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688-1689), Revolução Francesa (1789) e Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776). Sucede que tais Revoluções, conhecidas como Liberais, não emanaram de atuação

⁴ CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13ª ed. São Paulo: Ática, 2010, p. 367.

exclusiva da burguesia. Houve uma conjugação de forças entre burguesia e pensamento Iluminista. Na ocasião, a burguesia logrou amear apoio da massa popular contra o poder existente, enquanto o iluminismo defendia a emancipação do homem com uma postura antropocêntrica.

A visão antropocêntrica dos iluministas atendia às aspirações burguesas, nos moldes preconizados por Adam Smith, o pai do liberalismo econômico. Smith, na obra *Uma investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações*, sustentava a mínima intervenção do Estado na economia; a livre concorrência e a ênfase na lei da oferta e da procura. Tudo isto pode ser sintetizado na frase: *laissez faire, laissez aller, laissez passer; le monde va de lui même* (*deixai fazer, deixai ir, deixai passar; o mundo caminha por si mesmo*).

Pode-se dizer, nesta óptica, que a doutrina liberal assentou-se em duas premissas: liberdade e segurança. A diretriz básica era a de que o Poder Estatal, agora limitado em relação aos membros da sociedade, se autorregulasse, mediante um entrecruzamento de atribuições (forças) e, desta mútua fiscalização (freios e contrapesos), fornecesse condições para que a sociedade, principalmente no plano econômico, fluísse sem ser perturbada pelo Estado.

Neste cenário, a liberdade era defendida em suas múltiplas expressões: liberdade de pensamento, liberdade de expressão, liberdade de convicção, liberdade de organização social, liberdade de mercado etc. Desse modo, ficam bem demarcadas as esferas pública e privada – daí a concepção de Direito Público e de Direito Privado –. Sob este enfoque, o Estado seria um mero garante para o desenvolvimento das relações sociais e econômicas; ou seja, um *Estado Mínimo*.

Nesse Estado de Direito, ao juiz era reconhecido apenas o papel de mero aplicador da lei. Montesquieu foi um dos principais defensores desta postura. Isto pode ser confirmado na seguinte passagem:

O poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes 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 rigor.⁵

⁵ MONTESQUIEU. *L'Esprit des lois*. 1748. Paris: Classiques Garnier, 1973, p. 238-239.

A atuação judicial era apática, restrita à aplicação literal das disposições legais, sem qualquer contributo em prol de uma justiça social. O juiz era um técnico, autômato, sem compromisso com a justiça. Justiça se circunscrevia a aplicar a lei.

Em síntese, no Estado de Direito, estruturado na separação de poderes, na existência de uma Constituição e na previsão formal de direitos individuais, buscava-se a igualdade e a liberdade. Contudo, esse desenho adveio de interesses setoriais, voltados para si próprios, e não para o bem estar social. Daí por que não havia interesse em um Judiciário forte e independente. O Judiciário deveria ser pálido e servil. Deveria ser a mera *boca da lei*, atuando de modo previsível e objetivo. Este era o retrato do Estado Liberal; um *Estado Mínimo*, com um Judiciário, igualmente, mínimo.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ATUAÇÃO JURISDIDICIONAL

Como visto, o pensamento iluminista forneceu as bases para o Estado de Direito, Estado este fundado de acordo com o triunfo da razão e da ciência; da neutralidade e da objetividade, o que atendia às aspirações burguesas.

Fato é que o simples brado de *liberdade, igualdade e fraternidade* das chamadas Revoluções Liberais ou a simples edição formal de um Estado de Direito não foram suficientes para conter as vicissitudes da vida real nos anos que se sucederam.

A realidade da vida e a dinâmica dos acontecimentos não se apresentaram de maneira tão lógica como supunham os teóricos do Estado de Direito. Ainda na segunda metade do Séc. XIX, o modelo teorizado pelos iluministas, aceito e implantado pelos liberais, não conduziu à liberdade, mas à espoliação dos mais fortes em relação aos mais fracos. Nas relações de trabalho, principalmente com a Revolução Industrial, trabalhadores eram submetidos a condições degradantes e desumanas, seja pelas atividades insalubres e perigosas, seja pelas jornadas excessivas de trabalho, as quais se aplicavam indiferentemente a idosos, mulheres, crianças ou pessoas com limitações físicas.

Nas relações contratuais não se verificou o equilíbrio nas prestações pactuadas (igualdade), mas desequilíbrio, beneficiando uma das partes em detrimento da outra.⁶

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 59.

