

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA NO
ESTADO DE DIREITO

KARINA DENARI GOMES DE MATTOS

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2011

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO

ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA NO
ESTADO DE DIREITO

KARINA DENARI GOMES DE MATTOS

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Ms. Gilberto Notário Ligerio.

PRESIDENTE PRUDENTE/ SP

2011

**ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA NO
ESTADO DE DIREITO**

Monografia/TC aprovado como requisito parcial
para a obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

GILBERTO NOTÁRIO LIGERO
Orientador

PAULO EDUARDO D'ARCE PINHEIRO
Examinador

GELSON AMARO DE SOUZA
Examinador

Presidente Prudente/SP, 23 de maio de 2011.

"Je voudrais rechercher, dans tous les gouvernements modérés que nous connoissons, quelle est la distribution des pouvoirs, et calculer par là les degrés de liberté dont chacun d'eux peut jouir. Mais il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet, qu'on ne laisse rien à faire au lecteur. Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser."

Montesquieu, *L'Esprit des Loix*, L. XI, Ch. XX.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Carla e João Carlos, pelo amor, incentivo e confiança depositados durante toda a minha vida.

Aos meus avós maternos, Zelmo e Cecília, sempre presentes e responsáveis por grande parte do que sou hoje. E também à minha irmã Camila, exemplo de disciplina nos estudos.

Não poderia deixar de agradecer ao meu orientador, Professor-Ms. Gilberto Notário Ligerio, pela paciência e atenção para a elaboração deste trabalho.

E sobremaneira, sou muito grata ao Professor-Doutor Gelson Amaro de Souza, examinador deste trabalho e meu orientador no Grupo de Estudos de Processo Civil, do Núcleo de Estudos e Pesquisa Científica – NEPE, pelo gradual trabalho desenvolvido durante estes cinco anos de curso em busca de aprofundamento científico na área do Direito.

Ao admirável Professor-Doutor Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro, por ter aceitado o convite para também compor a banca examinadora, e ao Professor Rodrigo Lemos Arteiro que, com seus ensinamentos, me auxiliou a aparar as arestas de determinados temas.

Também gostaria de agradecer à Regina Soares de Macedo que, além de diletta amiga, auxiliou-me na fase de revisão, e à equipe da Advocacia Geral da União (PSU - Presidente Prudente), em especial ao Procurador Seccional Dr. João Paulo A. Vasconcelos, pelos anos de convívio e aprendizado como estagiária de Direito.

A todos os professores do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” e aos responsáveis pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas – NEPE da Faculdade, que fizeram parte desta longa jornada, com sua atenção e competência.

RESUMO

É fato que o Poder Judiciário brasileiro, tanto em nível estadual como federal, bem como em suas justiças especializadas, encontra-se em crise e ineficiente para dirimir as demandas pendentes. Esta instituição, como qualquer outra, não ficou imune das transformações sociais que caracterizam a nossa época, e tendo em vista a notável morosidade na composição das lides dentre outros males institucionais, o Judiciário parece não conseguir responder satisfatoriamente ao que a sociedade almeja. O presente trabalho monográfico pretende demonstrar a inversão de prioridades no âmbito do Poder Judiciário: sua função primordial de resolução de lides, qual seja, aplicar contenciosamente a lei a casos particulares, tornou-se, nos últimos anos, eivada de preocupação político-jurídica; e assim, cria-se para o Poder Judiciário, numa tendência eminentemente ativista, função que é Executiva por excelência, qual seja, a determinação e manutenção de políticas públicas. Verificar-se-á que tal projeção jurídica se dá em decorrência da transferência de poder das instituições políticas tradicionais para as instituições judiciais, tendência que recebeu a alcunha de Ativismo do Poder Judiciário, capitaneada por seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal. Nesse diapasão, torna-se fundamental e de atual importância a discussão no meio acadêmico jurídico do papel do Judiciário na Constituição e a função da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito. Para tanto, será necessário um aprofundamento teórico no que diz respeito às fronteiras entre Direito e Política, quando se delimitará a área de abrangência das decisões do Poder Judiciário. Nesta seara, será utilizada para a separação entre o sistema jurídico e o sistema político a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Assim, a escolha do tema “Ativismo Judicial: Limites da Criação Judiciária no Estado de Direito” decorre da importância do debate que se segue nos meios de comunicação e no meio acadêmico sobre o verdadeiro papel institucional do Poder Judiciário no século XXI, que, paradoxalmente, apesar de suas deficiências estruturais, vem ampliando cada vez mais sua área de atuação jurisdicional.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Teoria dos Sistemas. Niklas Luhmann.

ABSTRACT

The Brazilian judiciary, both state and federal, as well as their specialized justices, shows itself in a crisis and inefficient, to settle all outstanding claims. This institution, like any other, was not immune from social changes that characterize our time, and in view the remarkable slowness, among other institutional problems, the judiciary can not seem to respond well to that society craves. This monograph aims to demonstrate the reversal of priorities within the judiciary: its primary function of resolving disputes, namely, by the courts apply the law to particular cases, has become, in recent years, fraught with concern about political issues, and thus creates for the Judiciary, a trend highly activist, executive function, which is par excellence, namely the establishment and maintenance of public policies. It will check that this projection is the result of the transfer of power of traditional political institutions to judicial institutions, a trend that has received the name of "judicial activism", led by the Brazilian Supreme Court. In this vein, it is essential and current importance in the academic discussion of the legal role of the judiciary in the Constitution and Constitutional Jurisdiction in a democratic state. Will be needed a theoretical with respect to the boundaries between law and politics, when delimit the coverage area of the decisions of the judiciary. This field, will be used for the separation between the legal system and political system, the Systems Theory of Niklas Luhmann. The choice of the theme "Judicial Activism: Judicial Boundaries Creating the Rule of Law" reflects the importance of the ensuing debate in the media and academia about the true institutional role of the judiciary in the XXI century, which, paradoxically despite its structural deficiencies, has been increasingly expanding their area of expertise proceedings.

Keywords: Judiciary. Judicial Activism. Systems Theory. Niklas Luhmann.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	A SEPARAÇÃO DE PODERES	12
2.1	Evolução Principiológica	16
2.2	Separação de Poderes na Constituição Brasileira de 1988.....	21
3	O PODER JUDICIÁRIO	28
3.1	Histórico da Atuação Jurisdicional	28
3.2	O Poder Judiciário Brasileiro	30
4	ATIVISMO JUDICIAL	44
4.1	Origens e Conceito	47
4.2	A Jurisdição Constitucional como Base do Ativismo Judicial: Última Palavra e Diálogo Institucional	53
5	ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	62
5.1	O Caso Paradigmático de Nossa Suprema Corte	65
5.2	Jurisprudência: Ações de Medicamentos e Outros.....	70
6	DOS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO EM SUA ATUAÇÃO ...	73
6.1	Separação entre Direito e Política	73
6.2	A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann	76
7	CONCLUSÃO	80
	REFERÊNCIAS	81

1 INTRODUÇÃO

A partir dos estudos constitucionalistas pós-Primeira Guerra Mundial e com o surgimento das Jurisdições Constitucionais, o foco de atenção no meio jurídico passa da preocupação com a constituição dos Estados de Direito para a manutenção e consolidação estrutural destes mesmos Estados, conciliando a idéia de ordem (limitação do poder) com o intenso dinamismo que acompanha a organização da sociedade na ânsia por promover e assegurar direitos e garantias fundamentais¹.

Neste ínterim, ao estudarmos a institucionalização do poder no Estado, podemos ter como um dos escopos a busca pela harmonia almejada entre seus órgãos constitutivos, regulando a forma como se dá a complexa e delicada relação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, visto que de grande relevo na manutenção de uma democracia equilibrada.

O tema abordado neste trabalho monográfico, portanto, está inserido num contexto sócio-político que extrapola a discussão meramente jurídica, tendo em vista que trata justamente do desequilíbrio institucional que assola o Estado Brasileiro, pela acentuada exorbitação da prática de atos atípicos nos três Poderes da União.

Só para citar alguns dos exemplos mais controversos desse fenômeno que vem ocupando espaço no cenário político brasileiro, não raras vezes, vemos nos noticiários denúncias do Poder Judiciário atuando como legislador positivo, p. ex. nos controversos casos de Ações de Medicamentos, em que maneja decisões com caráter de políticas públicas; também são veiculados casos em que o Chefe do Poder Executivo legisla além dos limites propostos na Constituição, invadindo esfera de competência do Legislativo.

Para demonstrar a prejudicialidade institucional de tais transgressões, serão feitas três grandes aproximações do tema que delinearão os parâmetros de

¹ Neste sentido, a aprovação em 26 de junho de 1945 da Carta das Nações Unidas, e, posteriormente, em 10 de dezembro de 1948, na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, a aprovação da declaração de direitos para assegurar a paz mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

atuação do Poder Judiciário, que é o foco de nossa pesquisa por considerarmos o Ativismo Judicial sua faceta mais prejudicial.

No primeiro capítulo, serão vistas as origens e a evolução histórica do Princípio da Separação de Poderes, a construção jurídico-filosófica que determinou a divisão de competências como base de um Estado Democrático de Direito, buscando assegurar uma convivência pacífica e equilibrada entre os três poderes-funções do Estado.

Ainda, nesta mesma primeira seção, com enfoque na experiência brasileira constitucional a partir de 1988, veremos não somente a interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação dos outros dois poderes, mas também a recíproca, na qual os Poderes Executivo e Legislativo acabam por sobrepor-se uns sobre os outros, condenando a estrutura estatal e denotando a hodierna instabilidade de nossas instituições representativas, necessitadas de uma ampla Reforma Política.

Após a delimitação teórica do modelo estrutural do Estado com base na Separação de Poderes, e da definição de competência de cada um destes, dar-se-á, no segundo capítulo, foco à tendência ativista praticada pelo Poder Judiciário, objeto de nossa preocupação científico-jurídica, e o conceito destes novos paradigmas de judicialização da política/politização da justiça.

Considerando-se a divergência conceitual no que se refere às novas teorias sobre o Ativismo Judicial, no capítulo seguinte, será feita uma digressão analítica das mais diversas acepções relacionadas ao termo, tanto cunhado como um fenômeno benéfico de prestação jurisdicional efetiva à grande parte da população, quanto como uma faceta prejudicial no equilíbrio institucional, justificando-se a adoção da segunda neste trabalho científico.

Tendo em vista tal movimento ter origem e força motriz nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, preocupa-nos também a atuação da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF), que entra neste século XXI permeado de polêmicas sobre as recentes decisões de caráter político. Este será o objeto do quarto capítulo.

E por fim, no último tópico, será feita uma breve incursão no campo filosófico das similitudes e desavenças entre o Direito e a Política, temas que

possuem estreita relação com o desenvolvimento e a legitimidade dos Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas. Assim o é, pois as Constituições cumprem um papel jurídico-político e relacionam estes dois universos distintos numa única intersecção: a instituição do Estado de Direito.

Em busca desta diferenciação entre o sistema jurídico e o sistema político, será exposta, sem a pretensão de esgotar o aprofundamento teórico que tal apreciação implica, a Teoria dos Sistemas desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann (1971), um dos maiores representantes da sociologia alemã atual, focada na apreciação do acoplamento estrutural entre tais sistemas.

Porém, alerta-se desde já que a elaboração de um trabalho nunca é acabada e pronta por si só. A cada passo - e assim espera-se pela continuidade deste trabalho - serão analisadas novas fontes e repensadas novas perspectivas e soluções para uma mesma questão. E este aspecto ainda é mais acentuado no tema proposto.

Não se procurou esgotar as causas e conseqüências do fenômeno exposto, visto que referentes a uma problemática que possui raízes em diversas teorias e que as soluções apresentadas despertam embates de alto nível jurídico-filosófico.

Como dito, vemos a importância do estudo do tema pela sua dimensão extrajurídica e sua interferência direta na atuação dos três Poderes do Estado, servindo de parâmetro no desenvolvimento de uma separação de Poderes equilibrada (não necessariamente, harmônica) e um Judiciário eficaz.

Ainda sobre a repercussão do tema na doutrina, veremos que vários estudiosos, não apenas brasileiros, procuram alertar a comunidade jurídica ao questionar veementemente a atuação do Judiciário no mundo, e especificamente de nossa Corte Constitucional.

Não obstante tal relevância acadêmica do estudo, mas quanto a sua importância social, afigura-nos que o Poder Judiciário deve estar apto a prestar uma tutela jurisdicional legítima e digna a todos os cidadãos, e, assim, constitui finalidade precípua de nossa contribuição científica o aprimoramento deste importante dever-função no Estado de Direito brasileiro.

Diante de tema tão atual e complexo, o presente trabalho intenciona contextualizar o desenvolvimento deste chamado “Ativismo Judicial”, conceituar e demonstrar a presença de tal tendência em toda a instituição Poder Judiciário no Brasil, principalmente no Supremo Tribunal Federal, e propor limitações a tais manifestações, com base na teoria apresentada para a diferenciação entre Direito e Política.

O material utilizado no presente trabalho foi bibliográfico e proveniente da internet. Os métodos utilizados foram o dedutivo; o histórico, quando analisada a evolução institucional do Poder Judiciário; o comparativo, quando visto o tema em outros ordenamentos jurídicos; bem como o axiológico, quando a conclusão foi formada acerca da limitação da atuação judicial ativista.

Urge mostrar que entre os ápices de razão/objetividade e subjetividade/arbitrariedade há um espaço de atuação nos limites saudáveis de interferência entre os Poderes do Estado que devem ser respeitados.

2 A SEPARAÇÃO DE PODERES

A Teoria da Separação de Poderes constitui, nos Estados Modernos, um dos princípios básicos, senão o principal, à manutenção do equilíbrio e estabilidade institucionais.

Porém, ter como base do Ativismo Judicial a Teoria da Separação de Poderes nos afigura como tarefa árdua, com o risco de ser levantada falaciosamente apenas como argumento de autoridade (COPI, 1978, p.81), que segundo Ferraz Jr. (2003, p. 336-337) “[...] funda-se, sobretudo, no prestígio da pessoa ou do grupo invocado”, dada sua aceitação em diferentes períodos históricos e na quase totalidade dos modelos de governo no mundo, com exceção do Vaticano (PIÇARRA, 1989, p. 11).

Alerta-se, então, que não se apresenta o estudo da Separação de Poderes como axioma do Estado de Direito ou teoria impenetrável e indiscutível do modelo adotado pela Constituição de 1988, mas como a adoção historicamente utilizada pelos Estados Modernos para uma divisão funcional e equilibrada desta atividade tão complexa que é o governo dos povos.

Desenvolvida e incorporada ao constitucionalismo por Montesquieu, (2000) no século XVIII, originariamente foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos, ao limitar o poder uno e indivisível do Estado “Leviatã”. Nessa concepção moderna, consiste basicamente no princípio que determina a separação das funções típicas estatais entre três órgãos independentes, autônomos e harmônicos entre si: os Poderes Executivo (função administrativa), Legislativo (função legislativa) e Judiciário (função julgadora).

Ressalta-se que o Estado, como estrutura social, possui a chamada soberania, e daí decorre seu poder uno e indivisível de governar os cidadãos; portanto, o que se divide ou separa nesta teoria são suas funções, através de diferentes órgãos. Parte dos doutrinadores, por este motivo, sustenta a impropriedade da expressão “tripartição de poderes”, pela impossibilidade de divisão do poder do Estado. Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 108):

O *governo* é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das *funções* que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, *uno, indivisível e indelegável*, se desdobra e se compõe de *várias funções*, fato que permite falar em *distinção das funções*, que fundamentalmente são três: a *legislativa*, a *executiva*, e a *jurisdicional*.

Com o passar do tempo, não apenas a expressão separação dos poderes² foi repensada para separação de funções, mas tal teoria passou por reformulações, observada sua finalidade de limitação do poder:

Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente seu núcleo imutável.

Deixou, no entanto, de pressupor necessariamente (ou, sobretudo, de confundir com) uma classificação material das funções estaduais, aspirando a uma validade científica universal e intemporal. Não há dogma *a priori*, mas apenas parte integrante de uma concreta constituição, a partir de cuja distribuição de competências se constrói, o princípio da separação dos poderes pretende, ainda, na actualidade, assegurar uma “estrutura orgânica funcionalmente justa” como princípio de organização óptima das funções de um Estado activo como o contemporâneo, cujas prestações correspondem, por vezes, aos direitos fundamentais (econômicos, sociais e culturais) que progressivamente se vieram somar aos direitos fundamentais de liberdade.

[...]

Tudo isto não pode deixar de determinar, obviamente, a progressiva complexificação do princípio e dificuldades acrescidas no seu tratamento dogmático. (PIÇARRA, 1989, p. 26-27)

É indubitável que a doutrina ou teoria da separação dos poderes desempenha um papel primordial no desenvolvimento do Estado que se propagou pelo mundo ocidental nos últimos dois séculos, sendo alçada a princípio constitucional em diversos países.

Porém, com o abrandamento histórico da Teoria de Montesquieu, passou-se a admitir a execução pelos órgãos de funções atípicas. É o que se pode ver na Constituição Brasileira de 1988, a qual possui previsão expressa de

² Mesmo que o estudo da Separação de Poderes alcance origem distante, tal expressão foi cunhada somente quando das declarações de direito emitidas no final do século XVIII, mais precisamente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, nos idos de 1789.

juízo pelo Senado do Presidente da República nos crimes de responsabilidade - art. 52, I da CF; de medidas provisórias de competência do Presidente da República - art. 62 da CF; e de concessão, ao Judiciário, da prática de atos legislativos na feitura de seu regimento interno nos Tribunais - art. 96, I, "a" da CF.

Inobstante sua importância e eficácia na estruturação nos Estados de Direito, o jurista Dalmo de Abreu Dallari (2007a) levanta três críticas à adoção do sistema da separação das funções.

A primeira crítica levantada é no "sentido de que ele [o princípio da separação de poderes] é meramente formalista, jamais tendo sido praticado" (DALLARI, 2007a, p. 221). Afirma que, mesmo nas hipóteses que a Constituição estabelece a separação de funções, há uma confusão de atividades, pela influência de fatores extraleais, estando presente apenas a aparência de separação.

Tal argumento não merece prosperar conforme lição do constitucionalista português Paulo Otero (2010, p. 13):

A violação da separação de poderes, envolvendo o exercício de uma competência caracterizadora do "núcleo essencial" de uma função do Estado por uma estrutura decisória a quem está confiada uma diferente função do Estado, isto sem que exista qualquer habilitação constitucional para o efeito, gera sempre uma situação de usurpação de poderes, reconduzível a uma inconstitucionalidade material da eventual norma legislativa "habilitadora" de uma tal intervenção;

Os actos violadores do princípio da separação dos poderes encontram-se feridos de nulidade, significando isto que, apesar de aparentarem o contrário, nunca produzem quaisquer efeitos jurídicos, não lhes sendo devida obediência, nem se consolidam na ordem jurídica pelo simples decurso do tempo, podendo ser impugnados a todo o momento e nunca sendo passíveis de aplicação coactiva através de recurso à força pública.

Também, a mera alegação do não cumprimento (ou observação apenas formalista de sua existência) da disposição constitucional referente à separação de poderes não é argumento passível de anular sua importância institucional na manutenção da democracia. Dever-se-ia, sim, reforçar sua aplicação, não reduzindo tal sistema a uma previsão puramente axiológica em nossa Lei Maior.

