

## **O Poder Judiciário Contra os Direitos Fundamentais** The Judiciary Against Fundamental Rights

Rômulo Inácio da Silva Caldas<sup>1</sup>

### **Resumo**

O presente ensaio se propõe a tratar criticamente acerca das possibilidades interpretativas, que seguem ausentes de um vínculo limitador em seu âmbito de aplicação, por parte do Poder Judiciário, o que representa uma ameaça à efetivação dos direitos fundamentais, que se consolidam mediante vontade e processos democráticos, mas que podem acabar, em decorrência desta arbitrariedade interpretativa, não sendo ou ainda sendo aplicados de formas contrárias ao idealizado durante sua democrática confecção.

**Palavras chave:** Hermenêutica; Regras e princípios; Tirania dos valores; Democracia.

### **Abstract**

The present essay proposes to deal critically with the interpretative possibilities, which are still absent from a limiting link in its field of application, by the Judiciary, which represents a threat to the realization of fundamental rights, which are consolidated through democratic processes, but that can end, as a result of this interpretative arbitrariness, not being applied at all, or applied in ways that are contrary to what the legislators intended.

**Keywords:** Hermeneutics; Rules and principles; Tyranny of values; Democracy.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela UFMG. E-mail: romuloiscaldas@gmail.com.

## **Introdução**

Antevendo a queda das democracias, Platão asseverou que os descomedimentos decorrentes do excesso e abuso da liberdade tornariam tão melindrosa a alma dos cidadãos democráticos que, “se alguém lhes impõe um mínimo de submissão, se agastam e não o suportam; acabam por não se importar nada com leis escritas ou não escritas [...] a fim de que de modo algum tenham quem seja senhor deles”. (PLATÃO, 2014, pág. 261).

Convém, antes de proceder, estabelecer uma conceituação para o termo liberdade, a qual constatamos que só poderia fazer sentido em um contexto social, pois que se alguém se encontra isolado da sociedade, na natureza, certamente não teria limites à sua ação, exceto aqueles limites impostos pela própria natureza. Já no âmbito do convívio social, alguém tem suas ações limitadas tanto pelas imposições da natureza quanto pelas convenções estabelecidas por dita sociedade, originando a noção que tratamos aqui enquanto liberdade: o agir conforme e não contrário os ditames sociais, culturais, legais, etc.

Neste sentido, a derrocada democrática que Platão aponta parece basear-se justamente na existência de tal conceito, socialmente estabelecido, de liberdade e que, paulatinamente, corromper-se-á em decorrência dos excessos e vícios do homem democrático. Aproximando tal constatação da concretude jurídica, nota-se um conflito claro entre direitos fundamentais e Estado, na forma do Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais se apresentam com o propósito de estabelecer os pilares e impor limitações ao exercício do próprio Direito para que, por exemplo, impeçam a concretização de uma ditadura da maioria ou que contenham a ação desvairada por parte do Estado.

Acontece, contudo, que o monopólio último da interpretação dos direitos fundamentais e do âmbito de sua aplicação, assim como suas relações enquanto mecanismo protetivo contra o Estado, como um todo, se encontra nas mãos do próprio Estado, na figura da mais alta instância do Poder Judiciário. Isto levanta uma série de questões.

## **Desenvolvimento**

Historicamente, consolidou-se a noção de que os direitos fundamentais, assim como todo outro tipo de produção normativa no âmbito do Direito, adquirem validade legal por meio de procedimentos previstos pelo próprio Direito. Desta forma, a coação que visa à aplicação

destas normas torna-se legítima dentro dos preceitos básicos da concepção de um Estado Democrático de Direito, que preza pelo devido processo legal.

Entretanto, parte dos magistrados responsáveis pelo âmbito de aplicação destes direitos fundamentais não se encontram necessariamente vinculados ao acerto democrático que deu vida e validade aos direitos fundamentais em primeiro lugar.

Especificamente, falamos dos magistrados que tratam as normas fundamentais não como regras – um dever-ser que se aplica integralmente ou não dadas as circunstâncias – mas como princípios, passíveis de uma análise valorativa que busque otimizar sua aplicação apenas na medida do possível. (ALEXY, 2008, pág. 90).

Isso transforma, conforme constata Habermas (1996, pág. 254), a ação judicial de interpretar a lei posta em um sopesamento de valores. Habermas (1996, pág. 255) ainda aponta que, enquanto a regra é entendida enquanto obrigação sem exceção para satisfazer uma expectativa geral de comportamento, os valores, por sua vez, são compreendidos enquanto preferência intersubjetiva compartilhada.

Neste sentido, tal qual identificou Carl Schmitt (2009, pág. 95), a obra do legislador, que normalmente deve apresentar limites calculáveis no âmbito de sua aplicação, pode acabar caindo na zona interpretativa de uma entre diversas filosofias de valor, levando a aplicações que estabelecem uma verdadeira tirania de valores, pois que, em vários níveis, podem distar da aplicação democraticamente idealizada.