A bem ver, quem de fato se beneficiou deste quadro foram os detentores do poder, especialmente do poder econômico. A igualdade era meramente formal e abstrata. Na vida real imperava o domínio do mais forte; o poder econômico impunha cláusulas contratuais ao estilo *take it or leave it (pegar ou largar)*, consoante seus interesses, enquanto a parte contrária, em geral desprovida de poder de barganha, submetia-se às condições abusivas impostas.⁷ Enfim, o Estado de Direito (Liberal) não cumpriu as promessas da modernidade. O Estado que tomava por base a liberdade como um de seus pilares, na prática, legitimava, por via oblíqua, sua violação. As disposições jurídicas não passavam de figuras decorativas que nada garantiam. Era preciso mudar.

Foi, então, que emergiu o Estado Social de Direito (*Welfare State*), o qual passou a assumir uma postura ativa. Diversamente de um Estado distante das relações jurídicas sociais, o Estado Social de Direito chama para si a responsabilidade de concretizar os ideais anunciados nas Revoluções Liberais (*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*). O modelo anterior é revisitado e se conclui que a ausência do Estado e a liberdade excessiva conduziam à iniquidade. Por conta disso, com vistas a restabelecer a igualdade, em seu sentido substancial, o Estado Social assume novo aspecto, inclusive na esfera legislativa.

Neste viés, com o Estado Social e Democrático de Direito surgiram os chamados direitos fundamentais sociais. Estes se manifestam como um dever imposto ao Estado para tomar medidas em prol do cidadão. Dentre tais direitos sociais podem ser lembrados: o acesso à educação, o respeito aos direitos do trabalhador, a existência de um sistema previdenciário, o direito à moradia, o acesso à cultura, a garantia de segurança pública etc.

Por este enfoque, enquanto os direitos fundamentais individuais (1ª geração ou dimensão) equivaliam ao ideal de *liberdade* da Revolução Francesa, os direitos sociais (2ª geração ou dimensão) correspondiam aos ideais de *igualdade* material e *fraternidade*.

As primeiras Constituições que asseguraram os direitos sociais foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919. A

⁷ POP, Carlyle. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Liberdade Negocial – Proteção Contratual no Direito Brasileiro. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 58.

obrigação positiva (*fazer*) imposta ao Estado colima a existência efetiva de igualdade material, de justiça social e, sobretudo, de dignidade humana.⁸

Seguramente, essa mudança repercutiu na forma de atuação do Judiciário. Em vez de agir como mero reproduzidor de comandos normativos; de ser escravo da lei, o juiz passa a esquadriñar o conteúdo finalístico das disposições legais, com ênfase nas diretrizes constitucionais. Busca interpretar a lei em cotejo com a realidade histórico-cultural e com o propósito de promover a justiça social. Desse modo, culmina por desempenhar papel fundamental na sociedade e no equilíbrio de forças e tensões entre os demais poderes do Estado, mas principalmente em benefício do cidadão, destinatário central e razão de existir do Estado.

Com o Estado social fica de uma vez por todas superada a visão de que o juiz seja mero aplicador da lei. Em vez de apenas dirimir conflitos individuais, valendo-se da letra da lei, o juiz passa não só a assegurar direitos individuais, mas também a concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Converte as promessas sociais em realidade. Deixa de ser a *boca inanimada da lei* e passa a desempenhar nítido papel político. Não político-partidário; e sim como agente corresponsável por assuntos relevantes da nação; voltado à vida social e à realização do bem comum, postura esta indispensável para a preservação e consolidação do Estado Social e Democrático de Direito em sua dimensão mais ampla.⁹

4. DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO

Quando se pensa em democracia, inevitavelmente vem à tona a Grécia Clássica, especificamente Atenas. Esta, considerada o berço da democracia, no Século V a.C., com a reforma de Clístenes, reconheceu aos *cidadãos* o direito de participar das decisões da *Polis* (*πολις* – cidade, metrópole).¹⁰ A palavra democracia deriva da junção dos radicais gregos *Demói* (*δῆμος* – cidadãos) e *Kratos* (*κράτος* – poder, força), daí a

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 85.