Ademais, na experiência constitucional brasileira a separação de poderes na Carta Constitucional de 1988 aparece de forma explícita como princípio fundamental do Estado e, caso não respeitada, enseja ações ordinárias ou de

controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal para assegurar seu cumprimento.

A segunda crítica exposta pelo constitucionalista brasileiro diz respeito à ineficácia do sistema para assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado (DALLARI, 2007a, p. 221).

Acrescenta, com ênfase no pensamento de Loewenstein (1965), “que desde o século XVIII se pratica o parlamentarismo, que não aplica o princípio da separação de poderes, a qual, no seu entender, não passa mesmo de uma simples distribuição de funções.” (DALLARI, 2007a, p. 221).

Verifica-se no sistema parlamentarista, que a atuação do Poder Executivo do Estado depende direta ou indiretamente do apoio do parlamento, manifestado comumente por um voto de confiança. Assim, não se pode falar em anulação da separação de poderes na Inglaterra ou em países que adotam o parlamentarismo.

Ora, as funções executiva e legislativa, ainda que vinculadas, estão diferentemente delineadas: a função legiferante é outorgada a um órgão que não o administrador e cada órgão é personificado pelo Chefe de Estado e pelo Chefe de Governo, pessoas distintas³. Corrobora com esta tese o fato que a Teoria da Separação dos Poderes surgiu no Estado parlamentarista britânico, como afirma Piçarra (1989, p. 44):

A doutrina da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, na Inglaterra, no século XVII, estreitamente associada à idéia de *rule of Law* ou, mais concretamente, concebida como pré-requisito prático ou condição *sine qua non* da realização da mesma. Baseava-se em específicas idéias, reivindicações e critérios jurídicos, de cariz essencialmente anti-absolutista.

Como terceira crítica relacionada à dinâmica do Estado, salienta o jusfilósofo pátrio que nos últimos séculos foram ampliadas as exigências sociais, alterando a esfera e intensidade de atuação dos Estados na sociedade. “Tudo isso

³ Ainda, na obra de John Locke, Segundo Tratado sobre o Governo Civil (2004), surge a primeira esquematização doutrinária da Teoria da Separação dos Poderes, baseada, evidentemente, no Estado inglês.

impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes” (DALLARI, 2007a, p. 222).

Neste sentido, inova com base na experiência norte-americana, o constitucionalista americano Bruce Aekerman (2000) que retoma alguns pontos de uma nova separação de poderes em “The New Separation of Powers”, chegando a propor “múltiplos poderes” em detrimento dos três previamente estabelecidos.

Ora, se o Estado está mais dinâmico, e por conseqüência, a população exige uma atuação mais eficaz e transparente de tal ente, dever-se-ia, ao invés de questionar as bases do Estado, firmá-las a ponto de sustentar tal evolução.

Neste ponto, a nosso aviso, a Teoria da Separação dos Poderes não deve ser considerada ultrapassada, mas estudada e reinterpretada para manter com segurança as bases de um Estado equilibrado e harmônico, por tudo que ela representa na consecução dos fins do Estado e na manutenção das garantias individuais.

Por isso, para enfrentarmos as origens e a importância da questão do Ativismo Judicial no Estado contemporâneo, é necessário aprofundarmo-nos na verificação do surgimento e evolução da Tripartição dos Poderes desde a Grécia Antiga até estas novas interpretações nos dias atuais, e quais as conseqüências de sua adoção no Brasil.

2.1 Evolução Principiológica

Assim como a maioria dos institutos desenvolvidos nas ciências humanas, não há uma data precisa de criação da Teoria da Separação de Poderes, dado seu caráter mutante e abstrato; mas pode-se afirmar que a discussão sobre repartir funções políticas tem início na Grécia e em Roma, com outros temas políticos que originariam os moldes atuais dos Estados Modernos:

Remontam à Grécia e a Roma antigas algumas das idéias que vieram a encontrar a sua expressão institucional mais perfeita no moderno Estado

constitucional e que poderiam ser designadas por “axiomas fundamentais da idéia ocidental de Estado”, contraposta, desde sempre, ao “despotismo oriental”. (PIÇARRA, 1989, p. 31)

Pode-se atribuir ao filósofo estagirita Aristóteles, em sua *magnun opus* A Política, no Livro III, Cap. XI (2004), o início da discussão, na qual afirma ser injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, *in verbis*:

É de importância que o poder fique dependente, e não se deve suportar que os que dispõem dele ajam de acordo com duas veleidades, pois a possibilidade de fazer tudo o que se pretenda obsta a que se possa resistir às más inclinações da natureza humana. (ARISTÓTELES, 2004, p. 217)

A partir desta primeira menção à separação dos poderes, outras aparições do fenômeno têm lugar, contradizendo a *communis opinio* de que fora Montesquieu o único e célebre criador desta teoria. Verifica-se, como exemplo, na Baixa Idade Média, em 1324, a obra *Defensor Pacis* de Marsílio de Pádua, jurista e político italiano, que separa a função legislativa da executiva:

As leis elaboradas mediante consulta à globalidade dos cidadãos e aprovadas consensualmente pelos mesmos serão muito melhor cumpridas e ninguém terá motivo para protestar contra elas.

Agora convém tratar da causa eficiente do governo. Isso consiste em demonstrar comprovadamente a quem cabe não só a autoridade para escolhê-lo, mas também e conseqüentemente para instituir os demais grupos sociais ou ofícios da cidade. (PÁDUA, 1995, p. 144-145)

E, *a posteriori*, em Maquiavel também se encontra menção à separação dos poderes no clássico “O Príncipe”, como afirma Dallari (2007a, p. 218):

Segundo informação contida em “O Príncipe” de Maquiavel, no começo do século XVI já se encontravam na França três poderes distintos: o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente. É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade e segurança ao rei.

Porém - e o que nos importa - como teoria política, tal tripartição tem efeito no modelo heurístico de John Locke, na obra Segundo Tratado sobre o Governo (2004), denominando os três poderes indispensáveis às sociedades políticas: Legislativo, Executivo e Federativo, controlados pela sociedade (2004, p. 106) e perante os quais o contrato social deveria estipular as garantias e equilíbrios, os chamados *checks and balances*.

No sistema de Locke, o *tertium* Poder Federativo compreendia o “poder de guerra e paz”, e atuava conjuntamente com o Executivo, mas promovendo alianças de caráter externo:

Aí está, pois, a base do poder de guerra e paz de fazer ou desfazer ligas e alianças, e todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade; podemos chamar a isso de poder “federativo”, se quiserem. Se a idéia ficou clara, porém, o nome é indiferente. (LOCKE, 2004, p. 107)

Locke (2004) considerava o Poder Legislativo supremo, tendo em vista que definir leis sugere função mais relevante que somente executá-las, e previa mecanismos para suprimir a arbitrariedade desta função predominante:

Impõe-se, pois, garantir que o corpo legislativo, detentor do poder supremo no Estado, não se torne arbitrário. É que, para Locke, mesmo o poder político-estadual fundado no consentimento da colectividade dos seus destinatários carece de limites. O autor não concebe, pois, nenhum titular do poder que por sua natureza dele não possa abusar. Neste, como noutros pontos, Locke é primacialmente um liberal.

Para além da exigência de que o poder Legislativo actue mediante processo legislativo regular, da proibição de delegar o seu poder e de governar por decretos improvisados e arbitrários, é essencial impedi-lo de executar as leis que faz. Chega-se ao âmago do tema da separação dos poderes. (PIÇARRA, 1989, p. 70-71)

E finalmente, no célebre Livro XI “Des lois qui Forment La Liberté Politique dans son Rapport avec La Constitution” (Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição), da obra *L'Esprit des Lois* (Do Espírito das Leis, 2000), o Barão de Montesquieu, no século XVIII, define a forma atual da tripartição de poderes, resguardando as liberdades individuais:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168)

Tal obra, finalizada no ano de 1747, é um marco no estudo do Estado e inaugural na abordagem da política como ciência. Mesmo que a divisão dos três poderes não seja inédita, visto que existente desde os gregos e romanos, seu princípio sempre fora numérico e Montesquieu passa a delimitar sua estrutura e seu funcionamento de forma não antes vista.

Pode-se antever no estudo do desenvolvimento da teoria que, enquanto em Locke (2004) o poder federativo possuía um caráter híbrido, Montesquieu (2000) não concebe nenhuma função com dupla natureza, delimitando especificadamente a atuação de cada órgão, integrando-os num único papel:

Para Montesquieu, as funções estaduais parecem, pois, resumir-se à edição de leis e à sua execução pela força pública, directamente ou mediante a intervenção dos tribunais. (PIÇARRA, 1989, p. 93)

A lei, portanto, na divisão de Montesquieu, possui importância essencial na atuação dos poderes e deverá ser tão absoluta e auto-suficiente ao fornecer critérios jurídico-abstratos que consubstancie premissa para um mero silogismo a ser feito pelo juiz, o qual deveria ser temporário e eleito nos preceitos do teórico (MONTESQUIEU, 2000, p. 170).

O essencial, portanto, na discussão da relação entre os poderes em Montesquieu, é o primado da *rule of Law*, ou seja, ao garantir a supremacia da lei, Montesquieu isenta a atuação do Estado de obscuridades, ambiguidades e contradições, delimitando as esferas do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, *in verbis*:

O poder legislativo traduz-se no poder de fazer leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas O poder executivo do Estado é o poder de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões. O poder de julgar ou o poder executivo das coisas que dependem do direito civil é o poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares. (PIÇARRA, 1989, p. 91)

Quanto à função judicial em Montesquieu, cumpre-nos salientar que sua visão era estritamente positivista, bem conhecida a célebre afirmação do autor: “le juge est la bouche de la loi” (MONTESQUIEU, 2000, p.175):

O poder judicial, despojado de qualquer autonomia decisória, de qualquer poder criador do Direito, há de ser, por isso, “em quelque façon invisible et nulle”, o que só fica definitivamente assegurado não o atribuindo nenhum “senado permanente”, mas a cidadãos das mais diversas proveniências sociais e profissionais, eleitos durante certos períodos. Os tribunais não devem ser fixos, mas apenas constituídos durante o tempo necessário para cumprir suas funções. (PIÇARRA, 1989, p. 97)

E por remontar a Montesquieu tal correlação entre liberdades individuais e limitação do poder estatal, sua adoção foi largamente utilizada nos países ocidentais, mantendo o equilíbrio entre as funções do Estado:

Montesquieu preconiza, neste contexto, um sistema de cooperação mútua entre os diversos poderes, confiando-se a cada um deles (salvo ao poder judicial, entendido como nulo para efeitos políticos) uma *faculté de statuer* e, simultaneamente, uma *faculté d'empêcher* ou, segundo a formulação norte americana, um sistema de *checks and balances*. (OTERO, 2010, p. 14)

Nestes moldes, e consagrada posteriormente como Princípio fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi tida em 1789 como um dogma, positivando-se inclusive na Declaração a previsão de que o Estado que não aceitasse a tripartição como base não haveria de ter uma Constituição:

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Georg W. F. Hegel (1992), quando despregou a política dos dogmas cristãos e jogou-a nas opções humanas (*subjektive freiheit*), causou uma reforma do pensamento vigente e, como conseqüência, trouxe o homem para o centro da sociedade, tornando-o responsável por ela. A partir daí, começou-se o estudo do fenômeno político e da divisão de poderes no seio social, culminando com uma Teoria de Separação de Poderes, delineada por Montesquieu (2000) e largamente utilizada nos Estados Modernos.

Combinado com o enfraquecimento político dos órgãos de representação democrática, parte da doutrina sugere novas interpretações para a Teoria da Separação dos Poderes, questionando inclusive sua aplicabilidade:

Na medida em que o Judiciário e também o Executivo (cujas funções legislativas cresceram incrivelmente ao longo do século XX) foram ocupando espaços cada vez maiores, passou-se a divulgar a notícia, um tanto alarmista, de superação da idéia de separação dos poderes. Na verdade, a crise da separação dos poderes de que se fala hoje parece ser, realmente, a resposta mais evidente diante da radical alteração das circunstâncias do século XX e da incompatibilidade destas com as concepções consagradas a respeito da separação de poderes, que simplesmente não acompanharam a construção destas novas realidades. Mas estaria mesmo a idéia básica, o fundamento lógico da separação de poderes em crise? A ampliação dos poderes do Poder Judiciário seria um sinal de sua decadência? (BARCELLOS, 2002, p. 214-215)

Fica nítido pela evolução histórica, que tal teoria, *pari passu*, evoluiu e que seu gradual desenvolvimento fixou-se como pilar dos Estados Modernos, mesmo sendo foco de intensas discussões e alvo de críticas.

Quanto à indagação da doutrinadora, portanto, nos parece que a resposta é negativa: as mudanças referentes à atuação dos poderes, incluída a ampliação dos poderes do Judiciário, não sinalizam a decadência da Separação de Poderes, mas sua reconstrução.

2.2 Separação de Poderes na Constituição Brasileira de 1988

Todas as Constituições Brasileiras⁴ adotaram a Separação de Poderes em sua formulação clássica tripartida de Montesquieu. E neste mesmo sentido, a Constituição Brasileira de 1988 adotou tal construção teórica como mandamento nuclear de estruturação do Estado, como se infere do artigo 2º que estabelece a independência e harmonia entre os três poderes da União:

Art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Não obstante prever já no início do texto constitucional tal princípio, a CF/88 o elenca como “princípio fundamental”, ou seja, base para a interpretação de outras normas constitucionais, pré-ordenando a estruturação do Estado Brasileiro.

Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 109), a divisão de poderes fundamenta-se em dois elementos, quais sejam a *especialização funcional* e a *independência orgânica*, pois, além de especializar-se no exercício de uma função, cada órgão deverá ser independente, postulando a ausência de meios de subordinação.

Ainda, alguns subprincípios derivados da adoção desta teoria servem para regulamentar sua aplicação, o regramento da “independência e harmonia”, a “indelegabilidade de poderes” e a “inacumulabilidade” de funções de poderes distintos, bem como o sistema de freios e contrapesos, inerentes ao estudo do tema.

A primeira determinação diz respeito a um mínimo e um máximo de independência a cada poder, sob pena de desfigurar a separação. Assim, a muito em voga flexibilização da regra-parâmetro, atendendo, por vezes os ditames de “proporcionalidade”, considerado postulado normativo-aplicativo segundo Humberto Ávila (2004, p. 112), encontra limites da idéia-fim do princípio: qual seja, a limitação do poder.

Quanto ao segundo princípio, ao longo da evolução dos tempos, a cláusula vedatória da delegação de poderes, “*the non-delegation doctrine*”, foi perdendo espaço nas democracias modernas. Tal regra se curva a dois limites: a

⁴ Salienta-se que a Constituição do Império (1824) adotara a partição de quatro poderes (acrescentando o Moderador) sendo que as demais adotaram a tripartição de Montesquieu.

impossibilidade de abdicação a um poder originário constitucionalmente atribuído e os contornos para a execução de um poder delegado. Sob essa ótica, podemos excluir a indelegabilidade de poderes como parâmetro à separação, visto que cada vez mais há delegação de funções entre os poderes.

Por fim, a regra da inacumulabilidade se destina a assegurar a independência, pressupondo a não subordinação recíproca entre tais poderes, vigente em nosso ordenamento constitucional.

Tal sistema, consagrado atualmente nas Constituições de quase todos os países, associou-se à idéia de Estado Democrático de Direito, pela adoção do sistema de freios e contrapesos na intersecção entre tais poderes. Ou seja, é a proposta de uma divisão funcional entre três esferas (administração, legislação e jurisdição), de modo que um órgão não possa extrapolar seus limites sem ser freado pelos demais.

Sobre tal adoção, explica Dallari (2007a, p. 220-221):

Segundo esta teoria [sistema de freios e contrapesos] os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos *gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de *atos especiais*. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes, surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

O Poder Legislativo legitima-se, portanto, por meio do processo legislativo, assegurando-se a deliberação democrática a respeito das matérias permitidas pela Constituição.

Já o Executivo, com graus diferentes de liberdade, concretiza os mandamentos dispostos pelo Legislativo por meio de estrutura hierárquica previamente definida pela adoção de atos impessoais e transparentes.

E o Poder Judiciário cumpre sua função no processo judicial, que, institucionalmente estruturado, assegura a participação do cidadão por meio do devido processo legal, sempre com elevado grau de individualização.

Tais breves considerações demonstram que o exercício das funções do Estado exige um mínimo de autonomia organizacional e de respeito às regras estruturantes de competências. E nesse contexto de limitação institucional deve inserir a análise da atuação Judiciária interventiva.

Como dito, atualmente se experimenta na estruturação dos Estados uma interferência muito maior de um poder em outro que há séculos atrás, e tal interpenetração cada vez mais vem se intensificando:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e até mesmo da função de governo. Não se trata do exercício descabido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 116-117)

Passados mais de dois séculos desde a formulação de Montesquieu, essencialmente a Separação de Poderes se apresenta válida ainda que num outro contexto. De uma estrita separação, hoje ela se vê atenuada pelos freios e contrapesos e pelas previstas constitucionalmente interferências funcionais de um poder sobre o outro:

A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*. (SILVA, José Afonso, 2009, p. 109)

Porém, quais os limites de confusão entre tais órgãos no Estado contemporâneo? Será saudável e legítimo a um Estado que se relativize de forma abissal tal pressuposto básico?

Afigura-nos que não.

A chamada “relativização” ou “flexibilização” deste princípio deve ser pautada em limites constitucionais, sob pena de não haver mais controle sobre os limites da atuação dos órgãos do Estado.

Visto que os poderes possuem suas funções típicas e atípicas delimitadas pela Constituição, tal atuação deve ser controlada pelos próprios Poderes, no chamado mecanismo de freios e contrapesos, bem como por nós, cidadãos, visto a inexistência de um “Poder Moderador” que os regule e sendo a lei de coercitividade insuficiente:

O sistema dos controlos jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo.

[...]

Porque a natureza da lei é política, mas também jurídica, porque a sua componente política pode sobrepor-se à sua componente jurídica e pode postergar os valores jurídico-constitucionais fundamentais, ela convoca, *ipso facto* no Estado de Direito – em que, pela disposição das coisas o poder limita o poder – um freio e um contrapeso, ou seja, um poder destinado a garantir na lei esses valores. (PIÇARRA, 1989, p. 259-260)

Neste sentido, podemos vislumbrar para tal controle a diferenciação funcional dos papéis do Executivo e Legislativo definida historicamente:

No entanto, à luz da história da doutrina da separação dos poderes, a distinção funcional entre legislação e execução mostra-se absolutamente essencial. Ela traduz, na realidade, duas formas materialmente distintas de actuação jurídica do Estado: a edição de normas gerais e abstractas, prévia e independentemente de casos concretos, e a sua execução ou aplicação a casos concretos, que é conquista definitiva da Idade Moderna e componente essencial do Estado de Direito. (PIÇARRA, 1989, p. 92)

Haverá violação a tal princípio quando um dos poderes estabelecidos ultrapassar seu núcleo típico e atípico e atingir funções típicas de outro Poder. Tal

princípio exige que o núcleo essencial do sistema de competências referentes a uma determinada função não seja esvaziado.

