



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO AFASTAR NORMAS CRIADAS PELO
PODER LEGISLATIVO DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO

Renata Moura Tupinambá

Rio de Janeiro
2017

RENATA MOURA TUPINAMBÁ

A POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO AFASTAR NORMAS CRIADAS PELO
PODER LEGISLATIVO DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO AFASTAR NORMAS CRIADAS PELO PODER LEGISLATIVO DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO

Renata Moura Tupinambá

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – É inegável que as relações jurídicas refletem uma sociedade cada vez mais complexa – o que origina demandas cujas especificidades o legislador não alcançou. A lei não regula todos os fenômenos quotidianos, cabendo ao Poder Judiciário analisar as circunstâncias que individualizam o caso concreto, e ditar-lhes a solução. Ocorre que, por vezes, a questão controvertida encontra clara subsunção à regra legal – que, todavia, deverá ser afastada, prestigiando-se a Justiça em detrimento da estrita legalidade. Nessa seara, merece especial atenção a figura do magistrado como sujeito processual garantidor da Justiça no caso concreto – ainda que se faça necessária a não aplicação da literalidade da lei. Partindo desta premissa, surgem questionamentos acerca de eventual fragilização da segurança jurídica e consequente possibilidade de prolação de decisões arbitrárias.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Decisões Judiciais. Justiça do caso concreto. Separação de Poderes.

Sumário – Introdução. 1. A tradicional repartição de funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário confrontada com o atual contexto social. 2. A justiça do caso concreto x A arbitrariedade do domínio de valores individuais. 3. A legitimidade para expansão das fronteiras do texto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a crescente atuação do Judiciário em seara até então compreendida como exclusiva dos demais Poderes da república – especialmente, o Legislativo.

Trata-se de situações em que o exercício da função judicante extrapola a mera aplicação do texto legal, e recai na possibilidade de protagonismo do ideal de Justiça.

Para tanto, é apresentado o atual panorama jurídico, que confere força normativa aos princípios, possibilitando a efetivação dos valores constitucionais através de técnicas de decisão que não se limitam à subsunção do fato à norma escrita. Esse contexto exige que o magistrado detenha legitimidade para negar a aplicação da lei, sem que seja maculada sua existência, validade ou eficácia. Em contrapartida, é necessário que sejam ponderados, também, os limites de atuação do julgador, evitando-se decisões arbitrárias.

Nesse interim, serão apresentados temas correlatos ao principal – tal como separação de Poderes e normas jurídicas, sem que, contudo, haja pretensão de aprofundá-los. Ao contrário: o que se pretende é propor ao leitor uma reflexão sobre questões que ultrapassam a esfera Jurídica, e recaem no interesse da coletividade, cuja relação com o processo judicial caminha para a aproximação, de modo que a ideia de Justiça passa a estar atrelado ao acerto da decisão, o que, por vezes pode conflitar com regras escritas no ordenamento formal.

Inicialmente, o tema será contextualizado no chamado “Neoconstitucionalismo”, buscando-se expor os fundamentos de validade dos sistemas jurídicos através da fortalecimento da rejeição à rigidez do Positivismo Clássico. Será abordado, ainda, no primeiro capítulo, o Princípio da Separação de Poderes no Estado Democrático de Direito - e sua repartição harmoniosa.

Após as considerações iniciais, no segundo capítulo será apresentado o fenômeno da “derrotabilidade das normas jurídicas”, que, nesta pesquisa, tem sua importância prática demonstrada. Para melhor compreensão do tema, são apresentados argumentos no sentido de que o Direito, se limitado aos ditames do texto escrito, torna-se obsoleto. Toma-se por base a afirmação de que o dinamismo e a complexidade das organizações sociais inviabilizam a perfeita sintonia com o Legislador, que é incapaz de regulamentar exaustivamente suas peculiaridades.

Por fim, no terceiro capítulo, serão confrontados os antagônicos cenários - de justiça e de arbitrariedades - que emanam de um mesmo comando: a necessidade de verificação dos anseios das partes, e a conseqüente prolação de decisão apta a solucionar o conflito, atendendo, também, às expectativas sociais quanto ao acerto da decisão.

