

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DEMOCRACIA E FUNÇÃO JURISDICIONAL

Des. Werson Franco Rego

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Diretor do Instituto Nêmesis de Estudos Avançados em Direito e do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon. Cursou Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad del Museo Social Argentino – UMSA (Buenos Aires). Doutorando em Justiça Administrativa, área de concentração Relações Econômicas, na Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra – Portugal, do Instituto Ibero-Americano de Direito Público e do Instituto Iberoamericano de Direito do Consumidor.

Recebido em: 25/02/2019

Aprovado em: 03/08/2020 e 12/08/2020

RESUMO: O presente artigo objetiva pontuar o papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, notadamente em tempos de incertezas políticas, econômicas e sociais, momentos em que a sociedade a ele mais recorre, na busca da concretização das promessas constitucionais. Parte da evolução do papel do Estado na sociedade, desde a Revolução Francesa até os dias atuais, com breves referências às gerações dos direitos, e às doutrinas positivistas e pós-positivistas. Faz a distinção entre o fenômeno da judicialização e a postura ativista dos magistrados, para concluir, ao final, pela necessidade da compreensão por todos de que, em uma democracia, os poderes são harmônicos e independentes, cabendo ao magistrado entender que o ato de julgar não é um ato de vontade, mas de conhecimento, no exercício de uma função de Estado, que lhe impõe uma interpretação sistemática e harmônica da Constituição e das leis do país, em nome das quais deve atuar, sem olvidar a deferência necessária à atuação dos demais Poderes da República, nos limites de suas atribuições constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Democracia. Poder Judiciário. Função Jurisdicional. Judicialização. Segurança jurídica. Protagonismo judicial.

ABSTRACT: This article aims to highlight the role of the Judiciary in a Democratic State of Law, especially in times of political, economic and social uncertainties, moments in which society most seeks the Judiciary searching for concretization of constitutional promises. It begins with the evolution of the role of the State in society, from the French Revolution to the present day, with brief references to generations of rights, and to positivist and post-positivist doctrines. It distinguishes between the phenomenon of judicialization and the activist posture of the magistrates to conclude, in the end, by the need for everyone to understand that in a democracy, powers are harmonic and independent of each other, and it is upon the magistrate to understand that the act of judging is not an act of will, but knowledge, in the exercise of a State function, which imposes on it a systematic and harmonious interpretation of the Constitution and the laws of the country, in the name of which it must act, without forgetting the deference necessary to the performance of the others Powers of the Republic, within the limits of their constitutional attributions.

KEYWORDS: Democratic State of Law. Democracy. Judicial power. Jurisdictional Function. Judiciary. Legal certainty. Judicial protagonism.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. DA REVOLUÇÃO FRANCESA AOS DIAS ATUAIS

O Estado Absolutista, organizado sob os moldes monárquicos, surge no processo de formação do Estado Moderno e pode ser definido como o modelo de governo em que todo o poder e autoridade estão concentrados na mão do rei. Nesse tipo de governo, o rei está totalmente identificado com o Estado. As correntes que defendem o Estado Absolutista são embasadas nas doutrinas da soberania do Estado e no absolutismo do direito divino. Não havia restrição aos poderes do rei, que lhe eram concedidos por Deus, e sua autoridade era ilimitada. Aos súditos, nenhum direito era reconhecido.

A Revolução Francesa assinalou o fim do Estado Absoluto e o surgimento do Estado Liberal, juntamente com os chamados direitos fundamentais de primeira geração (classificados por Jellinek como *direitos de defesa*), visando, primordialmente, à tutela jurídica do valor “liberdade”.

Para Marcelo Novelino (2014, p. 223):

Os direitos de defesa caracterizam-se por exigir do Estado, preponderantemente, um dever de abstenção, caráter negativo, no sentido de impedir a ingerência na autonomia dos indivíduos. São direitos que limitam o poder estatal com o intuito de preservar as liberdades individuais, impondo-lhe o dever de não interferir, não intrometer, não reprimir e não censurar.

Iniciava-se um período de acentuado individualismo jurídico, garantido por um modelo de Estado não intervencionista. O excesso de liberdade, todavia, aprofundou as desigualdades sociais, a demandar novas mudanças. Surgiu, então, o Estado Social, juntamente com os direitos fundamentais de segunda geração (sociais, econômicos e culturais, classificados por Jellinek como *direitos prestacionais*).