O que experimentamos em nosso país após a Constituição de 1988, segundo pesquisadores políticos, é uma tendência ao favorecimento do Executivo em detrimento de poder Legislativo, órgão legítimo de representatividade popular, *in verbis*:

Em suma, na ordem institucional criada pela Constituição de 1988, ao contrário do que vigia sob a Constituição de 1946, a distribuição de poder é favorável ao Executivo. Além disso, o princípio de distribuição de direitos e recursos parlamentares é partidário e concentrado nas mãos dos líderes. A centralização do processo legislativo funciona como um freio ao processamento de demandas diversas que, por meio do sistema de representação vigente no Brasil, são canalizadas para o Congresso Nacional e têm entrada no sistema decisório nacional. O poder do parlamentar para influenciar, direta e individualmente, as políticas públicas é limitado. Sendo assim, a concentração de poder decisório já produz alguns dos efeitos buscados pelos que – em nome de maior governabilidade – propõem a adoção do parlamentarismo e as mudanças na legislação eleitoral e partidária visando a limitar o número de partidos e o acesso ao Legislativo. (FIGUEIREDO, 2001, p. 16. Grifou-se)

Pelo estudo, com a Constituição de 1988 foram aprovados dois conjuntos distintos e contraditórios de medidas para o Legislativo. De um lado, medidas tendentes ao fortalecimento do Congresso, recuperando os poderes esvaídos durante o período militar e de outro, se mantiveram diversas disposições reguladoras do Poder Executivo sobre o Legislativo que se apresentavam décadas antes.

Concluem os estudiosos, neste âmbito, pela “atrofia do próprio Legislativo, e a predominância do Executivo, principal legislador *de jure* e de fato.” (FIGUEIREDO, 2001, p. 41).

Historicamente, cabe também mencionarmos que no século XIX, por força do movimento de codificação do direito, especialmente o privado, foi o século de atenção do Legislativo. Por outro lado, no século XX, com a valorização do constitucionalismo como base do Direito, o Direito Público se sobressai e o Executivo assume as luzes da ribalta.

E já em meados do século XX, e início do século XXI, não pôde ser diferente tal alternância de prioridades; e o Judiciário, por força da difusão do acesso

à justiça, assume tal posto. Como reforça o Professor Paulo Bonavides (2004, p. 138):

Flutua o Judiciário brasileiro diante de pressões cujas ondas o fazem oscilar entre a cidadania e o capital, entre a independência e a submissão, entre a lei e o arbítrio, entre a razão e a vontade, entre o princípio e a regra, entre a democracia e o elitismo.

A Constituição que ele tem por dever guardar perde cada dia que passa legitimidade e juridicidade. Isso acontece porque o País já não confia na retidão dos três Poderes no tocante ao desempenho de suas atribuições constitucionais. A desconfiança gera a crise e a enfermidade do sistema, e esta lhe poderá ser fatal.

Assim, tendo visto, ainda que brevemente, o desequilíbrio institucional que assola também os Poderes Executivo e Legislativo, nos preocuparemos nos próximos capítulos com a atuação do Poder Judiciário.

3 O PODER JUDICIÁRIO

A atribuição contemporânea do Poder Judiciário como instituição que detém o monopólio da jurisdição é uma concepção recente, se concretizando nos séculos XVIII e XIX, delimitando e diferenciando o sistema jurídico dos demais sistemas que compõem a sociedade, como por exemplo, o político e o econômico.

Esta instituição, como qualquer outra, não ficou imune das transformações sociais que caracterizam a nossa época, e tendo em vista a notável morosidade na composição das lides dentre outros “males” institucionais, o Judiciário parece não conseguir responder satisfatoriamente ao que a sociedade almeja⁵.

Segue breve histórico da atuação judiciária, e posteriormente uma análise do Judiciário brasileiro, tanto externa, ou seja, pela população em geral e no meio jurídico, quanto internamente, a partir de avaliação feita por seus membros.

3.1 Histórico da Atuação Jurisdicional

A presença de um órgão judicante tem efeito desde a instituição mais remota de organização estatal, tendo como pressuposto a necessidade de resolução das lides por um terceiro desinteressado.

Pode-se dizer que, primitivamente, o órgão judicante tem origem nas famílias, nas quais o juiz é o pai ou *pater familias*:

As leis gregas e romanas reconheceram ao pai aquele poder ilimitado de que a religião o revestira no princípio. Os direitos, numerosos e diversos, que as leis lhe conferiram podem ser classificados em três categorias,

⁵ Este quadro de insatisfação não é, no entanto, exclusividade brasileira, sendo possível identificar críticas semelhantes em quase todos os países que partilham o modelo ocidental de judiciário, constatando-se a necessidade de transformação do papel tradicional institucional e certa perplexidade em relação aos rumos a serem tomados.

conforme considerarmos o pai de família chefe religioso, proprietário ou juiz. (COULANGES, 2006, p. 97-98)

Evolutivamente, no clã, o juiz é o chefe, e na Grécia designavam o magistrado de *oi entélei*, que significa “os que devem realizar o sacrifício”, idéia primitiva de magistrado manifestamente vinculada à religião (COULANGES, 2006, p. 199).

Esta crescente complexidade da função toma espaço até a criação da função judicante específica e vinculada ao Estado, em Roma:

Na verdade, a apropriação do Direito pelo Estado, que hoje conhecemos como o monopólio estatal da jurisdição, tem início, na história de Roma, alguns anos antes do nascimento de Cristo, quando a magistratura republicana cede espaço ao *princips* que assume, aos poucos, o lugar do *praetor*. (BAPTISTA DA SILVA, 2007, p. 2)

No fascinante Império Romano, a magistratura toma uma forma mais complexa, cumprida pelo *praetor*, equivalente, nos moldes atuais, a um juiz de primeira instância, porém com poderes *sui generis*, visto que poderia substituir os cônsules, quando ausentes, e cujo cargo era eletivo.

Verifica-se o grande poder dado ao magistrado no período clássico, tendo em vista que o sistema jurídico não era ainda sistematizado, de forma a vincular a atuação do juiz. O direito era constituído, em grande parte, da *jurisdictio* pretoriana, desvinculado de um complexo de normas abstratas:

O direito romano, no período indicado, não contava com um sistema jurídico organizado legislativamente. As leis escritas eram raras, não existiam, como agora, os códigos, surgidos paulatinamente, para assumir relevância apenas nos últimos períodos do direito romano, para depois tornarem-se institucionalizados nos sistemas europeus.

Este, a nosso ver, é um ponto de crucial importância quando se busca compreender o retorno da jurisdição moderna às fontes romanas, porque, naquele período, ao invés de aplicarem-se normas jurídicas legislativamente constituídas, era através da *iurisdictio* que a norma individual, a ser observada no caso concreto, era criada, literalmente criada, ao menos nas fases mais primitivas do direito romano.

[...]

Ao Pretor, porém, não cabia a criação de normas gerais, como o faz o legislador moderno, ou como começaram a fazer os *Princips* e depois os

Imperadores romanos. A *iurisdictio* pretoriana criava um "vínculo jurídico concreto" entre as partes litigantes (*ius*), nunca uma norma abstrata, semelhante a nossas leis. (BAPTISTA DA SILVA, 2007, p. 3-6)

Vê-se que na Antiguidade relacionavam a função jurisdicional às coisas sagradas, e os cidadãos supunham receber dos deuses os seus magistrados (COULANGES, 2006, p. 201).

Com o passar do tempo, por fim, a função jurisdicional desvinculou-se desta aura mística e caiu no rol das atividades mundanas (ainda que alguns magistrados não a contemplem como tal).

Atualmente, cabe ao Estado Moderno, em seu Poder-função Judiciário, solucionar as contendas a ele oferecidas, ao pronunciar a quem pertence o direito material objeto da lide e, coercitivamente, dar eficácia às suas decisões, sejam declaratórias ou condenatórias, executivas e mandamentais.

Neste ínterim, destacam-se diversos princípios que norteiam a atuação jurisdicional, como o monopólio da jurisdição pelo Estado (a partir do Império Romano) a Inércia do Poder Judiciário, que se manifesta somente quando demandado, o Juízo Natural, a Inafastabilidade da Jurisdição, bem como a Indelegabilidade, para mencionarmos somente alguns dos mais relevantes em nosso sistema jurídico.

3.2 O Poder Judiciário Brasileiro

O Poder Judiciário brasileiro é um complexo institucional com uma sofisticada divisão de competências; dispõe atualmente de duas justiças comuns (federal e estadual) e de três justiças especiais (trabalhista, eleitoral e militar) e tem o sistema judicial estabelecido pela Constituição Federativa da República do Brasil de 1988, no Título IV (Da Organização dos Poderes), Capítulo III (Do Poder Judiciário), bem como por normas internas de organização judiciária.

É composto por noventa e um tribunais dispersos em um território continental, coordenados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com sede em

Brasília (DF), capitaneados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e por quatro tribunais superiores: Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Superior Tribunal Militar (STM) e Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

São, ainda, cinco tribunais regionais federais (TRF); 24 tribunais regionais do trabalho (TRT); 27 tribunais regionais eleitorais (TRE), que têm sede em cada uma das capitais e no DF; 27 tribunais de justiça, que têm sede em cada uma das capitais e no DF e três tribunais estaduais militares situados, cada um, em São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Historicamente, analisando-se as ordens constitucionais que se sucederam, observamos, genericamente, uma progressiva importância dada ao Poder Judiciário, sendo-lhe atribuídas funções, direitos e deveres distintos de acordo com a realidade sócio-cultural experimentada⁶.

Na primeira Lei maior de nosso país, a Constituição Política do Império de Brasil de 25 de março de 1824 (BRASIL, 1824), observa-se um tímido Poder Judiciário, coexistente com outros três poderes (Executivo, Legislativo e Moderador) e composto por juízes e jurados.

Em 24 de fevereiro de 1891, com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (BRASIL, 1891), é notável uma grande influência do modelo norte-americano de organização estatal, mostrando-se em muitos aspectos uma constituição incongruente com a realidade brasileira, sendo adequada, *in casu*, a grande lição de Montesquieu (2000, p. 324): “somente por um grande acaso as leis de uma nação podem convir a outra”.

Nesta Constituição, procurou-se colocar a magistratura em pé de igualdade com os demais poderes, sendo resguardada a inviolabilidade dos organismos judiciários. Foi criado o Supremo Tribunal Federal, aos moldes da Suprema Corte americana, e a dualidade de justiças estadual e federal. Positivamente, o Poder Judiciário foi firmado como um dos poderes autônomos e independentes da República, recebendo o papel de guardião da ordem constitucional além de protetor dos direitos e das garantias fundamentais. Cumpre

⁶ Esta progressividade e evolução nas atribuições do Poder Judiciário podem ser observadas genericamente, ressalvados os períodos despóticos e totalitaristas das Cartas constitucionais de Getúlio Vargas durante o Estado Novo, em 1937, e durante o período do regime militar, nos idos de 1967.

salientar a inclusão também do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, importante instrumento de controle legislativo, porém, nesta época, ainda muito difuso e inefetivo.

Numa evolução organizacional, *a posteriori*, a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934) inova com a consagração de dois ramos especiais dentro da justiça da União: a militar e a eleitoral, com seus respectivos órgãos.

Porém, três anos após, em 1937, é outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas nova Carta Constitucional (BRASIL, 1937), a qual suprime grande parte das alterações já instauradas na ordem constitucional brasileira e sequer prevê a existência dos três poderes de Estado, sua separação e independência. Esta constituição, que tinha a alcunha de "Polaca" (pela influência da Constituição autoritária da Polônia, bem como pelo nome de uma zona de baixo meretrício no Rio de Janeiro), na prática não vigorou, pois Getúlio governou durante todo o Estado Novo por decreto-lei e nunca convocou o plebiscito nela previsto⁷.

A Constituição de 1937 deu origem a vários acontecimentos na história política brasileira que geraram conseqüências até hoje. Principalmente, formou o grupo de oposição a Getúlio que culminou no golpe militar de 1964, que, por sua vez, deu origem à Constituição de 1967 (BRASIL, 1967), a outra constituição republicana autoritária — a segunda e, até agora, a última.

Em 1946, com o fim do Estado Novo de Vargas, é promulgada uma Constituição marcada pelo retorno à democracia e pelo restabelecimento das instituições políticas. Pela primeira vez, é explicitada como princípio constitucional a garantia de *amplo acesso ao Poder Judiciário*, de modo que nenhuma lesão de direito individual poderia ser excluída de apreciação judicial. Foi criada, neste mesmo documento, a Justiça do Trabalho e restabelecida a Justiça eleitoral.

Posteriormente, em 1964, com um movimento armado deflagrado dando lugar a um regime despótico e autoritário, o regime militar que se institucionalizou e enfraqueceu brutalmente o princípio federativo. Neste período, foram suspensas as mais elementares garantias da magistratura, a vitaliciedade e a inamovibilidade, enquanto foi recriada a Justiça Federal ocorrendo também o

⁷ Na versão de Francisco Campos, que redigiu a "Polaca", o erro de Getúlio Vargas foi não ter instalado o Poder Legislativo nem sequer ter sido legitimado pelo voto em plebiscito. (ARRUDA, 1986)

aumento no número de juízes do Supremo e do Tribunal Federal de Recursos, hoje órgão inexistente.

Sob égide do regime militar, a Constituição de 1967 referendou as alterações judiciárias ocorridas desde o golpe de 1964, restringindo as liberdades civis e políticas e excluindo da apreciação jurisdicional os atos praticados sob a égide dos Atos Institucionais. Nesta época, uma manobra legislativa realizada pelo então presidente concentrou as decisões em um Supremo Tribunal Federal totalmente manipulado e conduzido por um Poder Executivo fortemente centralizado.

Finalmente, após o período de institucionalização do regime militar, em 1988 a “Constituição Cidadã” (BRASIL, 1988) marca o retorno do país à democracia e declara a separação dos poderes formadores do Estado em seu artigo 2º que vige até os dias atuais.

Como visto historicamente, o Poder Judiciário foi fortalecido em sua posição político-institucional. Temos hoje, uma justiça incomparavelmente melhor, mais acessível e democrática, e o aniversário de 200 anos da Justiça brasileira no ano de 2008 foi marcado como sinônimo de rompimento com o passado e início de uma nova fase de transparência, eficiência e modernidade.

Não obstante esta consolidação de melhorias efetivas na instituição, todavia muito há ainda a ser feito, principalmente no que se refere à celeridade na tramitação e ao efetivo acesso da população à devida prestação jurisdicional.

Tendo em vista a importância da análise popular das instituições como espelho da estrutura estatal, nos últimos anos alguns institutos de pesquisa de opinião pública divulgaram informações sobre o grau de confiança depositado pela população em diversas instituições brasileiras.

Um destes levantamentos, realizado pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística - IBOPE (2005), avaliou 18 instituições – entre as quais, algumas envolvidas com a produção e a distribuição da justiça no país, tais como o poder judiciário, a polícia e a advocacia. Segundo os dados coletados, a maioria

absoluta da população não confiava na polícia (61%) e aproximadamente metade não confiava no Poder Judiciário (51%) e na advocacia (47%)⁸.

O povo, destinatário da lei, não mais confia em seu aplicador por excelência: o juiz.

Esta percepção do sistema judicial pelos brasileiros demonstra seu acesso ainda distante para uma parcela significativa da população, a qual prefere não submeter qualquer violação de seus direitos a essa instituição.

Reiterando a negativa análise popular sobre o Poder Judiciário, o relator especial da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), em um relatório preliminar, após uma visita realizada ao país em 2004 insiste nos problemas relacionados ao acesso à justiça e à morosidade (UNITED NATIONS, 2005, p. 2 apud IPEA, 2008, p.10. Tradução livre):

O relatório identifica as principais deficiências do sistema da seguinte forma: problemas com o acesso à justiça, sua lentidão e notórios atrasos, o fato de que existem muito poucas mulheres ou pessoas de ascendência Africana ou de origem indígena melhores posicionadas na magistratura, uma tendência ao nepotismo e a não utilização de concursos para provimento de cargos judiciais. [...] De todas estas deficiências, a mais grave é sem dúvida a primeira, já que uma grande proporção da população brasileira, por razões de natureza econômica, social ou cultural, ou de exclusão social, encontra o seu acesso aos serviços judiciais bloqueado ou é discriminada na prestação desses services. [...] Os atrasos na administração da justiça são outro grande problema, que, na prática, afeta o direito aos serviços judiciais e os torna ineficazes. Julgamentos pode levar anos, o que gera incerteza, tanto em matéria cível e criminal e, muitas vezes, à impunidade.⁹

Além desses dados relacionados ao Poder Judiciário em nível nacional, também observamos uma agravante da crise no Estado de São Paulo, onde a justiça estadual é uma das mais lentas e menos informatizadas comparada com

⁸ O levantamento do Ibope não estabeleceu diferenciações entre os diversos tipos de Poder Judiciário (comum ou especial, federal ou estadual), entre os tipos de polícia (judiciária ou militar, federal ou estadual) ou entre os tipos de advocacia (privada ou pública). (Ibope, 2005 apud IPEA, 2008, p.8)

⁹ The report identifies the system's main shortcomings as follows: problems with access to justice, its slowness and notorious delays, the fact that there are very few women or people of African descent or indigenous origin in top positions in the judiciary, a tendency towards nepotism and the non-use of competitive examinations to appoint judicial staff [...] Of all these shortcomings, the most serious is without doubt the first, since a large proportion of the Brazilian population, for reasons of an economic, social or cultural nature or social exclusion, finds its access to judicial services blocked or is discriminated against in the delivery of those services. [...] Delays in the administration of justice are another big problem, which in practice affects the right to judicial services or renders them ineffective. Judgements can take years, which leads to uncertainty in both civil and criminal matters and, often, to impunity.

outros Estados - como o Estado do Rio de Janeiro - conforme afirma um estudo realizado pelo Banco Mundial (2004, p. 198) sobre o judiciário brasileiro:

São Paulo: Apesar do seu tamanho e da pesada carga de trabalho (mais de um terço do total relativo a todos os tribunais estaduais), ou possivelmente por causa disso, São Paulo mostra-se atrasado na adoção de equipamento para automação, de sistemas automatizados para acompanhamentos de processo e de estatísticas de administração. [...] É claro que esta é a situação em todo o país, mas o desenvolvimento de um sistema novo oferece a oportunidade de evitar inúmeras conseqüências problemáticas comuns.

No ano de 2005, sob a coordenação da Professora Maria Tereza Sadek, foi publicado pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), outro relevante estudo acerca do perfil dos magistrados, os quais foram distinguidos por: situação funcional, gênero, instância em que atuam, tempo na magistratura, região geográfica e quartil de IDH, abrangendo ainda posteriormente a opinião dos mesmos sobre alguns temas mais polêmicos relacionados à instituição (SADEK, 2005).

Segundo os dados coletados, o magistrado brasileiro típico é do gênero masculino; de cor branca; com média de idade de 50 anos, considerando-se todos os respondentes, e de 44,4 anos, atentando-se apenas para os que estão presentemente em atividade; casado, com filhos; proveniente de família com mais de um filho; filho de pais com escolaridade inferior à sua; formado em Faculdade de Direito Pública (SADEK, 2005, p. 4).