O tema é controvertido e objeto de diversas discussões, que permeiam a segurança jurídica em contrapartida ao caráter instrumental do arcabouço normativo – cujo escopo é ser servil à sociedade, e não escravizá-la.

A metodologia será baseada em análise de proposições relativas aos conceitos abordados ao longo do trabalho. Para tal, foram consultadas diversas obras doutrinárias ao final elencadas, tomando-se por base, também, a normativa contida na Constituição da República Federativa do Brasil, atentando-se, principalmente, aos Princípios como Fontes do Direito, ainda que não formais. A conclusão é fruto dos argumentos descritivamente expostos, atrelados aos ideais sociológicos e filosóficos mencionados, cujas refutações também se buscou apresentar, de modo breve.

1. A TRADICIONAL REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO CONFRONTADA COM O ATUAL CONTEXTO SOCIAL

A ideia de divisão de Poderes é sustentáculo de diversos sistemas de governo da atualidade. Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”¹, expôs ideias que fortaleceram a necessidade de pulverizar o poder entre diversos organismos legitimado, contrapondo-se à célebre frase de Luiz XIV²: “O Estado sou eu”.

Trata-se de distribuir as principais funções do Estado entre entes aparelhados para seu exercício, evitando-se que as atribuições de legislar, julgar e administrar fiquem adstritas à vontade de um único indivíduo. Conforme preleciona Alexandre de Moraes³ em seu livro *Direito Constitucional*:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O Espírito das Leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.

À medida que evita o despotismo, a cisão funcional do poder protege os cidadãos contra intervenções arbitrárias em sua esfera de liberdade, impondo limites à atuação Estatal, que passa a ser fiscalizada interna e reciprocamente – através do mecanismo denominado “sistema de freios e contrapesos”⁴.

No Brasil, o poder constituinte originário expressamente previu, no artigo 2º da Carta Magna⁵, que os Poderes da União – Legislativo, Executivo e Judiciário – são independentes e harmônicos entre si.

¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

² Luiz XIV, ou O Rei Sol, foi o Rei da França entre 1643 e 1715, e autor do bordão: “l'État c'est moi” ou “o Estado sou eu”.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 385

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47

⁵ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.html>. Acesso em: 20 out. 2017.

Insta salientar que o contexto histórico do advento da Constituição de 1988, que inaugurava a era liberal após a ditadura militar, apontou para a necessidade de fortalecimento de institutos democráticos.

Desse modo, o Constituinte buscou estabelecer diretrizes para que os Poderes da República exercessem suas atribuições sem que se sobrepujassem, evitando o protagonismo de qualquer deles em detrimento da autonomia dos demais.

Em paralelo, foram inseridas no texto constitucional uma série de normas que objetivam a tutela dos direitos individuais e coletivos, às quais os membros dos três poderes devem reverência, e sobre as quais não há margem para discricionariedade quanto à observância e implementação – sob pena de omissão inconstitucional.

Por assim dizer, é possível que a questão da atuação dos agentes públicos seja apresentada em duas vertentes, aparentemente antagônicas: de um lado, o limite de exercício, esculpido pela impossibilidade de invasão da esfera de atribuições de outro Poder; de outro, as obrigações de garantia que ilustram a Dignidade da Pessoa Humana, e que exigem um agir positivo.

Ocorre que, após redemocratização do país, a cidadania voltou a fazer parte do cotidiano da população. O Estado passou a permitir o acesso aos meios de comunicação, fortalecendo a transparência e o controle social - o que trouxe maior consciência acerca do ordenamento jurídico e dos direitos fundamentais, fomentando o surgimento de uma opinião pública mais exigente por seu cumprimento.

O fortalecimento de instituições, como a Defensoria Pública⁶, contribuiu para essa maior quantidade de ações transitando nos tribunais. O Ministério Público⁷ também ganhou mais destaque na Carta Magna, e, através de seus mecanismos de participação popular, como as ouvidorias e as audiências públicas, teve acesso aos anseios da sociedade, podendo interceder em nome dessa na consecução dos seus direitos. Sobre os novos tempos, comenta Luís Roberto Barroso⁸:

⁶ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.html>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁷ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”. Ibid.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 20 out. 2017.