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social decorreu da necessidade de superação do individualismo exacerbado, gerador de profundas iniquidades, e diante da preocupação com a tutela do valor “igualdade”. A intervenção do Estado é, assim, uma das características marcantes desse modelo, realçando Novelino (2014, p. 223) que os direitos prestacionais

Possuem um caráter essencialmente positivo, impondo ao Estado o dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos, seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou garantia das condições de fruição desses bens. Englobam o direito a prestação materiais e jurídicas.

As doutrinas *welfaristas*, voltadas para o bem-estar social, também levadas ao extremo, resultaram no cerceamento de liberdades individuais.

A reação neoliberal não tardou e fez surgir um novo modelo de Estado - o Estado Democrático. Diferentemente dos anteriores, que rompiam inteiramente com os modelos precedentes, o Estado Democrático seria uma evolução normativa do Estado Social, vale dizer, mantivera-se a preocupação com o bem-estar social, sem que, para tal fim, se exigisse o sacrifício das liberdades socioeconômicas.

O Estado Democrático tem perfil intervencionista moderado e visa à garantia dos chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, classificados por Jellinek como *direitos de participação*.

Os direitos de participação são aqueles ligados à fraternidade, à solidariedade, e surgiram para tentar atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e as subdesenvolvidas, por meio da colaboração dos países ricos com os países pobres (NOVELINO, 2014, p. 229), garantindo a participação de cada cidadão na formação da vontade política da comunidade.

A intervenção estatal, portanto, só se legitima naquelas situações em que necessária ao estabelecimento e/ou restabelecimento do equilíbrio inexistente e/ou rompido, notadamente em favor dos vulneráveis. No entanto, não está isenta de limites, que são ditados pelo Direito. Donde se conclui que a intervenção estatal só se legitima se e quando necessária e na forma da lei. Eis aí a essência do Estado Democrático de Direito.

Essas breves noções gerais são importantes porque delas resulta a exata compreensão do papel do Poder Judiciário nos diversos modelos de Estado. Senão, vejamos.

No Estado Liberal, sob a doutrina do Positivismo Jurídico, “justo” era o legalmente convencionado entre as partes, devendo o Estado manter uma postura de neutralidade em relação ao conteúdo das avenças, que tinham efeito vinculante e obrigatório entre aquelas, sendo relativos os efeitos quanto a terceiros. O juiz era apenas “a boca da lei”.

Já o Estado Democrático de Direito, sob a influência das doutrinas pós-positivistas, confere liberdade interpretativa ao julgador, de quem se exige um engajamento com a realidade socioeconômica e uma avaliação

axiológica dos conflitos de interesses. É admissível a intervenção no domínio privado e a análise do conteúdo das avenças, desde que tenha por objetivo a coibição dos abusos das posições de vantagem contratual e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos negócios jurídicos.

O paradigma do modelo liberal (da lei geral, universal, do juiz automático, “boca da lei”) é ultrapassado, seguindo-se o que fortalece a posição hermenêutica do julgador, que tem a responsabilidade de dar concretude a conceitos jurídicos indeterminados e a cláusulas gerais.

Não se olvide, entretanto, que o ato de julgar não pode ser considerado um ato de vontade, ideológico, subjetivo. Muito ao contrário, deve ser visto como um ato de conhecimento, de exegese, objetivo, tendo por referencial o Direito. Dessa forma, se é certo que o juiz não mais pode ser tido como um “servo” da lei, não menos certo é que continua a ser um “servidor” da lei e em função dela existe.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DEMOCRACIA

A Constituição de 1988, em seu “Preâmbulo”, se refere à instituição de um Estado Democrático:

Destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Adiante, em seu art. 2º, faz referência aos Poderes da República, afirmando e garantindo a harmonia e independência entre si do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Portanto, no Estado Democrático, à luz da nossa Carta Maior, cada Poder da República deve exercer uma função específica, nos moldes e limites constitucionais que lhes foram delineados. Não é dado a qualquer um deles invadir e usurpar a esfera de atribuição constitucional dos demais.

Ilustrativamente, pode-se afirmar que o Poder Legislativo olha para o futuro, elaborando - por iniciativa própria e/ou por iniciativa externa - as leis gerais e abstratas que regerão os aspectos institucionais, políticos, econômicos e sociais do país. O Poder Executivo, a seu turno, atua no presente, observando e cumprindo, no que lhe diz respeito, a legislação vigente, praticando atos administrativos ou de governo. O Poder Judiciário, finalmente, tem olhar retrospectivo, afirmando a constitucionalidade e a legalidade (ou não) de condutas anteriores ao pronunciamento judicial e a conformidade destas (ou não) ao ordenamento jurídico nacional¹, abstendo-se de criar