¹⁰ HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **O Estado de Exceção e a Crise da Democracia Brasileira**. **Unopar Científica: ciências jurídicas e empresariais**. Londrina, v. 6, n. 1, p. 31-37, mar. 2005.

conhecida *Fórmula de Lincoln*, quanto à essência da democracia: *governo do povo, pelo povo e para o povo*.¹¹

A democracia ateniense, porém, não correspondia aos padrões das democracias atuais. Ao contrário das democracias chamadas representativas ou participativas do mundo contemporâneo, para os atenienses o *governo* era formado pela assembleia (*ekklesia – Εκκλησία*), composta por *cidadãos*, os quais decidiam diretamente, sem intermédio de representantes. Contudo, *cidadãos* eram somente os homens livres, maiores de 18 (dezoito) anos, excluindo-se deste rol as mulheres, os escravos e os estrangeiros. Desse modo, somente 10% (dez por cento) dos atenienses participavam da democracia.¹²

Embora tenha sido um avanço em relação às formas de governo antes existentes, que variavam desde monarquia, oligarquia e anarquia, a democracia perdeu espaço durante a Idade Média, somente retomando forças com o *Welfare State* (Estado Social e Democrático de Direito), no Século XX.

De qualquer modo, é importante destacar que o regime democrático, por si só, não elimina as mazelas da sociedade, não obstante seja o mais razoável dentre os demais; daí a célebre frase de Winston Churchill: “Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos”.¹³ Atento a tais aspectos, no Estado Democrático de Direito, a democracia é a um só tempo paradigma e anseio; luta e valorização do ser humano. Mas não qualquer ser humano, e sim um ser humano com dignidade; que não se submete ou se sujeita à exploração de outrem. Nestes termos, por mais que ideais e valores expressos na Constituição preconizem a construção de uma sociedade voltada para o bem estar social, o processo democrático é algo dinâmico; sujeito a idas e vindas. Exige atenção, vigilância, atuação, caso contrário poderá haver uma democracia só em aparência; uma democracia só no papel, o que já é antítese de democracia, que pressupõe ação, atitude, participação, construção.

Logo, é preciso atenção para que, sob a máscara de Estado Social e Democrático de Direito, os ocupantes do poder e com acesso aos meios de comunicação, sob o

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 87.

¹² HONESKO. Vitor Hugo Nicastro. *Op. cit.*, p. 31.

¹³ AMANTINO, Antônio Kurtz. Democracia: A Conceção de Schumpeter. **Revista Teoria e Evidência Econômica**. Passo Fundo, v. 5, n. 10, p. 127-140, maio 1998.

pretexto de implantar reformas ditas sociais, aos poucos e bem ao estilo da Escola de Frankfurt, comecem a inculcar na população aspirações de cunho dito democrático, mas que de democráticas nada têm.

É exatamente neste contexto que entra em cena uma das vertentes mais importantes do Poder Judiciário, não só para materializar, mas também para preservar um efetivo Estado Democrático de Direito. Diz-se isto porque o Judiciário deve proceder como autêntico mediador das tensões junto aos demais poderes do Estado (Legislativo e Executivo), assim como em matérias de relevância política, econômica, social, cultural; vale dizer, sobre assuntos que perpassem por todo o Estado Democrático de Direito.

Com isso, o papel secundário do juiz, equidistante dos problemas sociais, acaba por ceder espaço a um Judiciário atuante e comprometido com os problemas sociais, voltado à garantia de direitos individuais e à concretização de direitos sociais. O Judiciário passa a ser sagaz observador dos acontecimentos sociais, sobretudo daqueles que possam arranhar o Estado Democrático. Sua função social lhe confere posição de legítimo Poder do Estado, nem mais, nem menos que os demais Poderes, e sim em harmonia, cooperação e com plena independência em relação a estes. Um *agente político*, na verdadeira acepção jurídica do termo, em condições de velar pelos valores, fundamentos e direitos que matizam o Estado Democrático de Direito.¹⁴

Vale notar que o Judiciário acaba por conferir vez e voz a todos que queiram exercer, gozar e ver respeitados seus direitos no âmbito social, independentemente de suas condições econômicas ou sociais, o que tem peso ímpar para se realizar uma genuína democracia. Afinal, democracia não se restringe a votar durante pleitos eleitorais. Democracia é muito mais do que a fórmula *one man, one vote* (*um homem, um voto*). Democracia importa em participação geral e ativa na vida pública por parte de toda a sociedade.

O exercício pleno da democracia não se limita a atender interesses da maioria. É preciso que minorias, por igual, possam participar do processo democrático; que sejam ouvidas e, sobretudo, tenham seus anseios considerados e direitos respeitados. Neste ponto o Judiciário desempenha relevante papel contramajoritário ao ampliar o debate social, assegurando voz às minorias, sem qualquer distinção.