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

É nesse cenário que a rígida separação de Poderes - em que a atuação de cada um tem delimitação inflexível - tem perdido espaço para o agir efetivo do Judiciário, que busca evitar que a Carta Constitucional seja reduzida a simples promessa inefetiva.

Como consequência direta da necessidade de observância de direitos e garantias à luz dos Princípios que norteiam o ordenamento, surge a possibilidade de superação da lei escrita, e, com ela, como contrapartida, o risco de abusos de poder.

2. A LEGITIMIDADE PARA EXPANSÃO DAS FRONTEIRAS DO TEXTO

Por trás das normas existem pessoas. Essa afirmação deve ser dimensionado por uma dupla perspectiva: a falibilidade humana e a instrumentalidade das normas.

Inicialmente, é preciso compreender que o Direito Positivo é produto do trabalho do homem – que sistematiza as necessidades de regulamentação da vida em sociedade, projetando a norma para que atenda às expectativas de comportamento individuais. Em outras palavras, é possível dizer que, ao elaborar determinada normativa, o que se está buscando é que o destinatário aja conforme suas proposições. Para isso, podem ser estabelecidas determinadas sanções.

Com o advento do Pós-Positivismo, ficou claro para a comunidade jurídica que a ciência do Direito não poderia mais ser restrita aos aspectos estritamente objetivos propostos por Kelsen⁹; ao contrário: a aproximação com a Moral se fazia necessária. O ordenamento jurídico não deveria servir de embasamento formal para a violação de Direitos Fundamentais. Isso significa que a interpretação literal do texto não pode vencer a qualquer custo. O desafio

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

da nova era seria, então, irrigar o saber jurídico de um conteúdo axiológico, mas sem que isso significasse a ditadura de impressões pessoais daqueles que detém o poder de julgar.

Nesse sentido são os ensinamentos de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos¹⁰.

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

Diante de uma nova era, nenhum dos agentes estatais pode, arbitrariamente, determinar o curso dos acontecimentos sem que haja um Direito¹¹ que o legitime. Desse modo, o que se quer dizer é que a norma jurídica advinda do Poder Legislativo deve guiar o intérprete, mas não pode ser sua única fonte de sabedoria. Cria-se, então, um dilema: o Direito (em sentido amplo) – aqui compreendido como garantias essenciais do indivíduo enquanto ser humano – delimita o próprio Direito (em sentido estrito) – quer seja emanado do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo.

A proposta é: um novo olhar, em que as normas ultrapassem a fronteira do texto, e repousem nos ideais de Justiça. Em contrapartida, surgem as vozes que afirmam que o conceito de Justiça não é universal – e jamais seria. A ciência do Direito não se propõe a ser exata; sua operabilidade está, ao contrário, na maleabilidade – propriedade que a torna capaz de ser universalmente sistematizada, e, ao mesmo tempo, atender, individualmente, cada um dos integrantes do sistema.

Diante dessa lógica, é preciso compreender que a sociedade evolui e, com ela, deve também caminhar o Direito – sob pena de se tornar “apenas um pedaço de papel”.

Além de objetivar a irradiação de sua aplicação, de modo a atingir os diversos espaços sociais, é certo que a questão da legitimação da decisão não é menos importante. O que faz com que o indivíduo, enquanto ser convivente em sociedade integrada por seus pares esteja disposto a cumprir uma decisão judicial – independentemente de seu conteúdo; qualquer que seja ele? A mera confiança na figura quase santificada do julgador não mais se

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, abr/jun, 2003, p. 141-176, p. 144.

¹¹ Aqui, o termo “Direito” está sendo usado em sua forma ampla.

sustenta na sociedade moderna. O direito divino dos reis, já superado, não encontra mais sustentação, sequer, para um despacho de mero expediente.

É diante desse cenário que surge a necessidade de fundamentação das decisões. Não basta que o magistrado realize uma operação mental de opção por determinado caminho; é essencial, no Estado Democrático de Direito, que o indivíduo incumbido da decisão justifique suas razões – e demonstre que fez prevalecer o Direito (em sentido amplo) – ainda que isso signifique a queda do Direito em sentido estrito.