¹ “O Legislativo deveria ter a função de cuidar do futuro; o Executivo, do presente; e o Judiciário, do passado. Mas, o que nós assistimos neste início de Século XXI, é que o Legislativo não cuida mais do futuro; o Executivo é o formulador do futuro; e os conflitos e impasses sobre os quais o Legislativo não consegue formar maioria são judicializados. Com isso, o presente é colocado nas mãos do Judiciário”, declarou o Ministro Dias Toffoli durante a IX Reunião da Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional, realizada em Cádiz, Espanha, entre os dias 16 e 19 de maio de 2012 (in http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=209398, acessado em 20 de dezembro de 2016). Mais recentemente (maio de 2016), durante o XXVIII Fórum Nacional do Instituto Nacional de Altos Estudos - INAE, organizado pelo ex-Ministro Reis Velloso, o mesmo Ministro Dias Toffoli criticou o que classificou como “transferência das decisões do poder eleito para a tecnocracia judicial”. Segundo ele, o procedimento de se levar cada vez mais questões ao Judiciário tem que ser revisto: “Tudo isso é grave. Não podemos apostar que o Judiciário é a solução de todos os problemas. O Judiciário tem que cuidar do passado. E estão nos pedindo para cuidar do presente e do futuro. Quem tem que cuidar do presente é quem está no Executivo. Quem tem que cuidar do futuro é o Legislativo — afirmou. — Se o Judiciário quiser cuidar do futuro vai quebrar a cara, porque o balcão vai mudar de lugar” (in <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2016/05/dias-toffoli-critica-transferencia-de-decisoes-politicas-para-o-judiciario-5803425.html>, acessado dia 20 de dezembro de 2016).

disposições jurídicas gerais e abstratas e/ou de pretender executar políticas de governo.

Logo, não há margem para dúvidas de que um dos principais pilares sobre o qual se estrutura o Estado Democrático é, justamente, o que impõe o respeito aos limites constitucionais de atuação de cada um dos Poderes da República.

Intimamente relacionada ao que acima se afirma está a noção de democracia.

Afirma Norberto Bobbio (2000, p. 22) que o regime democrático é “um conjunto de regras de procedimentos para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”.

Uma das características básicas da democracia é o direito da maioria de influir na adoção daquelas regras que serão obrigatórias para todos - inclusive e especialmente, para o próprio Estado.

“*Por isto*” - ainda com Bobbio - (2000, p. 30):

Para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.

A Carta Constitucional, no Estado Democrático de Direito, é o instrumento básico de segurança jurídica, estabelecedor das regras que definem quem tomará as decisões coletivas em nome da sociedade e quais procedimentos deverão ser observados.

Entenda-se que a democracia representativa é verdadeira conquista do Estado Democrático de Direito. O povo democraticamente elege seus representantes, outorgando-lhes mandato para elaboração das leis que, ao entrarem em vigor, traduzem a vontade do povo e, por essa razão, são de

observância obrigatória para toda e qualquer autoridade. Nenhuma autoridade está acima da lei, nem desobrigada de cumprir seus preceitos.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA

Caminham juntos justiça e segurança jurídica. Se formos à Constituição Federal, vamos constatar a referência à segurança jurídica – referência simplesmente pedagógica, porque ínsita a um Estado que se diga democrático de direito – em dois artigos – 5º e 6º –, a versarem, também à liberdade, à igualdade, à propriedade, à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência social e à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência dos desamparados, tudo a ocorrer, pelo menos é a proclamação que percebemos, nos moldes da Carta da República. (MELLO, 2011, p. 54)

Segurança jurídica é, na feliz expressão de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 384), “uma das vigas mestras da ordem jurídica”. Daí, quanto mais se empenha a sociedade pela construção de um Estado Democrático de Direito pleno, mais sobressai a sua importância.

A Constituição Federal refere-se à segurança como valor fundamental. Retornando ao seu Preâmbulo, está consignado que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988)

Já no art. 5º, iniciando o TÍTULO II (DOS DIREITOS e GARANTIAS FUNDAMENTAIS), CAPÍTULO I (DOS DIREITOS e DEVERES INDIVIDUAIS e COLETIVOS), dispõe a Constituição que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988)

E, em seu art. 6º, estabelece que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Marco Aurélio Mello (2011, p. 54), no discurso sobre *Segurança Jurídica* que inaugura o tópico, formula a seguinte indagação: “Qual é a natureza jurídica da segurança versada nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal?”

E, em seguida, responde:

Encerra ela princípio, e sabemos que os princípios têm tríplice missão: a de informar o legislador na elaboração das leis, a interpretativa, quanto à atividade dos operadores do Direito, e a normativa. A segurança jurídica – não canso de ressaltar – visa evitar que venhamos a viver a sobressaltos, a solavancos, e viabiliza a mais não poder, a paz social.