Eis o problema: a obra legislativa deve obedecer a uma série de exigências procedimentais até que alcance o status de validade; mas a interpretação que se dá no âmbito valorativo e privado do juiz que a interpreta pode acabar por estabelecer um novo sentido para a norma, rendendo-lhe uma nova espécie de aplicação que leva, por consequente, ao estabelecimento, afinal, de uma nova norma.

E ainda pior, tal norma não exigiu nada além de elucubrações, em nível pessoal, de seu interpretador para adquirir validade e eficácia, desconsiderando o devido processo legal e sendo confeccionada de forma alheia em relação ao “palco democrático”, estabelecendo cenário propício para a concretização de “saltos triplos carpados hermenêuticos”, como diria o ministro Ayres Britto.

Neste sentido, e de modo geral, é essencial compreender que o próprio mecanismo de limitação de poderes, que é o controle de constitucionalidade, acaba por tornar-se ora mecanismo de imposição de pontos de vista privados por parte dos juízes interpretadores, ora mecanismo legitimador de ações estatais que parecem violar a própria constituição e direitos

fundamentais (ROTHBARD, 2012, pág. 26), de forma a conferir a tais violações o peso do reconhecimento da legitimidade enquanto conforme à constituição.

A situação ainda tende a agravar-se, pois que as decisões proferidas pelo órgão judicial máximo apresentam-se irrecorríveis, e aqui é desvelado de vez a máximo mácula que permeia o Poder Judiciário, que existe enquanto fruto de um complexo sistema de freios e contrapesos racionalmente e democraticamente desenvolvido para conter os excessos dos outros poderes, mas que, ao mesmo tempo, se apresenta com a possibilidade de impor o Direito de forma não necessariamente vinculada às decisões democráticas e com a competência de expedir decisões incontestáveis.

E aqui retomamos Platão conforme observamos na introdução: no âmbito das leis humanas, é livre aquele que não atenta contra o Direito como um todo. Mas os magistrados têm a competência de exceder os limites interpretativos para além – como diria Kelsen – da moldura que a própria norma estabelece. E por mais que o Direito possa atribuir tal capacidade interpretativa, estando, pois, conforme o Direito, certamente ainda se trataria da inobservância de princípios democráticos básicos, como o respeito às decisões populares e soberanas.

Neste sentido, o falecido *Justice* da Suprema Corte americana, Antonin Scalia, tece críticas pertinentes ao apontar que a noção de uma “constituição viva”, que cresce e se modifica, é contraditória ao próprio propósito de uma constituição: rigidez. A constituição é, afinal de contas, o documento que estabelece a proteção aos direitos fundamentais mais básicos e, ao menos idealmente, não é desejável que tais direitos, e principalmente por serem fundamentais, sejam tão maleáveis quanto for a vontade pessoal daquele que os interpreta.

## **Conclusão**

Por certo, estabelecer um método de controle vinculante para a interpretação judicial é missão tão árdua quanto definir, de maneira absoluta, o que é justo ou o que cada um merece receber para que seja concretizada a justiça absoluta em dado caso.

Mas, se é que pretendemos consolidar uma sã democracia, não há dúvidas de que se trata de um esforço necessário, a não ser que pretendamos estabelecer como pilar de nossa sociedade a confiança na arbitrariedade de magistrados que, em sua máxima instância de poder decisório, alçaram tal cargo por meio de indicações políticas.

Aqui se fala também, em outras palavras, do velho paradoxo dos vigias: se necessitamos de guardiões que protejam nossos direitos fundamentais e a eles atribuímos o

poder para tanto, como podemos ter certeza de que eles próprios não os violarão? Em um paradoxo de regressão infinita, quem vigia os vigias?

Por certo, é necessário sempre manter em mente que, por mais que se possa recorrer de decisões judiciais em instâncias inferiores, eventualmente, estamos sujeitos a receber uma decisão que, por mais absurda e obviamente inconstitucional que possa parecer, será pautada em um processo de relativização valorativa pessoal que excede os limites do democraticamente exigível.

Assim, não só os direitos fundamentais seguem sob constante ameaça, mas este relativismo parece transparecer que, no final das contas, a justiça – suas interpretações e resoluções – resumem-se mais ao uso da força, física ou não, por parte de indivíduos que se encontram em cargos privilegiados; e menos em relação a um senso realmente democrático de como a sociedade deve proceder em suas questões e arranjos sociais, pois mesmo que ainda se possa recorrer de uma decisão por várias vezes, é o mesmo Judiciário, no fim das contas, quem detém o monopólio da interpretação legal. Quanto a isto não cabe recurso.

### **Referências Bibliográficas**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of Law and democracy*. Massachusetts: MIT press, 1996.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

ROTHBARD, Murray N. *A anatomia do Estado*. São Paulo: Instituto Ludwig Von mises, 2012.

SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. Buenos Aires: Hydra, 2009.