¹⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? **Revista da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

De se lembrar que os direitos fundamentais não se direcionam apenas às maiorias, daí a assertiva de Dworkin que vislumbra certos direitos fundamentais como *trunfos* das minorias. Por conseguinte, cumpre ao Judiciário determinar a observância de tais direitos fundamentais nos casos em que estes sejam olvidados. Este aspecto, inequivocamente, é de suma importância ao processo democrático como um todo.¹⁵

A propósito, o papel de efetivação de direitos fundamentais pelo Judiciário, seja em prol de minorias ou não, tem ocorrido há algum tempo. Tem-se visto o Judiciário ser convocado a se pronunciar sobre assuntos que envolvem praticamente todas as esferas da sociedade, desde discriminação por cor, sexo ou idade até à criminalidade organizada, inclusive além de fronteiras entre países, caso do tráfico internacional de drogas, de armas e de pessoas; sobre atos de improbidade administrativa; sobre contratos de massa, em regra, repletos de cláusulas abusivas. Até sobre questões ligadas à bioética ou sobre matérias com reflexos diretos no desfecho de eleições para preenchimento de cargos eletivos públicos junto aos demais poderes.

Essa imersão do Judiciário para além dos litígios individuais não é episódio isolado em determinado país. Trata-se de fenômeno emergente em várias nações do mundo. No Canadá, a Corte máxima foi instada a decidir sobre a constitucionalidade da realização de testes de mísseis pelos EUA em território canadense. Nos Estados Unidos, as eleições entre George Bush e Al Gore foi definida pela Suprema Corte. Em Israel, a construção de um muro na fronteira com um território palestino foi objeto de discussão judicial.¹⁶ Na Alemanha, ainda na década de 1950, o Tribunal Constitucional determinou a dissolução de partidos neonazistas; e, na Guatemala, em 1993, a Corte Constitucional impediu golpe de Estado pretendido pelo então Presidente Jorge Serrano Elías.¹⁷

Tais exemplos confirmam a observação de Garapon: “No juiz, a sociedade não busca apenas o papel de árbitro ou de jurista, mas, igualmente, o pacificador de relações

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 296.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, v. 1, p. 389-406, 2010.

¹⁷ CARBONELL, Miguel. Los Guardianes de las Promesas. Poder Judicial y Democracia en México. **Revista Sistemas Judiciales**. México, n. 7, p. 25-43, jun. 2004.

sociais, implementador de políticas públicas e o agente de prevenção da delinquência”.¹⁸

Este é, pois, o tônus que deve marcar a atuação do Judiciário no Estado Democrático de Direito. Ou seja, mediador e realizador dos direitos fundamentais (individuais e sociais) e do próprio Estado Democrático de Direito, seja afiançando direitos individuais (prestações negativas), seja efetivando direitos sociais (prestações positivas).

Um exemplo pode deixar este papel social do Judiciário mais nítido. Em 1954, nos Estados Unidos, a Suprema Corte, sob a presidência do Chief Justice Earl Warren, no caso conhecido como *Brown v. Board of Education of Topeka* decidiu pôr termo à doutrina *separados, mas iguais* (*separate, but equal*), que permitia a segregação racial entre brancos e afro-americanos em escolas públicas. Para essa decisão, bastante polêmica na ocasião e alvo de críticas e manifestações sociais, a favor e contra, a Suprema Corte tomou por base o princípio da igualdade, previsto na Constituição Americana após a 14ª (décima quarta) Emenda (1868), e assentou entendimento de que estudantes negros e brancos deveriam frequentar instituições de ensino em idênticas condições, e não mais ocupando espaços separados.

Referida decisão pode ser considerada como marco nos direitos fundamentais em prol dos ideais democráticos inseridos na Constituição. Mas não é só. O caso *Brown* ainda teve o mérito de rever posicionamento anterior da mesma Suprema Corte que havia se manifestado em direção oposta no caso *Plessy vs. Ferguson*, julgado em 1896. Neste último, a Corte, por 7 (sete) votos contra 1 (um), havia reconhecido a constitucionalidade de leis estaduais que adotavam a segregação racial, o que se dava em especial nas empresas ferroviárias, com base na mesma 14ª Emenda.

Esses julgados confirmam que o processo democrático, dinâmico por excelência, exige exame contínuo dos rumos sociais. Manifesta-se na busca por mudanças em prol da sociedade. Neste ponto, o Judiciário tem se revelado cada vez mais como importante interlocutor e transformador da realidade em consonância com os valores e fundamentos que delineiam o Estado Democrático de Direito, mesmo para rever seus próprios posicionamentos anteriores se estes não mais retratarem as aspirações e valores contemporâneos, como visto nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos.

¹⁸ GARAPON, Antoine. **Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie**. Paris: Odile Jacob, 1996, p. 20.