Percebe-se, assim, que a Constituição reconhece pelo menos três tipos de segurança jurídica: a segurança como valor fundamental; a segurança como garantia e proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social². (SILVA, 2004, p. 17)

² As ideias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. Mas é o valor do justo que deve merecer a primazia, porque o direito, especialmente o direito constitucional, há de ser o meio de sua realização. A segurança, a ordem e a certeza há de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição

Dessa forma, nenhuma dúvida tenho ao afirmar que a segurança jurídica é, essencialmente, um valor fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito, do mesmo modo que assim o é o conceito de Justiça, ainda que, em diversos momentos, desempenhe importante função de “sobreprincípio”. (MEIRELLES, 2002, p. 384)

Valho-me dos ensinamentos de Thiago Rodovalho (2012, p. 291), que, discorrendo sobre o Princípio do Estado Democrático de Direito e a segurança jurídica, assim se pronuncia:

Em sendo a República brasileira um Estado Constitucional, justamente por conjugar os Estados de Direito, Democrático e Social, ela traz em si, ínsita, o Princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*), que é um princípio constitutivo que tem natureza material, procedimental e formal ‘*material-verfahrenmassiges Formprinzip*’ (CANOTILHO, 2003, p. 243), que não se esgota definido na Constituição, funcionando, assim, com verdadeira cláusula geral ‘*Generalklausel*’. (HÄBERLE, 2007, p. 360)

O Princípio do Estado de Direito (Democrático) tem como componente essencial, como consignam Canotilho e Vital Moreira, a garantia dos direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias fundamentais, entre eles, a segurança jurídica) [dimensão garantista ou defensiva] (NOVAIS, 2011, p. 49) o que implica ao Estado (no caso, o Estado brasileiro) não apenas uma atitude abstencionista (passividade, de não ingerência), mas sim, e especialmente, impondo-lhe um verdadeiro dever de garantir e de os fazer observar por todos ‘postura ativa, atitude positiva’. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 277)

Esse Princípio do Estado de Direito tem subprincípios concretizadores, entre os quais, interessa-nos de perto para

social. Sem essa ideia de justiça e segurança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada.

esse estudo, o princípio da segurança jurídica. (CANOTILHO, 2003, p. 256; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 533)³

Nesse contexto, o princípio da segurança jurídica não só é elemento essencial do Princípio do Estado de Direito, como, em verdade, consubstancia-se em elemento constitutivo do próprio Estado de Direito, sem o qual, dele, Estado de Direito, não se pode falar (CANOTILHO, 2003, p. 257; NERY JUNIOR, NERY, 2009, p. 146; ALVIM WAMBIER, 2008, p. 30). A esse respeito, como pontua Jorge Reis Novais, a segurança jurídica é “princípio essencial na Constituição material do Estado de Direito, imprescindível como é, aos particulares, para a necessária estabilidade, autonomia e segurança na organização dos seus próprios planos de vida”, razão pela qual, desde os primórdios das revoluções liberais, a luta pela Constituição e pelo estado de Direito era também uma luta pela segurança jurídica. (NOVAIS, 2011, p. 261; OÑATE, 1953, p. 73; NOGUEIRA, 1955, p. 109)

E, nesse sentido, a nossa CF, em diversas importantes passagens, refere-se justamente à segurança jurídica, desvelando seu valor para o Estado brasileiro, com preceito fundante de nossa República.

Marinoni (2012, p. 431), por sua vez, sustenta que a segurança jurídica, na Constituição, assumiria as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental.

Traz à colação lição de *Ingo Sarlet* (2006, p. 11), que liga a segurança jurídica à noção de dignidade da pessoa humana, ao proclamar:

³ Sobre *segurança jurídica*, v., amplamente, a obra essencial de Theophilo Cavalcanti Filho, que lhe valeu a livre-docência, CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964, passim; e o discurso proferido por Laudelino Lavilla Alsina, em sua admissão como acadêmico na prestigiosa Real Academia de Jurisprudência y Legislacion. *Seguridad juridica y funcion del derecho (discurso leído el día 8 de febrero de 1999 en su recepción pública como acedemico de numero, por el Excmo. Sr. D. Laudelino Lavilla Alsina y contestacion del Excmo. Sr. D. Eduardo Garcia de Enterría y Martínez-Carande)*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion, 1999, passim.