Porém, segundo a mesma pesquisa, os indícios de juvenilização e feminização, incorporação de grupos não-brancos e as mais recentes disparidades nas origens familiares constataam o traço dinâmico da identidade corporativa que se encontra em processo de abertura, e consolida-se democraticamente (SADEK, 2005, p. 6). O perfil revelado pela pesquisa demonstra a heterogeneidade observada desde a origem social até as percepções dos magistrados brasileiros. De uma forma geral, os que estão na magistratura há menos tempo tendem a ser mais críticos. Inversamente, encontra-se no grupo que pertence à magistratura há 21 anos e mais os maiores percentuais de avaliações positivas.

Em relação à análise feita pelos magistrados sobre o Poder Judiciário, foram abordados três aspectos da instituição. No tocando às custas e à

imparcialidade da instituição, a avaliação não foi negativa como em relação ao primeiro aspecto, que se refere à agilidade, sobre a qual os entrevistados têm uma percepção bastante crítica do Judiciário.

O Judiciário brasileiro, como um todo, merece "muito bom" e "bom" de apenas 9,9% dos magistrados. No extremo oposto, quase a metade – 48,9% – avalia a instituição, quanto à agilidade, como "ruim" e "muito ruim". Há, contudo, expressivas diferenças nas notas dadas em relação a cada um dos ramos e tribunais. Isoladamente, todos têm uma avaliação melhor do que a obtida pelo Judiciário como um todo.

No geral, a Justiça Eleitoral é o órgão mais bem avaliado, com "muito bom" e "bom" de 64,8%. Em segundo lugar, mas muito distante deste percentual, aparece a Justiça do Trabalho, com 29,3% de notas "muito bom" e "bom". As piores avaliações (soma dos percentuais "ruim" e "muito ruim") foram conferidas para o STF e para a Justiça Estadual, com 45,3% e 44,6%, respectivamente. Note-se que mais da metade dos entrevistados (59,3%) não respondeu ou não emitiu opinião sobre a Justiça Militar. Um percentual também significativo – 43,3% – não manifestou opinião sobre o TST, quanto à agilidade.

Percebe-se, portanto, que a morosidade é a principal falta grave desta instituição que tanto evoluiu nas últimas décadas balizada pelos ideais de renovação, modernização e aperfeiçoamento, com destaque para a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que tanto contribuiu para estas mudanças.

É possível afirmar, mesmo ainda com alguns obstáculos incutidos no sistema judicial, que o judiciário está se reinventando. O Judiciário implantou e consolidou os Juizados Especiais; instituiu cadastro estatístico nacional a qualquer um acessível pela internet denominado “Justiça Aberta”; colocou em prática, ainda que precipuamente, o processo eletrônico; a cada dia mais concede espaço à cultura da conciliação, da mediação e de outros meios alternativos de solução de conflitos, além da importante criação das Escolas da Magistratura.

Com o fulcro de aperfeiçoar a prestação jurisdicional e a engrenagem judiciária, além da necessária modificação organizacional interna, percebemos a necessidade de se cuidar da preparação e formação de juízes, do qual se espera

mais do que saber técnico, mas outras habilidades que o permitam se adaptar às constantes mudanças institucionais.

Quanto aos modelos de seleção e formação de magistrados, estes não são estanques historicamente e possuem particularidades ligadas à história do país e sua organização político-administrativa.

Os principais tipos de seleção ainda hoje existentes são: eleição popular, livre nomeação pelo Executivo, livre nomeação pelo Judiciário, nomeação pelo executivo condicionada à proposta de outros poderes, nomeação pelo Executivo condicionada à aprovação pelo Legislativo e concurso público (BANDEIRA, 2002, p. 3).

Segundo a pesquisadora Regina Maria Groba Bandeira (2002, p. 4), os sistemas adotados com sucesso em alguns dos ordenamentos jurídicos são:

“Os magistrados portugueses são selecionados pelo Centro de Estudos Judiciários, por concurso público, exigida a participação dos aprovados em curso de formação de vinte e três meses antes da assunção do cargo. Na França, a seleção de juizes se faz por concurso da *École Nationale de la Magistrature Française*, com posterior curso de formação de dois anos e sete meses. O ingresso na magistratura italiana também é por concurso, devendo os aprovados passarem por curso de tirocínio de, mínimo seis meses. Na Espanha, os candidatos devem fazer exame oral, organizados pela Escuela Judicial, devendo participar de curso de formação de dois anos em Barcelona. Na Alemanha, os juizes são selecionados com base nos graus obtidos nos exames finais das faculdades de direito. Na Holanda, os candidatos à magistratura são submetidos a concurso organizado por comissão extrajudicial. No período de formação básica, de seis anos, os magistrados são analisados pelo Instituto Nacional Holandês para o Ensino Jurídico, sendo expulsos no caso de reincidência de comportamento reprovável. Resta clara, portanto, a opção europeia pelo sistema que adota o concurso público. Fora da Europa, podemos citar o exemplo do Japão e o novo sistema em implantação no Timor Leste, que também privilegiam os exames públicos para acesso à magistratura. Ao criticar o modelo norte-americano, [...] conclui [...] que o dano à objetividade judicial e à aparência dessa objetividade é óbvio. O sistema de livre nomeação pelo Executivo é adotado em alguns Estados, mas condenado pela maior parte da doutrina. Tal critério é adotado na França, na Inglaterra e na Áustria, por exemplo, para a seleção de magistrados em variados graus de jurisdição. Na tradição Inglesa, os membros da *Court of Appeal* e da, logo abaixo, *High Court*, são recrutados entre profissionais bem sucedidos e nomeados pela Rainha, com recomendação do *Lord Chancellor*. Os demais juizes são leigos, nomeados pelo *Lord Chancellor*. Já na experiência austríaca, os juizes são nomeados pelo Presidente por recomendação do Ministério da Justiça (Ministro Federal). O sistema de indicação dos Tribunais e nomeação pelo Executivo é adotado por nós para a escolha dos magistrados dos órgãos colegiados do Judiciário, com exceção do Supremo Tribunal Federal, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República depois da aprovação pelo Senado Federal. Tal sistema tem o sério inconveniente de atrelar os

integrantes de um Poder aos outros dois. Há sempre o risco de escolha de funcionários fidelíssimos do Chefe do Executivo, eis que os corpos legislativos, normalmente, apenas ratificam o nome indicado pelo Presidente da República.

Nesse passo, fácil entender porque, no Brasil, o sistema de recrutamento de juízes de primeiro grau não é alvo de críticas. O concurso público é aqui entendido como meio democrático de escolha de magistrados, que ao mesmo tempo privilegia o conhecimento técnico e a concorrência isonômica. Não se pode dizer o mesmo do método de seleção de desembargadores e Ministros de tribunais, tendo surgido algumas propostas alternativas ao longo das discussões acerca da reforma do Poder Judiciário na Constituição de 1988.

Ainda, quando à formação dos magistrados, assevera o jurista José Renato Nalini (2000, p.150-152):

A regra geral é o recrutamento de juízes dentre os egressos da mais conservadora dentre as escolas de nível superior do país: a faculdade de Direito. [...] As técnicas de transmissão do conhecimento são empíricas. Ainda é comum a leitura da legislação, de alguma doutrina e alguma jurisprudência. Não se estimula a criatividade, nem se explora o talento individual. [...] Pois é dos egressos desse universo que o Judiciário recruta os seus juízes. E os seleciona mediante um concurso público calcado em metodologia empírica e superada. [...] Questiona-se legislação, doutrina e jurisprudência. Vencem os mais capazes de memorização.

É urgente pensar, portanto, no juiz do futuro adequando-o às transformações da sociedade. O juiz não pode mais ser visto como a “boca da lei”, porém deve ser reconhecida a tarefa integradora que o juiz, como aplicador da norma que é, realiza quando vai interpretá-la. Desta forma, vê-se ampliada a margem para uma interpretação criativa do fenômeno jurídico, exposta na sentença, principalmente quando a lei deixa de ser a única expressão jurídica com caráter coercitivo e impositivo.

Neste sentido, o juiz deve se preocupar com as conseqüências sociais de sua atuação jurisdicional, mas observado o caráter contramajoritário de suas decisões.

Quanto maior e mais motivada a consciência do magistrado da importância de seu papel na aplicação do Direito, como sujeito integrador das profundas transformações da realidade social, será conduzida dúplici contribuição: de um lado, a superação de obstáculos mentais e institucionais da magistratura, de

outro, uma melhor garantia jurisdicional à população demonstrada por uma maior confiança no Poder Judiciário.

Como bem afirmou José Renato Nalini (1998, p. 278):

O juiz do terceiro milênio, além de agente transformador do mundo, no sentido de conformá-lo a uma ordem social justa, deve ser um arauto da esperança. [...] Ser juiz é um desafio.

A Constituição Federal de 1988, quando dispõe sobre os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, estabelece que a cidadania e a dignidade das pessoas, assim como os valores de liberdade, justiça e solidariedade estão entre os principais valores a serem protegidos em um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que nem sempre tais valores são resguardados pelas pessoas ou pelo próprio Estado brasileiro. Atualmente, nem sempre isso pode ser discutido, de maneira eqüitativa e efetiva, perante o Poder Judiciário, tal como determina a própria Constituição.

O acesso ao Poder Judiciário, dentre outras instituições responsáveis pela produção e pela distribuição da Justiça, configura-se como difícil e dispendioso para grande parcela da sociedade. E finalmente, quando o acesso é constituído, o mesmo resta parcial, por mostrar-se vagaroso, parcial e duvidoso quanto à garantia dos direitos.

Para a alteração desse quadro, mais que uma alteração das regras de organização e funcionamento das instituições que compõem o sistema judicial brasileiro, é necessária uma alteração na postura dos membros desta instituição.

O Poder Judiciário tem caminhado junto com a história política constitucional brasileira. Houve períodos em que o Judiciário se apresentava de forma inexpressiva, como ocorreu durante a vigência da 1ª Constituição (BRASIL, 1824), e em outras vezes, o Judiciário foi fortalecido como instituição de caráter democrático.

O mais recente período, que surgiu com a Constituição de 1988, conferiu ao Poder Judiciário força suficiente para participar ativamente das questões

sociais e políticas; preceituando, em seu art. 5º, inciso XXXV, que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

A convivência num Estado Social Democrático despertou na sociedade brasileira a conscientização do exercício de cidadania, aumentando o interesse pelas questões de interesse da nação. Com a Constituição de 1988, o Estado viu a necessidade de elaborar leis de proteção ao menor, ao consumidor, ao idoso; demonstrando sua preocupação em garantir a possibilidade da efetivação dos princípios democráticos contidos na Constituição.

Não obstante tal mudança institucional, a posição do juiz normativista-positivista, tomando decisões amparadas na vontade do legislador, na literal interpretação das leis, não mais contenta o cidadão do Estado Democrático de Direito, que almeja conhecer a lei, compreender a decisão do juiz, entender o que ele diz e vislumbrar a Justiça real nas decisões judiciais.

A conscientização da superação do positivismo jurídico e do corporativismo, que tendem a afastar o magistrado do povo, felizmente já se iniciou na magistratura brasileira, seguindo a corrente teórica do “Direito Achado na Rua” (COSTA, 2008), pela qual é analisado o Direito como fato social e não mero conjunto de normas.

Desta forma, um acesso mais eqüitativo e efetivo à Justiça não depende apenas de reformas legislativas, por mais relevantes e urgentes que sejam. Trata-se de iniciativas de diagnóstico das instituições do complexo judicial, de simplificação de seus procedimentos operacionais, de capacitação de seus funcionários, de melhoria de suas condições de trabalho, de incorporação de tecnologias de informação, e principalmente de mudança de postura do juiz.

Em face deste contexto crítico, no qual podemos inserir a reforma processual brasileira como a adaptação do direito processual pátrio às exigências do modelo de Estado de Bem-Estar, cumpre observar o atual foco de atenção dos processualistas, qual seja o da instrumentalidade e efetividade do processo. Foco este notavelmente diferente daquele de meados do século XIX e de grande parte do século XX, onde a preocupação do processo era sobre sua autonomia e abstração relacionada ao direito material:

O processo, na consciência da comunidade social, e na convicção dos juristas do final de nosso século, tem de ser um sistema comprometido com o justo, no exato sentido que a Sociedade empresta a essa idéia. O século XX se encerra, portanto, convencido de ter imposto ao direito processual os rumos da instrumentalidade, mas não apenas a ser simples realizador da vontade concreta da lei. O processo que lega ao novo milênio é o da *efetividade*, no qual não se cinge o Judiciário a dar aos litigantes uma solução conforme a lei vigente, mas a que tenha como compromisso maior o de alcançar e pronunciar, no menor tempo possível, e com o mínimo sacrifício econômico, a melhor composição do litígio: a *justa composição*. A garantia do *devido processo legal*, herdada dos séculos anteriores, tornou-se, em nosso tempo, a garantia do *processo justo*” (THEODORO JÚNIOR, 2003)

Em nosso sistema processual, as modificações na concepção de lide e a criação de instrumentos processuais apropriados para as novas formas de demandas coletivas e de direitos difusos só ocorreram, segundo Theodoro Júnior (2003), nas últimas décadas do século XX e paralelamente ao Código de Processo Civil de 1973. Criadas, seja pela edição de legislação extravagante ou ainda pela inclusão de dispositivos relacionados ao tema na Constituição de 1988, estas modificações objetivaram a democratização do acesso à justiça.

Não obstante tais reformas legislativas, há também, por parte da doutrina processualista, a consciência de que é necessário que se altere o quadro atual de insatisfação das sociedades contemporâneas com o Poder Judiciário e sua capacidade de resposta aos conflitos jurídicos.

É certo que a reforma processual que vem se concretizando dia após dia, pode auxiliar (e está auxiliando) a tornar mais célere e mais eficaz a prestação jurisdicional, aproximando-a da concepção contemporânea do processo como instrumento para garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais.

É de se duvidar, no entanto, que ela possa ter os resultados desejados sem a compreensão de que está intimamente ligada a uma transformação do modelo de Poder Judiciário, tanto organizacional quanto estrutural, e a uma alteração na postura do magistrado perante estas transformações:

Não se pode, todavia, esperar que a grave crise da justiça, fenômeno que não é exclusivo do Brasil, mas que se apresenta como universal, seja solucionável apenas com reformas das regras formadoras do direito processual civil. É preciso ter consciência do contexto social, político e econômico dentro do qual as novas regras legais incidirão. (THEODORO JUNIOR, 2003)

Dada a situação de crise que aflige a celeridade e eficiência do Poder Judiciário, paradoxalmente, tal instituição vem aumentando sua esfera de incidência, sofrivelmente.

Não mais a Justiça se importa com a resolução das lides, julgando o direito material no caso concreto; o que se percebe é uma preocupação com o coletivo, denotando cumprimento de atribuição que não lhe pertence.

Assim, ampliando horizontalmente sua atuação, e não verticalmente – o que significaria um aprofundamento para resolver os impasses que lhe afiguram como função – o Poder Judiciário vem tomando espaço na mídia e no meio jurídico, abarcando polêmicas e temas que não lhe competem, seja por interesse dos próprios parlamentares ou detentores de cargos eletivos, seja pela busca por uma prestação jurisdicional mais efetiva, como se verá em tópico específico.

Porém, e aqui surge o foco quanto à atuação Ativista: não pode o Judiciário, pautado no anseio de uma melhora efetiva da prestação jurisdicional, ultrapassar seus limites constitucionais, o que vem ocorrendo no Brasil e no mundo:

A desneutralização do Judiciário, a emergência do seu ativismo e sobretudo a “judicialização da política” seriam processos afirmativos em escala universal, compreendendo tanto os sistemas de *common law* como os de *civil law*, diagnóstico que, uma década atrás, levou M. Cappelletti à conhecida previsão de que o Judiciário se constituiria no “Terceiro Gigante”, e que, agora, se reforça com o influente *The global expansion of Judicial Power*, coletânea de textos organizada por C. N. Tate e T. Vallinder, que sinaliza para a mesma direção. (VIANNA, 1996)

É certo que a sociedade anseia por uma atuação efetiva do Judiciário, e pela concretização de direitos que lhe são tolhidos há séculos; porém, tal atuação não pode ser inflada por simples necessidade de mudança. A partir do momento que tal instituição determine medidas de caráter majoritário, definindo políticas públicas¹⁰, não mais o Judiciário cumpre sua função constitucional, mas se transforma em um Poder híbrido.

¹⁰ Como um conjunto de ações desencadeadas pelo Estado em nível federal, estadual ou municipal, com vistas ao bem coletivo. Cumpre salientar questões técnico-científicas relacionadas ao estudo da

No tocante às políticas públicas, tarefas características do Estado Social, estas deveriam ser concretizadas apenas pelos órgãos executivos, e sua elaboração realizada pelo Legislativo.

Quando as interferências do Poder Judiciário ocorrem, as representações democráticas que estruturam o Estado sucumbem, visto que seus membros não detêm mandato eletivo e não representam a sociedade da mesma forma que os membros dos outros poderes, salientando-se aqui sua função eminentemente contramajoritária, como será visto em tópico específico:

Seja como for, o Estado de Direito contemporâneo, mesmo onde anteriormente procurava institucionalizar-se o Estado de legislação parlamentar, passou a ser generalizadamente um Estado de jurisdição executor da constituição (*verfassungsvollziehender Jurisdiktionsstaat*), em que o Poder legislativo é limitado por um poder judicial que não dispõe da mesma legitimidade democrática que o primeiro. (PIÇARRA, 1989, p. 262)

A atuação efetiva do Poder Judiciário, portanto, está desvinculada de sua atuação ativista, e tais limites devem ser expostos para a manutenção do equilíbrio institucional, fulcro de nosso trabalho.

4 ATIVISMO JUDICIAL

É inegável, nos últimos anos, a percepção de certo estreitamento nas fronteiras entre política e justiça no mundo contemporâneo. Não raro, encontramos na imprensa diversas críticas e debates sobre esta atuação política dos órgãos jurisdicionais.

O Supremo Tribunal Federal, precursor de tal tendência no Brasil, e seguido pelos demais órgãos de cúpula do Poder Judiciário, vem protagonizando uma função central na tomada de decisões sobre diversas questões relacionadas a políticas públicas, gerando polêmica no meio acadêmico.¹¹

Neste foco de estudos sobre o Poder Judiciário, assevera o Professor Luiz Werneck Vianna (1996, p. 1):

Neste meio século que nos distancia do último conflito mundial, os três Poderes da conceituação clássica de Montesquieu se têm sucedido, sintomaticamente, na preferência da bibliografia e da opinião pública: à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, e que trouxe centralidade aos estudos sobre a burocracia, as elites políticas e a máquina governamental, seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida: Justiça.

Acrescenta o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 189):

Seguramente em nenhum momento anterior da história brasileira esteve o Poder Judiciário focado pelas luzes da ribalta como nestes últimos anos, e particularmente desde 1993. Hoje em dia, é ele flagrantemente hostilizado e não raro vilipendiado.