Diante da possibilidade de que, no caso concreto, o magistrado determine uma solução que possa não se coadunar com a vontade do legislador, o Judiciário passou a ocupar a posição de destaque em que antes figuravam os membros do legislativo. A sociedade organizada passou a dar maior atenção aos entendimentos das altas cortes do país. Sobre o tema, são os apontamentos do Ministro Celso de Melo, veiculados na ADI 1.484-DF¹².

O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoría de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita.

Não restam dúvidas de que se trata de um sinal de que a consciência constitucional vem sendo difundida. Ao mesmo tempo, aumenta a fiscalização do povo perante aqueles que, outrora, reinavam incontestáveis: os membros do Estado.

3. A JUSTIÇA DO CASO CONCRETO X A ARBITRARIEDADE DO DOMÍNIO DE VALORES INDIVIDUAIS

Diante da complexidade das relações jurídicas modernas, apartar-se do texto da lei é um recurso; um caminho; uma necessidade.

À medida que o homem evolui e desafia a realidade com processos de comunicação, tecnologias e inovações, torna-se dificultoso atravessar a linha reta das leis sem tropeçar nas particularidades e singularidades abstratas das encruzilhadas da justiça.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 244*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo244.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Não se trata de levar o saber jurídico ao banco dos réus. É impossível subjugar os notórios, públicos e cada vez mais explícitos desejos de individualização – não obstante a valorização do coletivo. O desejo de personalização e respeito são pontos de similaridade entre as diversas demandas que batem à porta do Judiciário, que não pode perder de vista a necessidade de reconhecimento da diversidade como pedra fundamental de toda e qualquer negociação de direitos e deveres.

O desafio é perceber, conviver ou aceitar uma verve libertadora que os novos tempos trazem, ainda que, paradoxalmente, o viés conservador esteja cada vez menos sutil em toda política de estado mundo afora. Clama-se por avanços nos contratos de trabalho, pelo refinamento das relações pessoais, pela igualdade de gênero (até mesmo pela supressão dessa distinção já se escutam vozes), pelo tão contemporâneo empoderamento feminino e pelo fim da iniquidade social. Impõe-se ajustar par e passo a razoabilidade das ações jurídicas à inimaginável velocidade do querer e poder humanos.

Estará a sociedade fadada ao retrocesso - e por que não dizer, ao caos - no momento em que as leis do direito forem suplantadas pela reverência ao direito dos humores, traduzida em padrões dignos de igual aversão quando se configuram em arbitrariedade ou injustiça.

Igualmente arriscado é desprezar a ameaça de uma justiça indiferente ao compasso da marcha de uma sociedade cada vez mais articulada, eloquente e engajada. Permanecer aprisionada a entendimentos que não encontrem eco; causem estranhamento; ou não sejam reconhecidos como referência de uma época não produz os efeitos esperados. Em ambos os casos, frustram-se expectativas de parte a parte.

Fazer justiça soa fácil a ouvidos leigos - desde que esses se sintam contemplados também na alma. E no bolso. Independentemente do lado em que se encontra, o indivíduo, objeto maior da atenção e proteção do manto (quase) sagrado das leis, é, também, o maior advogado, defensor, promotor ou juiz de sua própria causa. Estranho seria se fosse diferente. Quem melhor do que o detentor do cartesiano¹³ bom senso para julgar, absolver ou condenar a si próprio e o outro?

Pautar-se pelas leis e fazê-las sobrepor-se às armadilhas das crenças, valores e experiências pessoais é tarefa árdua àqueles que se propõem ao ofício, não somente pela dedicação de tempo ao aprofundamento dos saberes, mas, sobretudo, pelo investimento na genuína renúncia das emoções em prol do legítimo exercício da imparcialidade. Encontrar o

¹³ Segundo o dicionário Michaelis: 1 Baseado na doutrina de Descartes ou no cartesianismo. 2 Entusiasta do que é metódico e rigoroso. 3 Diz-se da forma racional de considerar um fenômeno. DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <www.uol.com.br/michaelis>. Acesso em: 23 out. 2017.

fiel da balança onde, via de regra, um dos lados sofre mais com o peso de uma sentença é a arte de apaziguar paixões pessoais, conciliar conflitos internos e doutrinar o espírito.