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem com a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada a própria noção de dignidade da pessoa humana. [...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Todas as citações anteriores descortinam a importância da segurança jurídica para todo o arcabouço jurídico brasileiro, a partir da própria Constituição, fato para o qual deve atentar o Poder Judiciário.

Para Jürgen Habermas (2003, p. 245), “a tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”. À medida que a sociedade se torna mais complexa, maior a necessidade de estabilização das expectativas.

Assim, para Niklas Luhmann (1983, p. 109), segurança jurídica seria mais do que apenas um dos princípios do Estado de Direito, mas a própria função estabilizadora do Direito.

É possível afirmar, com alto grau de precisão, não haver paz ou estabilidade social sem segurança jurídica, que é um dos seus fundamentos, e que existe para que a justiça, finalidade maior do Direito, se concretize.

Entretanto, conciliar segurança jurídica e correção das decisões tem sido um dos maiores desafios do pensamento jurídico contemporâneo –

notadamente no que respeita à interpretação jurídica⁴. Em larga escala, magistrados estão decidindo movidos por ideologias pessoais, “de acordo com suas consciências”. Nada poderia ser mais temerário, a nosso sentir, com todas as vênias devidas, pois leva o Poder Judiciário à emissão de indesejáveis e intermináveis pronunciamentos contraditórios – o que vem sendo denominado “jurisprudência lotérica”, “justiça lotérica” ou “loteria judiciária”.

Miguel Reale (1996), em seu aclamado e respeitado *Filosofia do Direito*, discorrendo acerca da obrigatoriedade ou vigência do Direito, afirma que a ideia de justiça está intimamente ligada à ideia de ordem. Ensina-nos que no próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético, concluindo que em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito.

A segurança jurídica é o que confere aos indivíduos a garantia constitucional necessária para o desenvolvimento de suas relações sociais, tendo, no Direito, a certeza das consequências dos atos praticados.

Desse entendimento não discrepa Marinoni (2012, p. 431), ao afirmar:

Vista [a segurança jurídica] como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’.

Canotilho (2003, p. 371) nos ensina que a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos Poderes Públicos, uma vez realizadas:

[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

⁴ Sobre este ponto, imprescindível a leitura das obras de Lenio Streck: *Hermenêutica jurídica e(m) crise* (2009) e *Verdade e consenso* (2009).

E arremata:

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis *claras e* densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.

Diversa não é, finalmente, a posição de Mauro Nicolau Junior (2006, p. 21), ao sentenciar que:

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídica válidas e eficazes.

4. FUNÇÃO JURISDICIONAL E PROTAGONISMO JUDICIAL

O Estado Democrático de Direito tem perfil promovedor e transformador, vale dizer, ainda que assegure o exercício dos direitos, das garantias e das liberdades individuais e econômicas, também pode intervir, quando necessário, notadamente para dar concretude a direitos fundamentais e para preservar o equilíbrio e a harmonia nas relações econômicas.

A entrada de tribunais na arena política é o que se convencionou chamar de politização do Judiciário. Esse fenômeno encontra a sua gênese no descompromisso dos representantes do povo, eleitos nos Poderes Executivo e Legislativo, com as promessas constitucionais que simbolizam as aspirações da sociedade em geral, do que resultaria a ineficácia do sistema democrático. Assim, deve ser examinado com especial cuidado e muita atenção.

Não é demasiado insistir que o Estado Democrático de Direito pressupõe uma estrutura composta pelas funções legislativa, executiva e juris-

dicional, todas elas com atribuições bem delineadas no texto constitucional. Logo, as atuações dos Poderes da República devem ser harmônicas e coerentes com os mandamentos constitucionais, não se podendo cogitar democracia sem a estrita observância do princípio da separação de poderes.

Sem embargo, o desamparo ao qual é relegado o povo pelos representantes eleitos nos Poderes Legislativo e Executivo impõe aos cidadãos o recurso ao Judiciário para ver satisfeitas suas pretensões - o que denominamos judicialização da política -, elevando-o a uma posição de protagonista, em uma cena da qual não faz parte, o que ameaça o equilíbrio e a harmonia entre os poderes e, em síntese, a estabilidade da democracia.

Não se controverte o fato de que o Estado Democrático de Direito exige um Poder Judiciário autônomo, forte, independente, não apenas para preservar e garantir as normas constitucionais e infraconstitucionais, senão, também, para fiscalizar a observância e o cumprimento das mesmas pelos demais poderes.