Esse fato não deriva meramente de motivos circunstanciais, pela mera coincidência de questões políticas que, em razão de seus aspectos

¹¹ Mesmo que tal fenômeno tenha efeito no Brasil nos últimos anos, a locução “Ativismo Judicial” foi criada nos Estados Unidos em 1947 pelo historiador Arthur M. Schlesinger Jr., como caracterização de um papel negativo exercido pela Suprema Corte americana à época do plano New Deal no artigo “The Supreme Court: 1947”, para a revista *Fortune* (WOLFE, 1997).

constitucionais, chegaram tumultuosamente aos tribunais, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal.

Reflete, na verdade, fenômeno que é mundial, mas com peculiaridades decorrentes da Carta de 1988: a judicialização da política que tende a trazer a politização da justiça.

Neste contexto, Luís Roberto Barroso traz em recente análise a diferenciação entre os institutos da “judicialização” das questões políticas e o chamado “ativismo judicial” (2009, p.3):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

[...]

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

E Lênio Streck (2004, p. 80) ressalta:

Parece inexorável – e isto não deveria causar nenhuma surpresa – que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: *de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por majorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.* Daí o questionamento – constante – da legitimidade de o Poder Judiciário (justiça constitucional) deter o poder de desconstituir atos normativos do Poder Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo. Esse tensionamento assume contornos mais graves quando o sistema se depara com decisões do Poder Judiciário (brasileiro) tidas como “invasoras de sub-sistemas” ou epitetadas como típicas decisões que “judicializam a política”, como é o caso de sentenças emanadas pelos juízes e tribunais brasileiros determinando a inclusão/criação de vagas em escolas públicas, fornecimento de remédios com fundamento no art. 196 da Constituição, a extensão, com base no princípio da isonomia, de benefícios a categorias de trabalhadores não contempladas em ato normativo, o problema das ocupações de terras improdutivas por movimentos sociais que clamam pelo cumprimento do dispositivo constitucional que estabelece a função social da propriedade, só para citar alguns exemplos.

Verifica-se, portanto, que o dilema que se descortina neste limiar do novo século é encontrar a justa medida para que o juiz não seja inerte, mas também não substitua a atividade das partes e extrapole suas funções constitucionais.

Podemos, sim, visualizar inúmeros benefícios de tal atuação pró-ativa do Poder Judiciário, como um atendimento mais efetivo às demandas sociais e com substanciais melhorias práticas na distribuição da Justiça. Inclusive, cumpre salientar, a efetividade da prestação jurisdicional constitui uma das preocupações primordiais, senão o principal foco dos estudos processuais da atualidade, como visto em tópico anterior.

Inobstante tais benesses, devemos ver com muita cautela o aumento dos poderes interventivos dos magistrados no processo civil moderno, considerando-se os possíveis riscos para a legitimidade democrática:

No quadro apontado, o Judiciário, se se considerar sua esfera de intervenção, estaria mais forte. Disto, porém, não lhe resultou aumento de prestígio, ao contrário.

Em primeiro lugar, porque sua carga muito cresceu e com ela um retardamento na prestação judicial. Daí descontentamento dos que recorrem a ela, ou dela esperam providências, como a punição exemplar dos “corruptos”.

Em segundo lugar, seu poder de interferência na órbita político-administrativa o tornou corresponsável dos insucessos ou frustrações que

para a opinião pública decorrem da má atuação do Poder. Mais, veio ele a ser visto como um colaborador do Governo. Ou, quando decide contra as medidas deste, é por ele apontado como responsável – a serviço da oposição – por decisões contrárias ao interesse popular...

Em ambos os casos assume uma feição de órgão político, no pior sentido do termo. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 215)

Vemos que, muitas vezes, o Poder Judiciário, no afã de tutelar e garantir direitos extrapola suas funções constitucionais e desequilibra todo um sistema de prestação dos serviços estatais, concedendo privilégios a alguns poucos jurisdicionados que logram êxito em suas medidas de urgência em detrimento dos demais cidadãos que não se socorrem da intervenção jurisdicional.

4.1 Origens e Conceito

Historicamente, após a institucionalização do *judicial review* e, posteriormente, do *Welfare State*, que em muito contribuíram para a evolução fenômeno “Ativismo Judicial”¹², verificam-se novas diretrizes contemporâneas nos estudos do papel do Poder Judiciário, de formulação pós-positivista:

Tais fundamentos, conhecidos também como a “doutrina brasileira da efetividade”, sugerem uma valorização científica do direito constitucional e a revisão de determinadas interfaces de fenômenos jurídicos, tais como o conflito entre normas, veja-se:

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo,

¹² Aqui, cumpre salientar que a visão clássica sobre o Judiciário começa a mudar a partir dos escritos dos Federalistas, receosos de um predomínio do Poder Legislativo sobre os outros. Neste sentido, além da previsão de independência do Judiciário e da inamovibilidade dos juizes, Hamilton defendia o poder de os magistrados julgarem nulos os atos contrários à Constituição, institucionalizando assim, o *judicial review*. Não obstante tais avanços, a emergência do *Welfare State* reestrutura a atuação jurisdicional, de modo que passa lidar com condutas pretéritas, mas também com condutas futuramente almejadas.

estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania (BARROSO, 2005, p. 76)

Dentre tais estudos difundidos no Brasil na década de 80 e ao longo dos anos 90, tem destaque a *Teoria dos Princípios*, formulada por Ronald Dworkin e depois reestruturada por Robert Alexy, adequando-a a perspectiva romano-germânica do Direito. As obras precursoras deste movimento, *Levando os direitos a sério* (2007) e *Teoria dos direitos fundamentais* (1997), destacam-se por sua repercussão no mundo acadêmico, tornando-se fonte de novos estudos do Direito contemporâneo, mesmo que com algumas pequenas divergências:

A despeito de algumas diferenças sutis entre a teoria dos princípios de Dworkin e Alexy, como, por exemplo, a não aceitação pelo primeiro da conceituação dos princípios como mandados de otimização, a qual, efetivamente parece mais adequada ao contexto de uma Constituição que assimila direitos fundamentais de prestação, parece-me que os dois principais expoentes do moralismo jurídico caminham por trilhas bastante próximas. (RAMOS, 2010, p. 94)

Com base nestas novas luzes lançadas sobre o Direito, *à vol d'oiseau*, temos que toda norma é bem uma regra ou um princípio, com o traço distintivo no que diz respeito à estrutura dos direitos que tais normas garantem: enquanto as regras garantem direitos definitivos, os princípios garantem direitos *prima facie*, consubstanciados em valores e finalidades.

Segundo Robert Alexy (1997, p. 67-68):

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Ao contrário, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto as regras contêm *determinações* no âmbito do fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras é qualitativa e não de grau.

Numa ordem jurídica justa, a Constituição prevê diversos princípios, que por vezes, e naturalmente, se dispõem conflituosamente. E sobre tais conflitos, observa Humberto Ávila (1999, p. 162):

A própria idéia de “conflito” deve ser repensada. Ora, se o conteúdo normativo de um princípio “depende” da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrente da relação dialética que mantém com outros princípios, como conceber a idéia de “colisão”? Tratar-se-ia de um conflito aparente e não-uniforme, já que a idéia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas que eventualmente se contrapõem, o que no caso dos princípios é previamente inconcebível: os princípios são definidos justamente em função de não possuírem uma hipótese e uma consequência abstratamente determinadas. O problema que surge na aplicação reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantém entre si.

Desta forma, cabe ao legislador ou, no mais das vezes, ao magistrado, proceder a esta ponderação de princípios e fatos relevantes. Os *mandados de otimização* não admitem a utilização da subsunção, prevista para as regras, mas de ponderação dos princípios e fatos relevantes. Por terem esta força, são aplicados conforme o *peso* a eles atribuído, o que denota grande margem de discricionariedade à autoridade competente.

Tais interpretações favorecem a atuação criativa do juiz e criam um ambiente favorável ao desenvolvimento do Ativismo Judicial patogênico que denunciámos neste trabalho:

Mas, o realce dado aos princípios constitucionais, de modo a situar a Constituição antes como um conjunto de princípios do que, como de fato é, um conjunto de regras compactadas por princípios que lhes permite encontrar um ponto ótimo de ajuste, projetando-se tais normas-princípio sobre as demais regras infraconstitucionais, tinha por objetivo ampliar ao máximo a criatividade na aplicação do direito. Não se está aqui a falar da criatividade inerente a todo ato de interpretação-aplicação, conforme a Hermenêutica Jurídica já deixara assentado décadas antes do constitucionalismo de valores. Cuida-se, na verdade, de levar a extremos a liberdade dos aplicadores oficiais do direito, uma vez investidos na

jurisdição constitucional, o que é proporcionado, exatamente, pela porosidade das normas-princípio. (RAMOS, 2010, p. 91)

Mesmo que tais facetas doutrinárias tendam ao favorecimento do fenômeno do Ativismo Judicial, cumpre-nos destacar a obra “Levando os direitos a sério” (2007) de Ronald Dworkin, que traz a lume a distinção entre duas argumentações utilizadas pelos magistrados em seu pronunciamento, que se diferenciam de maneira ímpar em forma e conseqüências jurídicas.

Dworkin abre espaço para a discussão da justificação do pronunciamento judicial, ou seja, o estudo do “como” e “porquê” o juiz decide seus casos, vejamos:

A questão da justificação tem ramificações importantes, pois afeta não somente a extensão da autoridade judicial, mas remete também à extensão da obrigação moral e política do indivíduo de obedecer à lei criada pelo juiz. Afeta igualmente os fundamentos de base nos quais se pode contestar uma decisão controversa. [...] Portanto, embora a questão de se os juízes seguem regras possa parecer lingüística, na verdade ela revela preocupações que em última instância são práticas. (DWORKIN, 2007, p. 9)

A discussão sobre o conceito e a extensão dos princípios cria importância neste debate, pois quando os juízes divergem sobre questões de princípios, segundo Dworkin (2007, p. 108), divergem não acerca do que o direito exige, mas sobre o modo como seu poder discricionário poderá ser exercido.

Acrescenta que os juízes devem, às vezes, diante de “casos difíceis”, definidos como casos em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção (DWORKIN, 2007, p. 131), criar novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita:

Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema.

[...]

Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo

sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*) por outro. (DWORKIN, 2007, p. 128/129)

Se por um lado, tem-se que os argumentos de política justificam uma decisão política, protegendo algum interesse objetivo da comunidade como um todo, os argumentos de princípio justificam apenas o contramajoritarismo¹³ da decisão, ou seja, mostra que tal decisão respeita direito de indivíduo ou grupo, destinados a estabelecer um direito individual.

E arremata: “os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, 2007, p. 141).

Apesar de defender a utilização de argumentação política em suas decisões (lembrando-se que o autor é filósofo do direito norte-americano¹⁴), Dworkin afirma que as decisões judiciais são caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas (DWORKIN, 2007, p.151):

Hércules, o juiz idealizado por Dworkin, é autorizado a praticar o ativismo (no sentido amplo da criação do direito) em nome de uma concepção de direito como integridade, que procura conciliar o direito com a ética, vinculada ao processo histórico do constitucionalismo estadunidense, de índole sabidamente democrática.

[...]

Muito embora Dworkin, Ely, Michael J. Perry e outros constitucionalistas estadunidenses estruturam o pensamento a partir de determinada concepção de direito, não abordam o tema do ativismo judicial sob o viés jurídico-dogmático, deixando, assim, amplo espaço a ser preenchido por trabalhos como este que ora se apresenta. (RAMOS, 2010, p. 31-32)

Assim, com base na distinção oferecida por Dworkin, afigura-nos que a atuação mediante argumentos políticos, ou seja, que denotam uma preocupação com a coletividade, seja característica dos órgãos de representatividade

¹³ Optamos pela expressão criada por Alexander Bickel (1986) na década de 60, (“dificuldade contramajoritária”) tendo em vista tal função judicial de dar o contraponto às decisões Executivas e Legislativas pautadas na legitimação popular e no atendimento às maiorias. Assim, segundo tal expressão, a função do Judiciário seria contrabalancear tal equação, e garantir às minorias (sejam individuais ou coletivas) direitos e garantias fundamentais.

¹⁴ Segundo críticas ao modelo de Dworkin, seu sucesso dependerá da fidelidade dos intérpretes ao método por ele proposto, ou seja, nas tradições e práticas constitucionais norte-americanas é imprescindível uma relação de confiança entre os órgãos de poder para a atuação tranqüila da Corte em matérias políticas (SOUZA JUNIOR, 2004, p. 81).

democrática, como o Legislativo e o Executivo, e que o Judiciário, por vezes, utiliza-os indevidamente.

A aplicação desta divisão doutrinária não foi a interpretação originariamente dada por seu criador, mas parece-nos que, dado o Ativismo prejudicial em curso em nossa democracia, tal divisão auxilia e fornece parâmetros eficazes de separação entre uma atuação legítima – no caso de argumentação pautada em princípios – e ilegítima – no caso da argumentação política.

Contextualizada a discussão do Ativismo Judicial na doutrina contemporânea, reforçemos a dificuldade em conceituar tal fenômeno.

Mesmo que os estudos sinalizem para a integração entre as famílias do *civil law* e *common law*, ainda o papel do juiz reflete as opções político-doutrinárias vigentes:

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido. Com efeito, existe na família originária do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas. (RAMOS, 2010, p. 107-108)

Nos sistemas de *common law* o espaço de atuação jurisdicional é efetivamente mais amplo que nos países de tradição romano-germânica positivista, e por isso em tais doutrinas sua conceituação seja mais extensiva, abarcando inclusive a integração de lacunas normativas. Observamos que em tais culturas jurídicas o Ativismo é visto como um fenômeno benéfico, proporcionando a adaptação do direito às realidades sociais como instrumento de eficácia da Constituição.

Não é a realidade experimentada em nosso país, como ficou demonstrado por todo o histórico crítico de divisão entre os poderes, bem como a mencionada crise de efetividade que experimenta o Poder Judiciário.

Assim, filiamo-nos à conceituação proposta pelo doutrinador Elival da Silva Ramos (2010, p. 129), como segue:

O desenvolvimento teórico até aqui realizado já permite uma conceituação do fenômeno denominado “ativismo judicial”, necessariamente amplo por não se atrelar a um específico sistema jurídico, muito embora se revele mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação de Poderes: por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Neste sentido, o Ativismo Judicial é entendido como um fenômeno social que o Poder Judiciário Brasileiro e o de diversos outros países, especialmente de cultura romano-germânica, experimentam neste início de século, gerado pela interpretação constitucional principiológica e inflada pela perseguição de eficácia jurídica, consistente na atribuição própria de funções alheias, e, assim, ferindo os limites normativos da atribuição jurisdicional.

4.2 A Jurisdição Constitucional como Base do Ativismo Judicial: Última Palavra e Diálogo Institucional

Após a 1ª Guerra Mundial, com os países europeus ainda fragilizados e carentes de um modelo político, começam a surgir os primeiros Estados Constitucionais de Direito, alterando o cenário que até então prevalecia de Estados baseados em modelos legislativos de Direito, pela supremacia da lei e do Parlamento.

Inicia-se então uma valoração não somente política da Constituição, mas seu reconhecimento normativo, com, por exemplo, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade dos atos normativos e a primazia do Tribunal Constitucional na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Admite-se nesta época, portanto, que pelo fato de a Constituição caracterizar-se como entidade viva e reflexo de uma situação histórica, apenas com uma interpretação adequada do texto normativo poderá ser cumprido seu papel regulador, destacando-se a doutrina de Konrad Hesse (1991) acerca das “mutações constitucionais”, ou seja, as alterações de interpretação das normas constitucionais sem prejuízo do texto normativo.

O eminente jurista português Canotilho (2002, p. 47) entende que o constitucionalismo revela o movimento gerador do conceito moderno de Constituição, possuindo raízes em vários momentos e lugares diferenciados, e o define como uma teoria normativa da política, ou, por assim dizer, “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.” (CANOTILHO, 2002, p. 47)

Assim, com essa nova projeção da Constituição e de seu papel no ordenamento jurídico, surge a necessidade de se estabelecer mecanismos de defesa e salvaguarda do texto, ou seja, a implantação dos Tribunais Constitucionais está lastreada no que se pode chamar de Teoria da Constituição. Confirma Ana Paula Barcellos (2002, p. 214):

No final do século XIX, considerando-se a realidade europeia, as relações entre a separação de poderes e a Constituição fluíam ainda sem muitos atritos. Em primeiro lugar não se reconhecia à Constituição caráter normativo, capaz de produzir efeito diretamente, e, ademais, as Constituições em geral limitavam-se a disposições gerais de caráter organizatório ou jurídico-processual. De toda sorte, a cogitação de controle judicial de constitucionalidade das leis era, a essa altura, simplesmente inadmissível, como decorrência de uma idéia de separação de poderes colocada a serviço da supremacia do parlamento, que afinal era quem poderia determinar a ação administrativa, também insuscetível de controle, salvo em casos extremos.

Ao longo do século XX, no entanto, o conteúdo da Constituição ampliou-se significativamente e a prática das relações entre ela, o Judiciário e os outros dois Poderes sofreu alterações substanciais. Curiosamente, as concepções doutrinárias a respeito da separação de poderes permaneceram basicamente inalteradas, firmes no modelo herdado do século anterior. A introdução do controle de constitucionalidade nos sistemas jurídicos europeus, sempre acompanhada de certo desconforto, deveu-se não a uma reformulação da idéia consagrada de separação de poderes, mas à introdução de um elemento novo: a normatividade da Constituição.

A Jurisdição Constitucional concentra grande importância no estabelecimento de uma instância neutra e imparcial na solução dos conflitos de natureza constitucional:

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição. (BARROSO, 2010)

A Jurisdição Constitucional, portanto, sustenta suas raízes históricas como um instrumento de defesa da Constituição, seja em seu plano de validade, seja em sua preocupação com a eficácia.

No entanto, mesmo que, segundo a doutrina, os movimentos constitucionais não possuam uma constância em relação ao tempo-lugar de surgimento, pode-se afirmar que as primeiras noções definidoras do judicial review (ainda que de forma difusa) surgem no Direito norte-americano em 1803, quando a Supreme Court proferiu a decisão no caso *Marbury vs. Madison*, declarando a inconstitucionalidade de ato do Congresso em face da Constituição Federal. O federalismo foi, portanto, o berço do controle concentrado de constitucionalidade:

É enfaticamente da província e dever do Departamento Judicial [o Judiciário] dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem, por necessidade, expor e interpretar essa regra. Se dois atos normativos conflitarem uns com os outros, os Tribunais devem decidir sobre o funcionamento de cada uma.