O fundamento da arbitrariedade, por sua vez, reside em locais tão recônditos quanto a morada das crenças, valores e experiências pessoais. Para acessá-lo, é preciso aprofundar-se no campo da subjetividade, do abstrato, do imponderável e resignar-se à prerrogativa do foro íntimo. A capacidade de arbitrar não pode, portanto, ser relegada ao plano de decisão de qualidade inferior ou pouco elaborada, uma vez que, para sustentá-la, são dispendidos esforços que exigem musculatura não só intelectual, mas de igual robustez criativa.

Ao proferir uma sentença de caráter irrecorrível, os magistrados transformam em dogmas o que anteriormente previa questionamentos, acatava recursos e transitava pelo imaginário de possibilidades e esperanças do (in)consciente coletivo. Impossível, então, negar ao juiz a aura de poder que envolve uma decisão de última instância. E a vaidade que insiste em fazer parte desse contexto. Juntos, transformam o campo hostil da pequenez humana em solo fértil para pensamentos, sentimentos e ações contrárias à observância das leis.

Não obstante, pode-se, também, observar as mais límpidas, puras e bem intencionadas decisões cujo êxito repousa, justamente, no preciso abandono do texto; na supremacia do desejo de fazer justiça frente à apreciação da lei. Quer sejam motivadas por avaliações baseadas em crenças, valores, experiências pessoais, os casos em que um juiz é reconhecido por fazer justiça sem aplicação da lei repercutem na sociedade como processos de resultado positivo. O contrário, fazer valer a lei em detrimento do senso comum de justiça, deixa o gosto amargo do que poderia ter sido.

A mesma sociedade demandante de justiça, manutenção, equiparação e reparação de direitos reconhece a impossibilidade de se produzir, aprovar e fazer vigorar leis na mesma velocidade. Sabe que as leis são feitas para servir ao indivíduo, regulando os comportamentos e possibilitando a convivência dentro dos seus preceitos de paz, e que a inversão dessa relação não corresponde a seus anseios, pois fere os pilares do estado de direito e nega o princípio de ser o homem um fim em si mesmo.

Os legítimos representantes de um povo, fiéis depositários de sua confiança, são encarregados de legislar em favor da promoção e da manutenção das melhores práticas, mas não podem encerrar as expectativas de tratar de todos os temas; de abordar todos os seus possíveis desdobramentos - menos ainda, de contemplar todas as idiosincrasias inerentes ao caráter humano.

Diante de um universo cada vez mais singular dentro de sua própria pluralidade, arbitrar para fazer justiça sai da esfera do reprovável para se afirmar como uma dinâmica de concessão de distinção e deferência caso a caso. Julgar homens e mulheres, jovens ou não, com critérios especializados confere ainda mais dignidade ao ato jurídico uma vez que isola o sujeito dos rótulos e particulariza suas dores e amores.

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.¹⁴

O que se pode inferir de todo exposto é que, como em outras ciências cujo homem é objeto central, por mais sofisticado e profundo que seja o escrutínio de seu corpo ou alma, longe ainda estará de uma verdade absoluta tanto quanto universal. Em maior ou menor escala encontrar-se-ão similaridades atribuídas à cultura, aos costumes e a fé *lato sensu*. Não suficientes para unificar o pensamento jurídico ou esgotar o repertório de sentenças construídas em nome da justiça.

A dificuldade de distinção entre o certo e o errado; a desvalorização dos direitos fundamentais e a banalização da violência em todas as suas requintadas formas de expressão expõem uma face dura da realidade. Para enfrentá-la, é necessário promover o resgate dos valores de probidade e moralidade como a única chance de reversão desse quadro.

A urgência está em estancar o fluxo das ações que levam os homens de volta aos rudimentos da barbárie quando insuflados pela ânsia de fazer justiça apesar das leis. Episódios recorrentes de autotutela preocupam e requerem especial atenção quando eclodem pulverizados indistintamente por toda a sociedade. A prerrogativa de sobrepassar as leis, no entanto, deve permanecer restrita ao âmbito dos homens da justiça, constituídos oficial e legitimamente.