A reação primeira de grande parte dos analistas do fenômeno da judicialização da política foi de certo encantamento com a possibilidade de que as promessas realizadas pelas Constituições, e não cumpridas por parlamentos e executivos, pudessem vir a ser implementadas por magistrados. Tal, porém, não se sustenta. Não há na Carta Maior qualquer norma que permita ao Poder Judiciário a auto-outorga das atribuições estabelecidas para os Poderes Legislativo e Executivo. Vale dizer, a Constituição regula os Poderes da República e as suas respectivas funções, mas não pode ser afetada por eles. Institui e também limita as suas atribuições.

Lenio Streck (2009, p. 65) observa que:

O século XX foi generoso para com o Direito e a Filosofia. No Direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático

de Direito agrega um plus (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o welfare state não passou de um simulacro.

Nesse novo paradigma, o Direito assume um elevado grau de autonomia frente à política, isto é, a (quase) plenipotenciabilidade da política produziu um elevado deficit de direitos fundamentais. Essa circunstância engendrou a construção de um novo modelo de Direito e de Estado. [...] a Constituição passou a ser um modo de concretização de direito, o que representou, em outras palavras, “fazer democracia através do Direito”. A Constituição passou a ser estatuto jurídico do político, com acentuado grau de dirigismo.

Percebe-se que dificuldades adicionais foram carreadas aos magistrados para realizar seu papel constitucional dentro do cenário democrático de direito: a responsabilidade de resgatar as promessas da modernidade, dando concretude aos valores e direitos fundamentais, bem se desincumbindo de seus mandatos constitucionais, mas tomando o cuidado de não invadirem de maneira imprópria o campo da política.

A **questão central** a ser enfrentada, pois, é a seguinte: até que ponto pode o magistrado se substituir às autoridades legislativas, diante das opções brasileiras pelo Estado Democrático de Direito?

Não existem respostas simples para problemas complexos. Múltiplos são os desafios enfrentados pelo julgador em seu cotidiano e, no que tem pertinência à indagação formulada, realçamos: 1) a busca do ideal de Justiça; 2) a proteção jurídica dos vulneráveis; 3) a concretização de direitos fundamentais.

Harmonizar as liberdades e garantias individuais e econômicas com a proteção dos vulneráveis e a concretização dos direitos fundamentais à luz dos interesses sociais é procedimento amplo e bastante complexo, exigindo do julgador muito mais do que a simples visão positivista de subsunção

do fato à norma jurídica. Exigem-se conhecimentos filosóficos acerca da aplicação da Constituição e de sua própria função constitucional. O texto legal seria, assim, apenas o ponto por onde se inicia a metódica complexa de concretização constitucional. (MÜLLER, 2000, p. 51-54)

Ademais, convém explicitar que nem tudo se resume ao conhecimento do Direito. A complexidade das multifacetárias relações sociais e econômicas exige do magistrado contemporâneo conhecimentos enciclopédicos que, por evidente, não detém. De sorte que desconsiderar os efeitos políticos, sociais e econômicos de uma decisão judicial pode representar um sério risco para toda a sociedade. E mesmo a correta aplicação do Direito não é algo fácil.

As doutrinas pós-positivistas sustentam que as normas jurídicas podem se dar tanto sob a forma de regras jurídicas, quanto sob a forma de princípios. Trabalham a interpretação principiológica de textos legais. Acredita-se, com boa dose de razão, que essa leitura principiológica, carregada de normatividade e dotada de forte conteúdo axiológico, possa ser um avanço à abertura do sistema, tanto quanto o são os limites substanciais impostos pelos direitos fundamentais (individuais ou sociais). Por outro lado, provoca, com a mesma boa dose de razão, apreensão ou mesmo temores com o alagamento, em tese, da discricionariedade judicial, especialmente diante dos dilemas que suscita, visto que as Constituições contêm valores, abrindo-se para conteúdos morais.

Assim, com a superação do pensamento positivista, o pronunciamento judicial passa a contar com os princípios e com sua carga axiológica para a interpretação e para a aplicação do Direito. Essa abertura do sistema às questões principiológicas conduz à maior incidência de conceitos da filosofia moral e política, refletida na decisão judicial de casos difíceis, especialmente em decorrência da posituação dos direitos humanos.

Daí, ser imprescindível a redução dos espaços de subjetivismos, de incertezas e de insegurança dessas decisões, o que reacende a discussão sobre a existência ou não de limites à discricionariedade do julgador⁵.