Cabe acentuar, por outro lado, que nesta empreitada não é conferido ao Judiciário o direito de *sponte propria* assumir iniciativas típicas do Poder Executivo, a quem compete realizar políticas públicas; ou do Poder Legislativo, a quem cumpre editar comandos normativos vinculativos para esse objetivo. A atuação do Poder Judiciário deve consistir em, após ser provocado por quem acorrer às suas portas, checar se estão sendo cumpridos os mandamentos e imperativos constitucionais específicos sobre o tema em pauta. Em caso negativo, isto é, caso constate a omissão dos demais poderes – do Legislativo em legislar; do Executivo em realizar – compete ao Judiciário determinar que se *dê vida* ao programa Constitucional, e, assim o fazendo, contribuir para a plena materialização do Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, não se está aqui a defender uma supremacia do Poder Judiciário, tampouco a ausência de limites em sua atuação. Os limites existem e toda forma de excesso de poder, seja na concentração formal, seja no modo de exercício, revela-se antidemocrático. Tampouco se está a dizer que o Judiciário seja a solução para todos os problemas sociais; não é. O que se defende é que o Judiciário, de fato, cumpra seu papel, sua função social, contribuindo para emergência de um real Estado Democrático de Direito, e não meramente formal e encolhido diante de interesses pontuais.

Em síntese, o Judiciário não deve ser a *boca da lei*; deve ser a *boca* que dá voz, força e vida à Constituição, seja para assegurar direitos, seja para determinar a quem quer que seja o cumprimento dos programas sociais previstos. Isto também é democracia e o Judiciário tem papel singular em sua manutenção e efetivação.

CONCLUSÃO

O que motivou a separação dos Poderes foi, em linhas gerais, a edificação de um sistema que, ao mesmo tempo, gerisse e fiscalizasse a si próprio. É o chamado sistema de *freios e contrapesos*. Buscava-se, a partir de modelos iluministas, prevenir e coibir o arbítrio das Monarquias Absolutistas. Por conta disto, juntamente com a separação de poderes, foi estabelecida a necessidade de uma Constituição, a qual deveria não só firmar a função típica de cada Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas também prever direitos de liberdade (1ª geração ou dimensão).

A burguesia contribuiu de modo expressivo para a implantação desse modelo, movida por seus interesses, em especial de natureza econômica. Entretanto, a ideia de Estado Mínimo, preconizada pelo Liberalismo Econômico, não conduziu à justiça social. Pelo contrário, o que se viu, muitas vezes, foi a exploração do mais fraco pelo mais forte. Em consequência, foi preciso a edição de novos direitos, estabelecendo prestações positivas do Estado; são os chamados direitos sociais (2ª geração ou dimensão).

Neste novo modelo, o Judiciário passou a desempenhar papel social relevante no equilíbrio da democracia, sobretudo ao consumir as promessas constitucionais descumpridas. Longe de ser mera *boca da lei*, como originalmente idealizado, o Judiciário assume peso fundamental na manutenção e efetivação do Estado Democrático de Direito.

O Judiciário passou a ser palco institucional para medir, checar, vigiar e, sobretudo, fazer cumprir os direitos fundamentais elencados na Constituição.

O Judiciário confere vez e voz ao cidadão para garantir e implementar direitos. Nesta conformação, preserva e concretiza a democracia, fiando-se, para este desiderato, nos referenciais, fundamentos e valores presentes na Constituição. Aqui reside sua lídima função social. Aqui está sua autêntica legitimidade democrática.

REFERÊNCIAS

AMANTINO, Antônio Kurtz. Democracia: A Concepção de Schumpeter. **Revista Teoria e Evidência Econômica**. Passo Fundo, v. 5, n. 10, p. 127-140, maio 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, v. 1, p. 389-406, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 59.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARBONELL, Miguel. Los Guardianes de las Promesas. Poder Judicial y Democracia en México. **Revista Sistemas Judiciales**. México, n. 7, p. 25-43, jun. 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13ª ed. São Paulo: Ática, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos. Da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? **Revista da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

GARAPON, Antoine. **Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie**. Paris: Odile Jacob, 1996.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. O Estado de Exceção e a Crise da Democracia Brasileira. **Unopar Científica: ciências jurídicas e empresariais**. Londrina, v. 6, n. 1, p. 31-37, mar. 2005.

MONTESQUIEU. **L'Esprit des lois**. 1748. Paris: Classiques Garnier, 1973.

POP, Carlyle. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Liberdade Negocial – Proteção Contratual no Direito Brasileiro. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social**. Paris: Gallimard, 1964.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.