Assim, se um ato normativo [por exemplo, uma lei ou tratado] estiver em oposição à Constituição, se a lei e da Constituição se aplicam a um caso particular, o Tribunal deve decidir este caso em conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou em conformidade com a Constituição,

desrespeitando a lei; o Tribunal deve determinar qual destas regras em conflito governa o caso. Esta é a própria essência do dever judicial. Se, então, os tribunais estão a considerar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a Constituição, e não tal ato ordinário, deve reger o caso a que ambas se aplicam. (U.S. SUPREME COURT, 1803, p. 177-178. Tradução Livre.)¹⁵

Já no ano de 1920, a Constituição Austríaca concentra a jurisdição constitucional em um único órgão, o Tribunal Constitucional, idealizado por Hans Kelsen:

A tendência à racionalização do poder do constitucionalismo de pós-guerra de 1918 haveria de buscar mecanismos jurídicos de defesa constitucional, dentre os quais a jurisdição constitucional se revela fundamental. Aí que se origina, por obra de Hans Kelsen, o sistema austríaco de defesa constitucional, com a criação, pela Constituição da Áustria de 1920, da primeira Corte Constitucional, com a qual se desenvolveu na Europa o princípio de que as questões constitucionais relativas à tutela dos direitos fundamentais e ao controle da constitucionalidade de atos de autoridade deviam ser submetidas a um tribunal especializado em matéria constitucional. (SILVA, 1985, p. 499)

Cumprе ressaltar que o doutrinador austríaco também atribui a criação dos Tribunais Constitucionais ao federalismo, como se verifica no célebre artigo *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)* publicado na França em 1928, na Revista de Direito Público e Ciência Política, pelo próprio Hans Kelsen (1928, p. 253/254. Tradução Livre):

Mas é certamente no Estado Federal que a justiça constitucional adquire uma importância considerável. Não é exagero afirmar que a idéia política do Estado Federal é plenamente realizada somente com a instituição de um Tribunal Constitucional.¹⁶

¹⁵ It is emphatically the province and duty of the Judicial Department [the judicial branch] to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law [e.g., a statute or treaty] be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

¹⁶ Mais c'est certainement dans l'État federal que la justice constitutionnelle acquiert la plus considerable importance. Il n' est pas excessif d'affirmer que l'idée politique de l'État fédéral n'est pleinement réalisée qu' avec l'institution d'un tribunal constitutionnel.

Estabelecem-se, portanto, dois modelos jurisdicionais: um difuso, com lastro na experiência norte-americana de pluralidade de defensores da Constituição, e um modelo austríaco ou europeu pautado na unicidade:

Pelo sistema difuso, o controle é atribuído aos diversos órgãos do Poder Judiciário, pelo que cada magistrado pode deixar de aplicar uma determinada norma jurídica ao caso concreto que lhe for submetido, quando a repute viciada de inconstitucionalidade. Nestes sistemas, o Tribunal Constitucional tem como função decidir a respeito da inconstitucionalidade como última instância. O controle pois, é exercido por todo o sistema judiciário, representando essa Corte, neste contexto, uma fase a mais, ao lado das outras, mas como o último patamar de averiguação da constitucionalidade.

Pelo modelo de controle concentrado, ou europeu, só pode analisar a inconstitucionalidade de leis ou ato normativo determinado órgão, designado costumeiramente por Tribunal ou Corte Constitucional. Em geral, duas são as formas de provocar a apreciação da matéria por parte deste órgão. Uma primeira é por via de ação direta, cuja legitimidade é conferida apenas a determinados órgãos ou pessoas. A segunda forma é através da via incidental, em que, surgindo uma discussão nos tribunais inferiores acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, o incidente deve ser remetido à Corte Constitucional, que, resolvendo-o, devolve o processo ao órgão de origem para que termine o julgamento. (TAVARES, 1998, p. 13-15)

Com a adoção e o desenvolvimento desses novos modelos filosófico-jurídicos de valoração da Constituição Federal, inicia-se um processo de judicialização da política e das relações sociais, pela decisão final de questões relevantes pelo Poder Judiciário:

Quanto ao aspecto da judicialização da política, ou politização da justiça, é Carl Schmitt quem vai se opor à possibilidade de uma justiça constitucional, que constituiria, em suas palavras, uma contradição dos termos. Para Schmitt, a resolução de dúvidas interpretativas e a determinação das leis constitucionais não têm nada de jurisdicional. Seria uma verdadeira atividade política (no sentido em que o é a atividade legislativa), ainda que de forma judicial, já que se trata de fixar de maneira determinante o conteúdo da lei." (TAVARES, 1998, p. 3)

Tais manifestações ativistas de sobreposição do Poder Judiciário em relação aos outros Poderes se revelam em grau de intensidade e amplitude proporcionais às condições políticas experimentadas nos países em que se alojam:

Contudo, mesmo uma conceituação ampla de ativismo não se revela minimamente funcional se não for conectada aos grandes sistemas jurídicos contemporâneos, porque são notórias, embora nem sempre levadas na devida conta, as diferenças entre os parâmetros que se impõem a um juiz do *common law* e do *civil law* no tocante ao exercício da jurisdição. (RAMOS, 2010, p. 33)

Na Alemanha, por exemplo, com a adoção do sistema austríaco, “as concepções de Kelsen teriam contribuído para a consagração de uma Corte Constitucional na Lei Fundamental de Bonn” (MENDES, 2004, p. 11), e o controle de constitucionalidade das leis é realizado pelo Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) que possui cautela e exclusividade no trato de tais questões.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o Tribunal alemão é muito distinto do STF, como demonstra sua competência:

A Corte Constitucional não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias. Ao revés, desempenha uma função especial – a jurisdição constitucional. Ele não atua como uma instância de revisão ou como um Tribunal ou um Supertribunal de Revisão, destinado a examinar a legitimidade dos julgados de Tribunais inferiores. Sua competência não resulta de uma cláusula geral, sendo definida precisamente na Lei Fundamental. Inexiste também via processual própria até o Bundesverfassungsgericht. (MENDES, 2004, p. 14)

Esclarece Luís Roberto Barroso que não é esta a aproximação vista no Brasil, que experimenta tal fenômeno com uma dinamicidade maior em decorrência da adoção dos dois modelos historicamente desenvolvidos para o controle de constitucionalidade:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana — em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto — e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a

judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial. (BARROSO, 2010)

Explica-se. Essa transferência de um poder que no início do século XX pertencia ao Legislativo e ao Executivo e que hoje se projeta no Judiciário trouxe consigo benefícios e também prejuízos, tornando mais complexa a linha que divide criação e interpretação do Direito, e surgem dúvidas se jurídica ou política a decisão assumida pelo Tribunal Constitucional:

Seria muito audacioso pretender, neste estudo, resolver o impasse dos limites de atuação dos poderes, quando até Locke, perplexo diante do problema do controle dos conflitos de poder, saiu, mais de uma vez, pela tangente com um patético apelo aos céus. O que importa, neste ponto, é identificar que, desejem ou não os tribunais constitucionais, tem sido crescente o seu envolvimento em questões políticas. Mas os tribunais não mergulham na análise de atos políticos dos demais poderes por simples conveniência, vontade ou capricho: fazem-no por dever funcional.

[...] Há legitimidade democrática para que o Judiciário altere ou invalide deliberações tomadas pelos corpos políticos cujos representantes, ao contrário dos juízes, são escolhidos pelo voto popular, tendo seu prestígio eleitoral periodicamente testado nas urnas? Quais os fundamentos para negar ou atribuir legitimidade democrática ao Judiciário neste delicado campo das questões políticas? (SOUZA JUNIOR, 2004, p. 98)

Grande parte da doutrina sustenta que a crise de representatividade e funcionalidade dos cargos eletivos pode ser vista, neste contexto, como causa e como conseqüência desse fortalecimento judicial, e que só pode ser solucionada com uma ampla Reforma Política, retomando as decisões de caráter majoritário para seus respectivos representantes legítimos:

A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2009, p. 19)

Assim, vê-se que a postura ativista do Poder Judiciário decorre desse enfraquecimento das instituições políticas tradicionais, e do fortalecimento da

jurisdição na resolução de questões relacionadas a políticas públicas, governo e disputa política de um país. Em outras palavras:

A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes. (BARROSO, 2010)

Analisando este fortalecimento judicial, Cezar Saldanha Souza Júnior propõe em sua obra “O Tribunal Constitucional como Poder” uma Hexapartição dos Poderes, que tem em vista a inclusão, como poder constitutivo do Estado, do Tribunal Constitucional:

O Chefe de Estado e o Tribunal Constitucional, claramente, atuam no domínio dos fins últimos do Estado, definidos exclusivamente em nível constitucional, por via de normas jurídicas que, se de um lado necessitam de concretização, de outro gozam de supremacia diante das demais normas do ordenamento. Os demais quatro poderes, Parlamento e Governo, Judiciário e Administração, movimentam-se em domínios teleológicos que, embora fundados nos fins últimos do Estado, são propostos, formulados e executados em nível infraconstitucional. (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 123)

Rememora a menção de tal nova separação em Bruce Aekerman (2000) e afirma ser o Tribunal Constitucional um poder político, separado da função jurisdicional propriamente dita, incompatível com governos *executivistas* (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 126), denotando o alto grau de instabilidade institucional que tal instituição representa na separação entre os poderes.

Primeiramente, o doutrinador afirma que deveria existir antes, ou concomitantemente à fundação do Tribunal Constitucional, uma área político-partidária neutra, acima do nível governamental ideológico, para que o Tribunal tenha espaço de atuação (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 127). Ainda, questiona a dificuldade de escolha dos integrantes deste Tribunal, para que seja feita de forma legítima e aceita pela população.

E por fim, visto que o Tribunal Constitucional e o Executivo atuam na última instância, sofrível seria evitar colisões entre tais órgãos:

Num sistema de três poderes, em que o Executivo cumula Estado, Governo e Administração, a simples agregação de um Tribunal Constitucional tenderá a agravar a situação de impasse entre os poderes, que já tiveram a oportunidade de examinar.

No caso, a alternativa funcionalmente mais consistente seria, ao criar o Tribunal Constitucional, conferir ao colegiado, ou ao seu presidente, as atribuições de chefe de Estado, deixando ao Governo exclusivamente as funções governamentais. Entretanto, a fórmula carece de praticidade, e, de qualquer forma, estaria mudando o sistema de governo para um governamentalismo *sui generis*. (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 128)

Vemos com base em nossa experiência constitucional, reafirmada a tese do Professor César Saldanha (2002), que a convivência de um Tribunal Constitucional misto, como experimentado no Brasil, com a última instância do Poder Judiciário é conflituosa com os outros Poderes do Estado.

Porém, mesmo que tal formulação seja específica de nosso país, ainda assim a Constituição deve ser respeitada, bem como o espaço de atuação dos outros poderes, como será visto em tópico sobre o Ativismo no Brasil.

Quando estão em jogo os direitos fundamentais ou o procedimento democrático, admite-se uma atuação contramajoritária do Poder Judiciário, e esta é sua função. Porém, juízes e tribunais devem acatar escolhas legítimas do legislador, não sobrepondo sua opção política à legitimidade de atuação dos demais Poderes.

5 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Historicamente, vimos que a instituição da Corte Constitucional no Brasil possui características peculiares, gerando confusões teóricas relacionadas ao limite de atuação dos seus juízes. Diferenciamos a instituição de tais tribunais tanto nos sistemas de *common law* quanto nos sistemas de *civil law*, e procurou-se demonstrar que a atuação judicial brasileira é peculiar, se comparado a outros países de tradição romano-germânica.

Assim, é fato que o conflito institucional tem marcado as ações propostas às cortes constitucionais, em tese.

Mas como se dá tal fenômeno estatisticamente?

Neste sentido, o estudo realizado no âmbito do Projeto “Pensando o Direito”, desenvolvido pelo Ministério da Justiça em convênio com o CEBRAP – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (BRASIL, 2010a) nos revela dados imprescindíveis à análise do tema, sendo possível constatar como a jurisdição constitucional tem sido utilizada em nosso sistema jurídico, no que se refere aos atores que dela participam, às matérias a ela submetidas bem como aos fundamentos das decisões por ela emitidas.

Tal pesquisa teve âmbito de incidência bastante abrangente e visou não somente o controle de constitucionalidade concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal, mas também apreciou o controle preventivo, realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça (CCJs) e pelo Veto Executivo:

O objetivo central desta pesquisa é comparar a atuação das instituições responsáveis pelo controle preventivo e repressivo de constitucionalidade de atos do Poder Legislativo, no âmbito do STF, das Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e do Executivo, via vetos presidenciais, para identificar:

- a) o que cada uma delas entende, de fato, por controle de constitucionalidade, para além (ou aquém) do texto normativo que define sua competência;
- b) que argumentos são utilizados em cada uma dessas instâncias e qual seu padrão argumentativo.

O primeiro esforço desta pesquisa, portanto, é sair da formalidade dos textos legais e compreender, na prática, como os organismos de controle de constitucionalidade preventivo e repressivo funcionam. (BRASIL, 2010a, p. 5)

Porém, em nosso foco de trabalho, quanto à análise das ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal, as informações mais significativas referem-se aos principais demandantes das ações de controle de constitucionalidade, às matérias submetidas a este órgão, e qual a linha de argumentação utilizada pelos magistrados para o julgamento de constitucionalidade.

Os dados obtidos no sítio do Tribunal revelam que muitas vezes os próprios partidos políticos procuram utilizar o Poder Judiciário como mecanismo para manobras políticas, considerados, portanto, os maiores litigantes desta natureza: 37% das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental e 27% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – aqui equiparados aos 27% das Confederações Sindicais (BRASIL, 2010a, p.40-41).

Podemos antever que o Ativismo Judicial tem espaço no momento em que instituições majoritárias optam por omitir-se, seja pelo custo ou pelo não-ganho político, em determinados temas usualmente polêmicos. Posteriormente, submetem tais temas ao controle de constitucionalidade, deixando ao magistrado a opção política almejada, como demonstra o relatório da pesquisa (BRASIL, 2010a, p. 104),

Os dados obtidos sobre o STF revelam que as ações diretas de inconstitucionalidade são o principal instrumento de partidos políticos e confederações sindicais para acessarem à Corte. Destes, têm relevância a atuação do PT, PDT e PC do B, especialmente ao longo dos dois governos FHC. Do total de decisões analisadas, quase a metade das decisões de mérito é pela improcedência da demanda, 28% pela procedência integral e o restante pela procedência em parte.

Soma-se a isso a interpretação dada pelos juízes de que devem participar do processo político, a fim de não deixar à ocasionalidade de outras instituições o seu método decisório ou de que devem substituir a solução dada por outras instâncias de poder (TATE; VALLINDER, 1995, p.33).

Outro dado que corrobora com a utilização do controle de constitucionalidade como instrumento político é a percepção das matérias

submetidas a tal controle. Sobre “competição política” foram instauradas 17 Ações Diretas de Inconstitucionalidade; “reforma do processo” foram vinte Ações Diretas de Inconstitucionalidade e uma Ação Declaratória de Constitucionalidade e não foram encontradas ações referentes à “segurança pública”, segundo a pesquisa (BRASIL, 2010a, p.89-90).

Quanto ao mérito da decisão dos membros do Supremo Tribunal Constitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a pesquisa também revela interessante diagnóstico (BRASIL, 2010a, p. 96):

Em suma, nos casos analisados, os Ministros do STF podem servir-se de toda sorte de argumentos para fundamentar suas respectivas decisões. Não há propriamente um padrão decisório, pois um ou mais tipos de argumentos podem ser utilizados num mesmo voto, indistintamente. Se algum padrão houver, ele não poderá ser descrito de outra forma, senão como um mosaico de argumentos de tipos diversos, dos quais são exemplos aqueles apontados na pesquisa: os argumentos que recorrem a uma interpretação sistematizada da lei e dos princípios de direito e os que lançam mão da doutrina, da jurisprudência ou da opinião de especialistas de áreas não-jurídicas.

Esse elenco de possibilidades admite tanto os votos que se fundam em somente um argumento, como aqueles que lançam mão de mais de um, sendo mesmo possível que, utilizando suas palavras como argumento de autoridade, Ministros citem a si próprios, seja referindo-se aos textos acadêmicos que escreveram, seja aos votos que proferiram em julgamentos anteriores, seja a ambos.

Nessas condições, a técnica jurídica pode ser utilizada como elemento de legitimação, para dar à decisão arbitrária a aparência de decisão fundamentada. Sobretudo graças aos argumentos de autoridade, a decisão judicial não assumiu, nos casos estudados, nem o caráter de um campo de disputa pelo sentido das normas, nem o caráter de um espaço para decisões em nome de uma verdade inquestionável, mas sim o caráter de algo que busca assegurar uma determinada aparência, fazendo ter feição justa e legal aquilo que cada Ministro, em seu voto, considera justo e legal.
(Grifou-se)

A partir da análise de diversos julgados, o relatório da pesquisa confirma que as decisões judiciais inevitavelmente esbarram em temas de políticas públicas resguardados às autoridades legislativas, numa tendência manifestamente ativista. Acrescenta que as decisões nestes temas extrapolam a fundamentação meramente jurídica, abrindo campo interpretativo além de seu campo de legitimidade.

Tais constatações inevitavelmente colocam a opinião pública em jogo e aproximam Direito e Política, diferenciados em tópico específico.

5.1 O Caso Paradigmático de Nossa Suprema Corte

Para compreendermos melhor a atuação de nosso Supremo Tribunal Federal, cumpre-nos fazer breve explanação histórico-constitucional do referido órgão.

O órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, foi instituído pela Lei de 18 de setembro de 1828, ainda no Império, sob a denominação inicial de Supremo Tribunal de Justiça, previsto no art. 163 da Constituição do Império (BRASIL, 1824), *in verbis*:

Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.

Art. 164. A este Tribunal Compete:

- I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.
- II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.
- III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

Ab initio, constituiu-se como órgão de cúpula do "Poder Judicial", ainda que não houvesse àquela época magistraturas provinciais e, apesar de órgão de cúpula do Poder Judiciário, sua função de guardião da Constituição seria exercida somente a partir da Primeira República (1889), com o desenvolvimento da teoria constitucionalista em território nacional. Cumpre aqui ressaltar que até 1891, com a

promulgação da Constituição da República (BRASIL, 1891), a Justiça não tinha nenhuma expressão política, e somente a partir deste momento o Tribunal teve sua posição consolidada, atuando como relevante ator na manutenção do regime recém-inaugurado.

O então Supremo Tribunal de Justiça mudou de nome, recebendo, com a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), nos moldes americanos, alcunha de Corte Suprema, quando começou a ser introduzido o controle de constitucionalidade.

Somente a partir de 1937 (BRASIL, 1937), teve estabelecida a denominação atual de Supremo Tribunal Federal, mas somente em 1960 foi transferido para a atual sede do governo, em Brasília (DF).