⁵ Edinilson Donizete Machado (cit., p. 36) refere que, na teoria do Direito de Ronald Dworkin, são identificadas três distinções para o termo "discricionariedade": A primeira, é quanto à aplicação, por funcionários, de critérios

O magistrado não pode desconsiderar, ainda que supostamente para o bem da sociedade, que o processo legislativo, em suas mais variadas etapas, ponderou uma série de dados e de estudos que a ele não estão disponíveis, no momento de prolatar sua decisão. Assim, um pronunciamento judicial que desconsidere a lei, a propósito de proteger uma das partes, é causa não apenas de insegurança na ordem jurídica, como também é capaz de produzir reflexos tão nefastos que acabarão por prejudicar todo um determinado setor.

Clarissa Braga Mendes (2012, p. 17), analisando o problema da conciliação da correção das decisões com a segurança jurídica, ensina que:

Confrontando tal raciocínio [divergência de interpretações acerca de textos jurídicos] com a afirmação de Dworkin acerca dos cânones interpretativos, é possível concluir que, em uma sociedade moderna, os cânones hermenêuticos refletem valores plúrimos, tal qual a complexidade desta sociedade, e que, portanto, o conjunto de princípios deixa de apresentar um norte unidirecional para representar uma série de vetores conflitantes, já que cada um passará a proteger direitos de conteúdo incompatível. Tais princípios convivem em um ordenamento quando não são postos “em ação” pelo caso concreto; mas, quando são chamados a resolver um caso difícil, precisam de esforço hermenêutico para serem harmonizados, de um modo que nenhum exclua o oposto, sendo este o único modo de admitir a sua convivência no mesmo ordenamento jurídico.

Com efeito, não pode o magistrado, simplesmente, se deixar conduzir pelo espírito de humanidade benevolente que notabilizou o “bom juiz” Magnaud. É preciso agir com a responsabilidade que a função jurisdicional lhe impõe⁶.

estabelecidos por uma autoridade superior, ou na escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”. A segunda acepção é relacionada à ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas primeiras distinções são, para Dworkin, discricionariedade em sentido fraco. E prossegue (cit., p. 36-37): A terceira distinção para discricionariedade é aquela em sentido forte, que implica na ausência de quaisquer padrões derivados da autoridade da lei (Dworkin, 2002, p. 55), ou seja, a ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz, para que decida de determinada forma. Tal constatação leva à conclusão de que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas.

⁶ Despiciendo dizer que as decisões judiciais devem sempre ser por princípios e não por política (no sentido de

É imperioso insistir e recordar que o pronunciamento judicial não pode ser um ATO DE ESCOLHA, UM ATO DE VONTADE ou um ATO TELEOLÓGICO (“decido, depois fundamento”). Deve ser um ATO DE CONHECIMENTO, em cumprimento de uma função estatal.

O Estado tem o DEVER de assegurar o exercício do DIREITO FUNDAMENTAL à segurança, cuja tutela se dá mediante prestações fáticas e normativas, a iniciar pelo imperativo respeito ao art. 2º da Constituição da República, que cuida da independência e da harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para além disso, o magistrado tem o dever (a responsabilidade) de observar os reflexos de sua decisão na esfera econômica, porquanto esse julgamento pode influenciar uma série de fatores que facilitarão ou não novas contratações e a circulação da riqueza.

É certo que o magistrado não é neutro e, em seus julgamentos, tende a aproximar sua decisão de suas próprias convicções. A neutralidade do magistrado é, pois, uma ficção do Direito. Entretanto, exige-se que o mesmo seja imparcial e que decida sem conceitos ou juízos de valor preconcebidos, em benefício (ou em prejuízo) de quem quer que seja. Não se pode desconhecer que o ato decisório é, também, uma declaração política, que permite ao examinador identificar em qual lado do espectro ideológico aquele julgador se encontra. Entretanto, não importa se a visão do julgador tem conteúdo mais social do que econômico ou o contrário; num caso ou noutro há que se buscar conter o seu subjetivismo, e é justamente para isso que serve a lei.

A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar toda a economia de um país. Reduzir o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais é, pois, contribuir para a maior estabilidade do marco institucional.

Essa responsabilidade é exclusiva do Poder Judiciário, que deve buscar, incessantemente, autoconter-se. Poucos, no entanto, percebem a relevância

que fala Dworkin e desenvolve Streck, em *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012).

e a dimensão da questão, pois, bem verdade, acostumamo-nos a examinar os litígios em sua individualidade, sem nos preocuparmos com os efeitos macroinstitucionais que os cercam.

5. CONCLUSÃO

A segurança jurídica depende da obrigatoriedade do Direito. O protagonismo judicial que transcende os limites impostos pela própria Constituição, sem dúvida alguma, trará muito maior insegurança do que certeza ao Direito. As consequências negativas disso são compartilhadas entre todos nós, comprometendo a concretude de nossos direitos igualmente fundamentais. Não é essa a função do Direito. Não é assim que se faz Justiça.