Quando a legislação não consegue acompanhar o acelerado ritmo da desumanização das relações e do triunfo do “eu” sobre o “nós”, cabe à classe magistrada reinventar seu papel, e apontar novos rumos a seguir.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_Contexto_Internacional01.PDF>. Acesso em: 22 out. 2017.

CONCLUSÃO

A possibilidade de atuação do magistrado em prol dos ideais de Justiça é uma realidade do Direito – e, como tal, comporta riscos, mas traz, também, a identificação da sociedade com o contexto em que vive, já que as leis não são capazes de acompanhar os anseios do ser humano.

A liberdade de escolha do magistrado, em contrapartida, não é, em si, um mecanismo de Poder; ao contrário, trata-se da materialização de um Direito – o direito de submissão a um provimento jurisdicional justo.

Embora o conceito de “Justiça” receba diversas roupagens, e detenha tantas acepções quantos sejam seus idealizadores, o desejo de persegui-la é universal.

A afirmação intransigente de que o homem deve se submeter, cegamente, ao texto frio da lei - qualquer que seja seu conteúdo - equivale a retirar da sociedade um de seus bens mais valiosos, que nenhuma norma é capaz de derrubar: o Direito de Resistência – forma de defesa da sociedade contra decisões políticas injustas emanadas dos governantes, quaisquer que seja a forma de organização estabelecida.

No que tange ao Direito de resistência, é necessário tecer comentários em paralelo. Trata-se de legítimo instrumento de defesa do cidadão que se recuse a obedecer determinações injustas, sendo decorrência lógica do Estado Democrático de Direito.

O direito de resistência é autônomo em relação àquele que se objetiva defender – e a ele não se condiciona. Portanto, é necessário resguardar a faculdade de resistir, ainda que a objeção não seja legítima aos olhos de outrem. O ponto central da controvérsia recai sobre os limites do direito de opor-se à ordem instituída. Não há dúvidas de que, se demasiado excessivo, o direito de resistência torne-se instrumento de conflitos sociais. Contudo, as decorrências do silenciar tirânico podem ser ainda mais devastadoras.

Desse modo, sempre que as diretrizes emanadas pelas autoridades não apontem para os horizontes delineados pela própria sociedade, deve haver insurgência por parte de seus destinatários, ainda que isso signifique atentar contra o Direito Posto – e, nesta luta, é, também, garantido ao jurisdicionado o acesso à Justiça.

Nessa seara, o Estado deve promover não apenas os meios para que o cidadão leve sua lide às cortes, mas também para que receba uma resposta alinhada às suas necessidades e às expectativas coletivas, que, por vezes, não se coadunam com o produto do trabalho do legislador.

É necessário que o povo, diante da crise de legitimidade característica da modernidade, possa confiar no magistrado como membro e representante do Estado-protetor; mas, também, como agente garantidor dos direitos fundamentais – ainda que isso implique na necessidade de desafiar os contornos tradicionais e outrora estáticos do próprio Estado.

É inegável que o atual cenário político brasileiro vem contribuindo para o aumento do engajamento e da chamada “consciência constitucional” do povo, que passa a atuar como fiscal dos Poderes da República. Eis o único caminho legítimo para frear os excessos, que se travestem sob diversas faces.

Não se pode combater o mal com o mal; não se pode combater intolerância com intolerância. Não se impede a arbitrariedade judicial por meio da imposição arbitrária da vontade legal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, abr/jun, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 20 out. 2017.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

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

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Guadtavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.html>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 244*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo244.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Elementos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DICIONÁRIO Michaelis. *Cartesiano*. Disponível em: <www.uol.com.br/michaelis>. Acesso em: 23 out. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. (orig. *Verfassungslehre*, J. C. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1959)

LOVET, Frank. *Uma Teoria da Justiça, de John Rawls*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Manual Direito Constitucional*. Volume Único. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PAUPÉRIO, A. Machado. *O Direito Político de Resistência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

SANDEL, Michael J.. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos*. Disponível em: < http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>. Acesso em: 22 out. 2017.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Contitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. São Paulo: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.