Sua atribuição é mais ampla que a conferida aos demais órgãos do Poder Judiciário, qual seja, a aplicação do Direito no caso concreto, pela resolução de litígios, atribuição esta que é monopólio estatal. Ocorre que o STF, além de última instância judicial, tem o poder-dever de resguardar o texto constitucional, dando a palavra final em matéria de interpretação do sentido e alcance da Constituição. Tal atuação, aliada a uma inerente politicidade por parte da função julgadora, são partes relevantes neste fenômeno de “Politização da Justiça”:

Na verdade, o trabalho judicial é político no sentido de que o juiz, ao decidir, faz opções em função de argumentos políticos em sentido amplo (filosóficos, ideológicos, sociais, etc.) e não apenas lógicos. De modo que a tese positivista da “apoliticidade” do juiz e seu trabalho, atualmente, só teria um significado: impedir a penetração no seio da magistratura de uma “política alternativa” à política do “sistema”. Por outras palavras, o juiz só pode fazer a política do “sistema” [...] Outro efeito prático social procedente do modelo tradicional é afastar o juiz do povo, pois, imaginando exercer um poder “técnico” e não político, sente-se desvinculado do titular da soberania, inclusive quanto à responsabilidades pelos resultados sociais de suas decisões. Ao mesmo tempo em que se distancia do povo, a magistratura, principalmente dos tribunais, “aproxima-se” cada vez mais do círculo do poder político e econômico o que explicaria suas tendências conservadoras quando estão em jogo valores fundamentais do sistema e, inversamente, sua “dificuldade” de efetivar as normas constitucionais e legais promotoras das mudanças sociais necessárias à melhoria das condições de vida da população, justamente por afetarem os interesses dominantes. (ROCHA, 1995, p. 77-78)

Levando-se em consideração que a função jurisdicional mesmo em instâncias de primeiro grau não é atividade meramente técnica, na qual o juiz apenas faz a subsunção do fato à norma, quem dirá na mais alta instância brasileira,

cuja função, além de solucionar em última instância os litígios que percorrem a *via crucis* das instâncias judiciárias, ainda possui competência para analisar a constitucionalidade de leis e atos normativos de forma abstrata, fazendo prevalecer a “vontade” da Constituição sobre a decisão política majoritária proveniente do Legislativo.

Porém, e aqui reitera-se o objetivo final de nosso trabalho, mesmo com tal atuação política, o Poder Judiciário não deve perder o foco contramajoritário de suas decisões – na defesa dos direitos individuais e das minorias - legando aos meandros políticos da organização de poderes a busca pela prevalência da opinião majoritária, a atuação democrática (do grego *Demo Kratos*, ou “Poder do Povo”), como afirma com maestria o Professor Elival da Silva Ramos (2010, p. 25):

Sucedee, porém, que controlar a constitucionalidade dos atos emanados do Poder Legislativo ou do Poder Executivo não é atividade que se possa exercer com total liberdade, pois a própria missão que lhe é assinalada (a preservação da Constituição) já aponta para a existência de limites.

Inobstante tais argumentos, e influenciando nesta forma de atuação, sua composição também é alvo de intensas discussões.

A *radice*, os juízes ingressam na carreira no primeiro grau de jurisdição, por concurso público de provas e títulos. Porém, nos tribunais superiores, a investidura de seus membros é realizada de forma mista, o que sugere uma escolha permeada de influências políticas na maioria das vezes.

O Supremo Tribunal Federal, segundo o artigo 101 da Constituição Federal, compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Critica tal método de escolha o doutrinador Luis Roberto Barroso (2010):

Mas não é este o caso das nomeações para o Supremo Tribunal Federal, em que os parâmetros constitucionais são vagos – reputação ilibada e notável saber jurídico – e a escolha pessoal do Presidente é o fator mais importante, sem embargo da aprovação pelo Senado Federal. Na literatura norte-americana, tem sido destacada a importância do gênero e da raça na

determinação de certos padrões decisórios do juiz. No caso brasileiro, em tribunais superiores, em geral, e no STF, em particular, a origem profissional do Ministro imprime características perceptíveis na sua atuação judicial: Ministros que vêm da Magistratura, do Ministério Público, da advocacia privada, da advocacia pública ou da academia tendem a refletir, no exercício da jurisdição, a influência de experiências pretéritas. Note-se, todavia, em desfecho do tópico, que eventuais preferências políticas do juiz são contidas não apenas por sua subordinação aos sentidos mínimos das normas constitucionais e legais, como também por fatores extrajudiciais, dentre os quais se podem destacar: a interação com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento efetivo da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados e a opinião pública.

Analisando a forma de composição e as críticas instadas quanto à sua atuação, podem-se distinguir três principais problemáticas desta atuação política do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2010).

A primeira, de natureza político-ideológica, decorre da ilegitimidade de seus membros, gerando uma “dificuldade contramajoritária” no momento em que suas decisões sobrepõem as dos órgãos democraticamente escolhidos por intermédio do voto popular, já que não são agentes públicos eleitos.

De cunho ideológico, pode-se mencionar a tradição conservadora dos membros do Judiciário, como confirma Dalmo de Abreu Dallari em sua obra *O Poder dos Juízes* (2007b, p. 6):

No Poder Judiciário as mudanças foram mínimas, em todos os sentidos. A organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até o traje dos julgadores nos tribunais parecem os mesmo há mais de um século. Mas, o que é de maior gravidade, a mentalidade do Judiciário permaneceu a mesma, tendo começado a ocorrer, recentemente, um movimento de mudança dentro da própria magistratura. Um aspecto importante da velha mentalidade é a convicção de que o Judiciário não deve reconhecer que tem deficiências nem pode ser submetido a críticas, pois tamanha é a magnitude de sua missão que seus integrantes pairam acima do comum dos mortais.

E a respeito da capacidade institucional, questiona-se se o Poder Judiciário é o mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Isto porque o magistrado, por excelência, realiza a microjustiça¹⁷, sem preocupações

¹⁷ Trata-se da concepção de que a verdade está no processo, ou seja, por aplicação de uma justiça vinculada aos ditames de um determinado caso em concreto. Tal definição é criada em oposição ao termo macrojustiça, esta realizada em políticas públicas por órgãos dotados de legitimidade democrática.

naturais com os impactos econômicos e sociais de larga escala, não sendo habilitado a conduzir questões de projeção nacional e até internacional.

Ainda, como uma quarta crítica, vemos a limitação do debate, mesmo que com a implantação de institutos de participação popular nos julgamentos como *amicus curiae*, audiências públicas e direito de propositura de ações diretas a entidades civis.

A atuação dos Tribunais, apesar de essencialmente política dada a sua matéria, não pode ser presidida pelo clamor público e pela orientação popular. Neste sentido, a preocupação em “prestar contas à sociedade” sobre as decisões ali tomadas corresponde a, inevitavelmente, uma midiaticização da atuação jurisdicional incompatível com a preocupação contramajoritária inerente ao Poder Judiciário. Acrescenta o Professor Elival Ramos da Silva (2010, p. 26):

Ora, se é certo, por um lado, que o Supremo Tribunal Federal há de ocupar lugar de destaque em qualquer reestruturação dos Poderes estatais que se pretenda promover, haja vista a centralidade da função de guardião da Constituição que lhe compete exercer no modelo de Estado Constitucional de Direito, de outra parte, não há como torná-lo imune a críticas deslegitimadoras da parte dos Poderes por ele fiscalizados se não forem claramente estabelecidos os marcos dentro dos quais sua atuação é constitucionalmente autorizada.

Também acrescenta o jusfilósofo Ronald Dworkin (2001, p. 101) em sua revolucionária obra “Uma questão de princípio”:

[...] o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e (...) deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.

Em vista destes breves aspectos abordados nesta explanação, segue estritamente urgente e relevante uma alteração do quadro político vigente, que traria inevitavelmente mudanças na atuação do Poder Judiciário brasileiro.

5.2 Jurisprudência: Ações de Medicamentos e Outros

Como visto em tópico anterior, o envolvimento do Judiciário em disputas que questionem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado seja parte é inevitável e daí surge sua atuação política. Como exemplos, podem ser citados os casos de declaração de inconstitucionalidade de cobrança de tributos, suspensão de execução de obras públicas ou determinação na área da saúde.

Neste íterim, temos como um dos exemplos mais emblemáticos da atualidade, as constantes decisões condenando o Estado ao custeio de tratamentos e medicamentos de eficácia não comprovada.

Além da não-uniformidade sobre quais das esferas públicas devem ocupar o pólo passivo desta natureza de ação: a União, o Estado ou o Município, outros pontos controvertidos se sobressaem nas causas desta natureza.

Por mais que tais situações induzam ao raciocínio da colisão entre princípios orçamentários ou da Separação dos Poderes e princípios relacionados aos Direitos Humanos, o que se destaca é que os conflitos que se seguem são entre alguns poucos jurisdicionados contra os mesmos direitos e garantias do todo, ou seja, tais medidas judiciais, ao privilegiar determinados cidadãos, descartam um dos valores basilares do Estado Democrático de Direito: a Igualdade.

Segundo princípios relativos à Administração Pública, temos que todos os atos emanados do Estado devem se produzir dentro da legalidade absoluta. Assim, o Estado não pode agir na ausência de nenhum controle legalmente sistematizado e organizado sobre a real necessidade dos doentes, ainda mais levando-se em conta o seu dever constitucional de proteção à saúde pública.

Porém, o que se percebe é que as decisões emanadas pelo Poder Judiciário muitas vezes ignoram ou desconhecem o funcionamento do Sistema de Saúde e outros aspectos técnicos de extrema relevância. Neste contexto, diversas ações de medicamentos contra o Estado obriga-o ao fornecimento na quantidade prescrita, num prazo geralmente curto - de um ou poucos dias - e diretamente ao autor/usuário ou ainda ao médico prescritor. Tais drogas, que necessitam de

controle e cuidados no acondicionamento, são entregues ao alvitre do demandante sem qualquer controle por parte do Sistema Único de Saúde (SUS).

Dentro das questões relacionadas à concessão de medicamentos sem o controle do órgão competente, vemos que muitas vezes a existência de políticas públicas assecuratórias de outros medicamentos que não os pleiteados mostrou-se absolutamente irrelevante para o resultado do julgamento.

O dever de o Estado garantir a seus cidadãos o direito à vida e à saúde não se confunde com direito de escolha do paciente e seu médico particular de medicamentos específicos. E neste sentido, não poderá o Poder Judiciário conceder a tutela àqueles que pugnam pelo fornecimento de medicamentos não padronizados pelo Ministério da Saúde.

Tal padronização para determinada patologia implica na definição dos critérios de inclusão e exclusão de pacientes, na avaliação técnico-científica das opções terapêuticas existentes, nos estudos de relação custo-benefício e custo-efetividade, avaliação esta realizada de forma criteriosa por um grupo de consultores especialistas deste ministério. A avaliação para incorporação, que considera o impacto financeiro para o sistema, leva em conta os princípios de universalidade, integridade e equidade, sob os quais se baseia o Sistema Único de Saúde, sendo medida de política pública não sujeita à interferência do Poder Judiciário.

Com a premissa básica de que tais direitos decorrem da formulação e organização de políticas públicas, estas a cargo do Poder Executivo e sob o manto da legitimidade democrática, temos que no momento que a “Aristocracia Togada”, usando os termos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 216), assume funções políticas, assume a dita governança, extrapola de forma inconstitucional suas atribuições e competências. Pretendemos demonstrar inclusive que tal ativismo judicial só é benéfico em países com instituições políticas fortes, o que não se verifica no Brasil, desequilibrando o processo político e sendo veículo de ideologias presentes nos julgamentos:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 2000, p. 168)

Como no caso de Ações de Medicamentos, outros temas são abordados pelo Poder Judiciário sem a legitimidade exigida para a concessão de tais direitos, como nos casos de julgamentos relacionados a políticas públicas: as polêmicas pesquisas com células-tronco embrionárias – ADI 3.510/DF (BRASIL, 2005) e a interrupção da gestação de fetos anencefálicos – ADPF 54/DF (BRASIL, 2004).

Também ações relacionadas a matérias de governança: a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol – Pet 3.388/RR (BRASIL, 2009); a não-recepção da Lei de Imprensa – ADPF 130/DF (BRASIL, 2008), bem como a extradição do militante italiano Cesare Battisti – Ext 1.085/Itália e MS 27.875/DF (BRASIL, 2009) e de disputa política: a decisão sobre a fidelidade partidária, sobre a verticalização das eleições, sobre a cláusula de barreira partidária e mais recentemente o polêmico empate no julgamento da “Lei da Ficha Limpa” – RE 630147 (BRASIL, 2010b).

Como bem afirma Elival da Silva Ramos (2010, p. 155), no que tange à análise de questões de governo pelo Judiciário:

Enquanto se mantenha no plano exclusivamente político, a função de governo revela-se judicialmente incontrolável, o que é simples de demonstrar: em primeiro lugar, por não envolver a prática de atos concretos, capazes de afetar a esfera jurídico-subjetiva de quem quer que seja; em segundo lugar, porque mesmo o controle preventivo de constitucionalidade de atos do Poder Público jamais retroage a ponto de surpreender a planificação política da ação governamental.

Ainda, como exemplo de Ativismo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Elival da Silva Ramos (2010, p. 226-267) acrescenta a possibilidade da aplicação irrefletida da modulação do efeito temporal das decisões e a restrição à nomeação de parentes para cargo de confiança.

Vê-se que entre a total ausência de carga política nos julgamentos e sua vinculação a tais posições majoritárias encontramos uma zona limítrofe. Nessa zona cinzenta, fruto da intersecção entre Direito e Política, devem-se situar os pronunciamentos judiciais.

6 DOS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO EM SUA ATUAÇÃO

Vista a origem da Teoria da Separação de Poderes e a aplicação de tal princípio no Estado brasileiro, procuramos demonstrar o panorama da atuação judiciária ativista, com foco na origem e repercussão atual que tal fenômeno experimenta.

Porém, como afirma Elival da Silva Ramos (2010, p. 54):

Não é possível tratar de um tema como o dos limites ao poder criativo da jurisdição constitucional (em sentido amplo) e dos parâmetros correspondentes ao ativismo judiciário sem explicitar os pressupostos de que se parte em termos de Teoria da Interpretação, a qual, por seu turno, se vincula, necessariamente, a determinado modo de compreender o direito, vale dizer, a determinada Teoria do Direito.

Assim, passemos ao estudo da efetiva separação entre direito e política no plano teórico, para enveredarmos nos tortuosos caminhos concludentes relacionados aos limites da atuação judicial.

6.1 Separação entre Direito e Política

O interesse do homem na “disciplina da convivência”, parafraseando Goffredo da Silva Telles Júnior (2008), remonta às próprias origens da filosofia na Grécia Antiga, quando o foco de atenção dos filósofos antigos se deslocou da posição do homem na natureza para sua dimensão na sociedade: *homo est naturaliter politicus, id est, socialis* (o homem é, por natureza, político, isto é, social).

Pelas palavras de Guilherme de Almeida e Eduardo Bittar (2002, p. 55) “rompendo com toda essa herança cultural, com toda essa tradição pré-socrática, é que surge o movimento sofístico no século V a.C.”. Assim, entre os sofistas encontramos grandes contribuições no estudo das leis e da política, responsáveis

por discutir os problemas humanos e despertar na sociedade grega da época a percepção de que o indivíduo é a causa pela qual o mundo existe.

Nessa nova fase do homem grego - ávido para romper com as legendárias tradições patriarcais - Sócrates, com sua técnica maiêutica, foi um dos principais expoentes no estudo da problemática ético-política, na análise do homem enquanto cidadão da *polis*, que passa a se organizar no sistema conhecido como democracia:

A inderrogabilidade do valor das leis ganhou força de princípio dogmático, coercitivo e vinculativo para todo aquele que se pudesse considerar um bom cidadão, um cidadão virtuoso. A justiça política, que se fazia viva por meio das leis positivas, representou entre os gregos, e mesmo entre outros povos da Antiguidade, a orientação da vida do próprio indivíduo. (ALMEIDA; BITTAR, 2002, p. 73)

Posteriormente, com Platão e Aristóteles, podemos dizer que o estudo da Política tem seu aprofundamento teórico demarcado. A República (Politeia), o Político (Politikós) e As Leis (Nomoi) são diálogos que sugerem a medida da importância da filosofia político-jurídica no pensamento de Platão.

E o filósofo grego Aristóteles acrescenta ao raciocínio:

Fica evidente, portanto, que a cidade participa das coisas da natureza, que o homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade, e que aquele que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstância, deixa de participar de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem. Esse indivíduo é merecedor, segundo Homero, da cruel censura de um sem-família, sem leis, sem lar. Pois ele tem sede de combates e, como as aves rapinantes, não é capaz de se submeter a nenhuma obediência. (ARISTÓTELES, 2004, p. 14-15)

En passant, pode-se acrescentar historicamente que, apesar da opressão eclesiástica no período feudal, a Igreja foi responsável por resguardar os textos redigidos pelos filósofos da Antiguidade Clássica, e que os escritos de São Tomás de Aquino (2006) se destacam até hoje ao edificar doutrinas de grande base racionalista para a fé católica.

Assim, vemos que desde sua origem, a Filosofia, a Política e o Direito possuem uma estreita, senão fusionada relação. A filosofia empresta argumentos e

raciocínios lógicos para o aprofundamento do estudo e serve de instrumento para tanto. E nessa relação dialética entre Política e Justiça, pode-se concluir de antemão que a Política é um fim, e o Direito o meio.

Tais conceitos são essenciais para a compreensão da exata medida de atuação do Poder Judiciário e o seu envolvimento com esta intrincada relação entre Política e Justiça, como discorre o professor André Ramos Tavares, em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional:

Historicamente, a limitação que se erigia ao *judicial review*, o qual estava impedido de julgar questões políticas, considerava como políticos aqueles assuntos afeitos ao Poder Executivo e Legislativo, assuntos que lhes eram típicos (enquanto função). Esta definição, de per si, não apresenta muita coerência, na medida em que, se fosse levada ao extremo, o *judicial review* redundaria natimorto, demonstrando o acerto dessa conclusão a constatação de sua finalidade precípua, qual seja, a de realizar o controle de constitucionalidade de leis, leis estas que são fruto de função típica do Legislativo, bem como o controle dos atos do Executivo.

Esta mesma crítica enfrenta dificuldades maiores na medida em que a distinção entre político e jurídico somente poderia ser feita, com maior seriedade, em um Estado liberal, em que direitos individuais tinham como pressuposto a ausência do Estado (neste sentido, seriam direitos apolíticos). Em um Estado de bem-estar, contudo, com uma Constituição Dirigente, em que pululam normas programáticas, de impacto essencialmente político, porque dirigidas exatamente aos órgãos políticos (Executivo e Legislativo), não há como se distinguir o político do jurídico com o rigor pretendido. Tais estão inexoravelmente vinculados.

Nesse diapasão, e naquilo que aqui interessa, a crítica à atuação judicial nessa seara (política) só faria sentido se se considerasse o sistema judicial de atuação como desprovido de valores. Ao que parece, tratar-se-ia, aqui, então, de uma crítica com lastro ideológico nos vetustos ideais positivistas (à Teoria Pura de Hans Kelsen).

Afinal, é especialmente nesta corrente doutrinária que os valores são considerados como corpos estranhos ao sistema jurídico. Tal crítica, contudo, há de ser rechaçada. Torna-se impossível falar em um sistema jurídico hermeticamente fechado. Com Luhmann, não há como se negar a existência de uma abertura cognitiva do sistema jurídico ao sistema político, cabendo ao Direito Constitucional o papel de fecho da abóbada, o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. (TAVARES, 2007, p. 345-346).