A magistratura deve ser sensível às celeumas sociais e interpretar o direito vigente visando, tanto quanto possível, a concretização dos direitos fundamentais, respeitados os limites dos poderes constitucionalmente embasados e socialmente legitimados que detém, sem se olvidar de que não existem direitos absolutos e que somente deve interferir em atos de outros poderes para corrigir distorções e abusos.

Michael Sandel (2011, p. 323) observa que atualmente as discussões políticas versam sobre bem-estar e liberdade – desenvolvimento econômico e respeito aos direitos do indivíduo. Propõe o que chama de política do bem comum, vale dizer, se uma sociedade justa demanda sentimento de comunidade, necessita, antes, descobrir uma forma de cativar nos cidadãos uma preocupação e dedicação ao todo, ao bem comum.

Não pode haver indiferença “aos hábitos do coração que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções da boa vida puramente egoístas e cultivar a virtude cívica”.

É imperativo, novamente com Sandel (2011, p. 328), “o cultivo do hábito da solidariedade e do senso de comunidade, dos quais depende a cidadania democrática”. A escolha pelo coletivo, não raro, importará em perdas individuais, sendo a recíproca igualmente verdadeira. Daí a exigência da certeza dos objetivos colimados. Há que se ter uma visão global, do todo.

Há que se diferenciar direito de privilégio. Dar a alguém o que não for seu por direito é benesse, privilégio. Isso tem um alto custo, que será suportado por todo o conjunto da sociedade. É preciso acabar com privilégios.

A preocupação do julgador deve ser com o Direito. Dar razão a quem a tenha; dizer o direito de quem o possui. Sem rotulações, sem juízos de valor preconcebidos, ideológicos, voluntaristas. Os julgamentos não devem ser direcionados pelos resultados.

O papel do Poder Judiciário, insisto, é dizer o direito de quem o possui, conforme criado por aqueles que detêm atribuição constitucional para tanto. Não é dado aos magistrados a função criadora de direitos, menos ainda de distribuição de benesses. Nossas decisões devem estar pautadas sobre princípios, não sobre escolhas. Nós magistrados devemos, sempre, reforçar nossos compromissos com o Estado Democrático de Direito. Quando um julgador extrapola o âmbito do “sentido evidente da Constituição” (*plain meaning of the Constitution*), sua atuação passa a ser arbitrária e não mais se legitima. Não cabe ao Poder Judiciário a invalidação de atos legislativos e/ou executivos de constitucionalidade sustentável. Nossa função é zelar pelo respeito às normas e por sua correta aplicação. Bem verdade que o país enfrenta inúmeros problemas, em todas as esferas, mas o Poder Judiciário deve se autoconter. Caso contrário, não estará sendo deferente com os demais Poderes, violando o princípio constitucional da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Carta da República.

O respeito às normas jurídicas é essencial. Devemos buscar novas narrativas, novas agendas políticas, econômicas, sociais e jurídicas, visando à evolução e ao aperfeiçoamento da qualidade de nossa democracia. A chave para o sucesso, inequivocamente, é a segurança jurídica. Regras claras e equilibradas são boas para todos. Previsibilidade e certeza das consequências.

Temos que acreditar e trabalhar, sendo oportuna a citação de Nietzsche: “E aqueles que foram vistos dançando foram julgados insanos por aqueles que não podiam escutar a música.”.

REFERÊNCIAS:

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada (Arts. 1º a 107º)*. 4. ed. port. e 1. ed. bras., Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/RT, 2007.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. In: ASSIS, Araken de et al. *Processo coletivo e outros temas de direito processual*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Segurança jurídica*. Consulex: Revista jurídica, Distrito Federal, v. 15, n. 335, p. 54-57, jan. 2011.

MENDES, Clarissa Braga. Segurança jurídica e correção das decisões. *Revista Direito Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 9-20, mar./abr. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max limonada, 2000.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009

NICOLAU JUNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num estado democrático de direito?. *Jornal Jurid.* Disponível em: <<http://www.jurid.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2006.

NOGUEIRA, Ataliba. *O estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

OÑATE, Flavio López de. *La certeza del derecho*. Buenos Aires: EJEJA, 1953.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODOVALHO, Thiago. Das Rechtsstaatsprinzip (o princípio do estado democrático de direito) e a segurança jurídica. *Revista Forense*, São Paulo, v. 415, ano 108, p. 291-315, jan./jun. 2012.

SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa* [trad. 4. ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia do direito fundamental a segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

STRECK, Lenio L. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009.