Em excelente artigo publicado em homenagem ao Professor Goffredo da Silva Telles Júnior, Eduardo Carlos Bianca Bittar arremata:

A mensagem destas lições vem de Aristóteles a Aquino, de Rousseau a Kant, de Arendt a Habermas, como que a insistir que a liberdade é algo que não decorre da própria natureza, mas que se constrói na convivência

societal, que a politicidade é o laboratório da articulação da intersubjetividade, que o respeito é a fonte inesgotável da harmonia no convívio humano, que a linguagem é o instrumento de acesso de possibilitação do encontro entre ego e alter. A ética, neste sentido, não é uma decorrência transcendental para os homens, mas algo que decorre das próprias necessidades do convívio. É por isso que onde há sociedade, haverá regra, e onde há regra, haverá Direito, para reproduzir a velha máxima latina (*ubi societas, ibi ius*). Isto significa que a humanidade expressa valores, e que esses valores se compartilham, formando regramentos que se tornam máximas do convívio, algo sem o que se torna impossível a previsibilidade comunicativa do comportamento alheio. Nesta medida é que o Direito cumpre uma meta importante na distribuição das funções sociais, realizando, ainda que por sua condição de subsistema social específico de comunicação (Niklas Luhmann), com seu código binário bem definido (lícito/ilícito), e sua ligação estreita com o uso legítimo da força autorizada, servir como um instrumento de facilitação das trocas humanas com o mínimo de desgaste intersubjetivo e intrasubjetivo. O Direito, bem utilizado, prudentemente produzido e adotado, cumpre a função social de servir como “disciplina da convivência humana”, nas palavras de Goffredo da Silva Telles Junior, colocando-se, portanto, a serviço da própria inclinação natural que é comum a todos os homens: o convívio social. (BITTAR, 2010)

Assim, o sistema político e o sistema jurídico são capitaneados por diferentes princípios e diretrizes, não devendo ser confundidos. Apesar de, em sua criação, o Direito ser produto da Política, de um processo legislativo ou constituinte, ele próprio limita e legitima o seu criador.

E embora a vinculação seja originária, no plano de sua aplicação o Direito deve e pode ser separado da Política, como bem afirma Antônio Umberto de Souza Junior (2004, p. 66): “questões meramente políticas submetidas ao Judiciário acabam se tornando questões políticas judicializadas”.

6.2 A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann

Nessa separação entre tais sistemas, cumpre destacar o pensamento do sociólogo alemão Niklas Luhmann, que, adaptado, contribui ao estudo do Ativismo Judicial.

Niklas Luhmann, sociólogo alemão que viveu neste século XX, formou-se em Direito em Freiburg, Alemanha, no ano de 1949, e somente quando de sua especialização nos Estados Unidos em meados da década de 60, teve contato com

a Teoria Sistêmica de Talcott Parsons (NEVES, 2004, p. 126) que adaptaria, a *suo modo*, mais tarde.

Sabe-se que Luhmann, ao desenvolver sua Teoria dos Sistemas, procura criar uma teoria geral e abrangente, que, dentre outras finalidades, procura explicar a complexidade da sociedade moderna às pessoas ou aos sistemas psíquicos:

A intenção de Luhmann não era elaborar uma teoria específica a determinado âmbito social. A sua teoria pretende ser universal, capaz de abarcar tudo o que existe, revelando-se uma teoria geral da sociedade. Para dar conta disso, a teoria mostra-se complexa e abstrata e contém uma vasta terminologia. Existe um encadeamento de idéias que constróem uma estrutura aplicável à sociedade inteira. Os textos de Luhmann sobre direito e religião, por exemplo, são ramificações que provêm da base comum de sua teoria. Essa generalidade contraria o tradicional pensamento acadêmico, que não acredita que uma única teoria possa, de modo eficaz, analisar diferentes esferas sociais. (KUNZLER, 2004, p. 123-124)

A priori, Luhmann (1971) entende a sociedade com base na comunicação¹⁸, focada em diferentes critérios de diferenciação social. Assim, num primeiro momento, ele desenvolve uma teoria de sistemas funcional-estrutural, tendo por base a diferenciação entre sistema (comunicação) e ambiente; e num segundo momento ele substitui a teoria dos sistemas abertos pela dos sistemas autopoieticos¹⁹.

Assim, os subsistemas sociais (tais como o sistema jurídico, político ou econômico) apresentam determinadas características que determinam sua forma de interrelação. Segundo o autor, os sistemas sociais são autoreferentes, autopoieticos e operacionalmente fechados:

Os sistemas sociais apresentam-se como sujeitos epistêmicos autônomos, pois possuem a capacidade de se autoproduzir, de se auto-observar, e de se autodescrever, tornam-se autopoieticos (produção de forma contínua a si próprios). (ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 2)

¹⁸ Comunicação como a síntese de três seleções: compreensão, informação e mensagem.

¹⁹ Autopoiese ou autopoiesis (do grego auto “próprio”, poiesis “criação”) é um termo de origem biológica criado na década de 70 no Chile. Mesmo criado com a finalidade de designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios, o termo foi utilizado por Neurobiologia, na Filosofia, e por Luhmann (1971) na Sociologia.

Assim, o Direito, inserindo-se nesta visão, ao longo de uma evolução sócio-cultural, se separa da Moral por um processo de “diferenciação funcional”, a qual gerou o Direito como sistema autopoietico, ou seja, cujo fundamento de validade se dá no próprio sistema. Assim, no sistema jurídico luhmanniano, é imprescindível a codificação para tal separação entre Moral e Direito:

Além disso, o próprio sistema jurídico é distinto do ambiente intrasocietário (e, naturalmente também extrasocietário) do direito. Ele não se identifica nem com a política, nem com a economia, nem com a religião, nem com a educação, ele não produz nenhuma obra de arte, não cura qualquer doença, não noticia nenhuma novidade, embora não possa existir sem que tudo isso aconteça. Ele é e permanece, em grande medida, dependente de seu ambiente como um sistema autopoietico, e a "artificialidade" da diferenciação funcional do sistema social reforça tal dependência.²⁰ (LUHMANN, 1994, p. 56. Tradução Livre.)

Tomando como pressuposto a análise entre os sistemas político e jurídico, diferenciam-se estes quanto à função no caso da comunicação política ser voltada à tomada de decisões que vinculam a coletividade. No sistema jurídico, a função da comunicação é garantir expectativas de direitos.

Quanto à diferenciação pelos códigos, percebe-se que o sistema jurídico é orientado pela unidade entre conformidade ou desconformidade com o Direito, e diversamente, no subsistema social da Política, o poder consolida-se como esse código binário.

Assim, vemos que a teoria de Luhmann explica a prejudicialidade do Ativismo Judicial quando da diferenciação entre os códigos e funções do Direito e da Política.

Enquanto na Política o poder orienta sua preocupação genérica e abstrata, no sistema jurídico tal estipulação tem caráter individual e concreto, pautado em uma análise legalista.

²⁰ Par ailleurs, le système juridique se distingue lui-même de l'environnement intrasociétaire (et naturellement aussi extrasociétaire) du droit. Il ne s'identifie ni à la politique, ni à l'économie, ni à la religion, ni à l'éducation, il ne produit aucune oeuvre d'art, ne guérit aucune maladie, ne diffuse aucune nouvelle, bien qu'il ne puisse exister sans que tout cela ait lieu. Il est et reste donc, dans une grande mesure, dépendant de son environnement comme tout système autopoietique, et "l'artificialité" de la différenciation fonctionnelle du système social accroît encore cette dépendance.

No tocante aos pontos de contato entre tais subsistemas, Luhmann credita tal situação à constância de um Estado de Direito. Em tais situações, o Direito é instrumento de legitimação da Política, ou em outras palavras, a Política o usa “a fim de justificar seu poder” (LUHMANN, 1995 apud ARNAUD; LOPES JR, 2004, p. 90):

Finalmente devemos aceitar que a política somente participa no direito de maneira parasitária, e isso nos leva à questão de saber se e em que medida o sistema jurídico é capaz de regenerar o direito de forma autopoietica, e quando as influências jurídicas ganham relevo. (LUHMANN, 1995 apud ARNAUD; LOPES JR, 2004, p. 93)

Vemos, portanto, que o sistema jurídico, na visão de Luhmann, é autônomo, apesar de toda a interferência externa de outros sistemas. Mas, mesmo operacionalmente fechado, cognitivamente ele é aberto, por meio de um processo que Luhmann denomina “acoplamento estrutural”.

Acoplamentos estruturais configuram a ponte entre um sistema e outro. Em outras palavras, a influência recíproca de modo bastante abrangente e permanente entre subsistemas gera uma irritação. Nesse contexto, segundo Luhmann (1971), o acoplamento estrutural entre Política e Direito é a Constituição.

Inegável que a Política insira-se nos quadros jurídicos da atuação jurisdicional, e dada sua presença constitucional, sua apreciação é constante pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, afirma o doutrinador Luis Roberto Barroso que (2009, p. 11) “a maior parte dos Estados democráticos do mundo reserva uma parcela de poder político para ser exercido pelo Judiciário, isto é, por agentes públicos que não são eleitos.” (BARROSO, 2010)

Ao diferenciarmos tais sistemas, procurou-se limitar a atuação judicial estritamente política, relacionada a questões de políticas públicas e governo (incluída a disputa política) que, com caráter genérico e abstrato, usualmente tratadas em ações de controle de constitucionalidade, configuram o condenável Ativismo exposto neste trabalho.

7 CONCLUSÃO

Nos tempos em que o Supremo Tribunal Federal se pautava pelo normativismo jurídico, conta-se que um dos ministros, do alto de sua sabedoria jurídica, costumava dizer que “nós não estamos aqui na Suprema Corte para julgar as leis, mas sim para julgar *secundum legem*.”

Dizer-se-ia que agora os tempos são outros, pois o que vemos é, não apenas a Suprema Corte, mas o Poder Judiciário como um todo, despassar com relativa frequência os limites da normatividade posta.

Isto é um bem ou um mal?

A nosso aviso, o Direito não pode sobrepor-se (ou mesmo substituir) aos ditames da Política, sob pena de se abastardar à guisa de respaldo popular. As atuais invasões do Poder Judiciário na área reservada aos Poderes Executivo e Legislativo são episódicas e resultantes da crise que afeta nosso sistema político como um todo.

O Neoconstitucionalismo e sua fragilidade teórica (RAMOS, 2010, p. 279), embora legitime a interferência do Poder Judiciário na definição de questões jurídico-constitucionais, não sustenta sua atuação como vem sendo desenvolvida nos últimos tempos. A intensa interveniência judicial em questões de cunho estritamente político deveriam ser estabelecidas e solvidas por representantes do povo.

Por todo o exposto, se a reforma do Poder Judiciário é necessária pelos maus tratos dispensados ao direito à prestação jurisdicional, a reforma de nosso sistema político afigura-nos como inadiável.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The New Separation of Powers**. Harvard Law Review, Vol. 113, number 3. Cambridge: Harvard , 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARRUDA, Marcos. CALDEIRA, Cesar. **Como Surgiram as Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: FASE (Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional). Projeto Educação Popular para a Constituinte, 1986.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215.p. 151-179, jan.mar.1999.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 3ªEd. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANCO MUNDIAL, **Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica - América Latina e Caribe. Fazendo com que a Justiça Conte: Medindo e Aprimorando o Desempenho do Judiciário no Brasil.** Relatório nº 32789-BR. 2004. Disponível em: < <http://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf>>. Acesso em: 31 mar 2009.

BANDEIRA, Regina Maria Groba. **Seleção dos Magistrados no Direito Pátrio e Comparado: Viabilidade Legislativa de Eleição Direta dos membros do Supremo Tribunal Federal.** Consultoria Legislativa. Câmara dos Deputados. Brasília, DF: fev, 2002. Disponível em: <<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/pdf/200366.pdf>>. Acesso em: 31 mar 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. **A *jurisdictio romana* e a *jurisdição moderna*.** In: *Jurisdição, direito material e processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Revista Jurídica da Presidência, nº 96. Fev/mai 2010. Disponível em: < https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy_of_vol-11-n-95-out-2009-jan-2010/menu-vertical/artigos-ed-nb0-96/artigos.2010-06-09.1628631230/>. Acesso em 16 ago. 2010.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, nº 4. Jan/Fev 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 17 fev. 2010.

_____. **A doutrina brasileira da efetividade.** In Temas de Direito Constitucional – V.III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASILE, Juliano. **STF tem ativismo sem paralelo, diz jurista.** Valor Econômico, São Paulo, 4 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.valoreconomico.com.br/impreso/politica/100/101723/stf-tem-ativismo-sem-paralelo-diz-jurista>>. Acesso em 14 jan. 2011.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics.** 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O Juiz.** 3ª Ed. Campinas: Editora Millenium, 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direito e convivência humana: lições a partir da obra de Goffredo da Silva Telles Junior.** Disponível em: <<http://www.goffredotellesjr.adv.br/principal.aspx?tipo=6&Titulo=artigos&id=72>>. Acesso em 25 ago 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil).** Revista de Estudos Avançados – Instituto de Estudos Avançados da USP nº 18 (51), p. 127-50. São Paulo: USP, 2004.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, 1824.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Sala das Sessões do Congresso Nacional Constituinte, 1891.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Sala das Sessões da Assembléia Nacional Constituinte, 1934.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Sala das Sessões da Assembléia Nacional Constituinte, 1937.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Sala das Sessões da Assembléia Nacional Constituinte, 1946.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Mesas das Casas do Congresso Nacional, 1967.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei de 18 de setembro de 1828**. Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas attribuições. Collecção das Leis do Império do Brasil: de 1828: parte primeira. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, p. 36, 1878. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>. Acesso em 26 jan. 2011.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Reforma Política**. Brasília: Ministério da Justiça, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 15 fev. 2010.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Série Pensando o Direito: Processo Legislativo e Controle de Constitucionalidade. Nº 31/2010**. Brasília: Ministério da Justiça, 2010a. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 20 abr. 2011.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Série Pensando o Direito: Reforma Política e Direito Eleitoral. Nº 20/2009**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>> Acesso em: 15 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio: Brasília, DF, 17 jun. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 130/DF. Rel. Min. Ayres Britto: Brasília, DF, 19 fev. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. 3510-0/DF. Rel. Min. Carlos Britto: Brasília, DF, 31 mai. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradição**. 1085/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes: Brasília, DF, 04 mai. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança**. 27.875/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes: Brasília, DF, 9 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição**. 3388. Rel. Min. Ayres Britto: Brasília, DF, 19 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. 630147/DF. Rel. Min. Ayres Britto: Brasília, DF, 15 set. 2010b.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Campinas: Editora Minelli, 2003.

_____. [et. al.]. **A Crise da Justiça**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

CAMPOS, André Gambier. **Sistema de Justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade - texto para discussão nº 1328**. Brasília: IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Lisboa, 1982.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

COMMAILE, Jacques; DUMOULIN, Laurance; ROBERT, Cécile. **La juridicisation du politique.** Droit et Societé: Recherches et Travaux. 7 Série Politique. Leçons Scientifiques. Paris: Maison des Sciences de L'Homme, 2000.

COPI, Irving M. **Introdução à Lógica.** Trad. Álvaro Cabral. 2ª Ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COSTA, Alexandre Bernardino [et. al.] **O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito à Saúde.** Brasília: CEAD/UnB, 2008.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **A formação do juiz e três modelos de magistrado.** Themis: Revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 229-241, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/18543>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. **O poder dos juízes**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. França, 1789. Disponível em: <<http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/tratados/1789homem.htm>>. Acesso em 18 abr 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os Direitos à Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O Conflito entre Poderes: O Poder Congressual de Sustar Atos Normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora RT, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função Criadora do Juiz**. 1ª Ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias**. Revista Inf. Legislativa. Ano 25, nº 97. Brasília: jan/mar, 1988.

HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Trad. Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística - IBOPE. **Confiança nas instituições**. São Paulo: IBOPE, 2005. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/opiniao_publica/downloads/opp_confiancainstituicoes_mai05.ppt>. Acesso em: 30 mar 2009.

_____. **Imagem do Poder Judiciário**. São Paulo: IBOPE, 2004.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. **Radar Social 2006**. Condições de Vida no Brasil. Brasília: IPEA, 2006.

_____. Coord.: André Gambier Campos. **Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade**. Texto para Discussão nº 1328. Brasília: IPEA, 2008.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª Ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.

_____. **La Garantie Juridictionelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)**. Revue du Droit Public et Science Politique. Tomo XLV. Trad. Charles Einsenmann 1928.

KUNZLER, Caroline de Moraes. **Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista Estudos de Sociologia, v. 9, n.16. Araraquara: UNESP, 2004. p.123-136.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A judicialização da política**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil.** Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process.** Chicago: University of Chicago Press, 1965.

LUHMANN, Niklas. **Systemtheoretische Argumentationen: Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas e N. Luhmann.** In: J.Habermas e N. Luhmann. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?* Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1971. P. 291-405.

_____. **Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung.** *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch.* Opladen, 1995. P. 229-236.

_____. **Le Droit Comme Système Social.** *Revue Droit & Societé*, n.11/12. Paris: 1994.p.53-67.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3.ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NALINI, José Renato. **A Formação do Juiz após a emenda à Constituição nº 45/04**. Revista da Escola Nacional da Magistratura- Associação dos Magistrados Brasileiros, Ano, I, nº 01, abril de 2006.

_____. **Ética e Justiça**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

_____. **O juiz e o acesso à justiça**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Recrutamento e Preparo de Juízes.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **A vocação transformadora de uma escola de juízes.** Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano II, ed. nº 4, p. 21-33. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2007.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência. I – Império.** Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1972.

NEVES, Rômulo Figueira. **A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Entrevista com Marcelo Neves.** Revista Plural. n. 11. São Paulo: USP, 2004. p. 121-133.

OBERTO, Giacomo. **Recrutement et formation des magistrats en Europe: étude comparative.** Strasbourg: Conseil de l'Europe, 2003.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português. Organização do Poder Político.** Vol. II. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez.** Trad. Isabel Lifante Vidal. DOXA - Cuadernos de Filosofía, número 14, 1993, p. 169-194.

PÁDUA, Marsílio de. **O Defensor da Paz.** Trad. José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1995.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução.** Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições Preliminares do Direito.** 22ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. BOTTINI, Pierpaolo. **Reforma do Judiciário.** São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões.** Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, 2005. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acesso em: 31 mar 2009.

SILVA, Ilse Gomes. **Democracia e participação na "reforma" do Estado.** São Paulo: Cortez, 2003

SILVA, José Afonso. **Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 60/61, jan./jul., 1985.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Octacílio Paula. **Ética do Magistrado à Luz do Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **Concretude Processual: o dia-a-dia do juiz**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

_____. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, n. 39 p. 1-623. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn, **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **A Constituição é um Documento Valorativo?** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, pgs. 337-348. N. 09. Jan/Jul, 2007.

_____. **Tribunal e Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC)/Celso Bastos Editor, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: Seleção e Formação do Magistrado no Mundo Contemporâneo.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **Iniciação na Ciência do Direito.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JR, Humberto. **O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. Disponível em <www.biblioteceforense.com.br>. Acesso em 21 mar 2009.

TOMÁS DE AQUINO (Santo). **Suma Teológica.** 8. vols. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

UNITED NATIONS. Civil and Political Rights. **Including the Questions of Independence of the Judiciary, Administration of Justice and Impunity**. New York: United Nations, 2005.

U.S. SUPREME COURT. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>>. Acesso em 17 jan 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário, “Positivção” do Direito Natural e Política**. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, Vol. 9, n. 18, 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2033/1172>>. Acesso em 21 abr 2011.

WOLFE, Christopher. **Judicial Activism**. New Jersey: Rowman & Littfield Publishers, 1997

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.