

# As formas de atuação política do judiciário brasileiro ao longo de sua história em face do ativismo judicial contemporâneo

## *Forms of political activity of the Brazilian judiciary throughout its history in relation to contemporary judicial activism*

Fábio Rodrigues Holanda<sup>1</sup>

### Resumo

O presente artigo trata da evolução histórica do Poder Judiciário brasileiro e sua ligação direta com a política desde o Império, que foi o auge burocrático da instituição e a porta de entrada para uma nova elite social treinada desde os bancos acadêmicos para exercer, além da magistratura, os mais altos cargos políticos imperiais, passando pela República, onde houve a criação de novas Faculdades de Direito, da Justiça Federal, do Supremo Tribunal Federal e conseqüentemente uma ampliação de sua competência, participando cada vez menos diretamente da política, porém, atuando jurisdicionalmente cada vez mais nessa área. Por fim, abordaremos uma atuação política proativa, pelo Judiciário, na concretização de direitos, principalmente sociais, e fins constitucionais. Essa conduta, denominada de ativismo judicial, muitas vezes interfere nas opções políticas dos demais poderes, sendo considerada por muitos como uma postura antidemocrática, e por outros como necessária.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário; Evolução História; Política; Ativismo Judicial.

### Abstract

This article addresses with the historical evolution of the Brazilian Judiciary and its direct link with politics from the Empire , which was the pinnacle of bureaucratic institution and the gateway to a new social elite trained from banks to engage academics , and the judiciary , the highest political offices imperial past the Republic , where there was the creation of new Faculties of Law , Federal Court , the Supreme Court and consequently an expansion of its competence , participating less and less uprightly policy , however, each acting jurisdicionalmente again in this area. Finally , we discuss proactive political actions , the judiciary , the realization of rights , especially social and constitutional purposes . This approach , called judicial activism often interferes in the policies of other powers , and is considered by many as an anti-democratic stance , and others as needed .

**Keywords:** Judiciary; Historical Evolution; Politics; Judicial Activism.

### Introdução

No decorrer da formação de nossa história política, a partir do regime colonial, passando pelo Império, e chegando ao regime republicano, a história do Judiciário

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.

brasileiro foi influenciada pela supremacia do poder estatal, difundindo seu predomínio sobre as demais camadas populares. Diante da presente dominação, o direito estatal apresentava-se sob condição de superioridade, pois era usado principalmente como forma de dominação social. Assim, toda a estrutura jurídica se mostrava direcionada aos interesses de uma minoria e do Estado.

O presente artigo abordará essa evolução histórica do Poder Judiciário desde o império, como submisso ao poder político e posteriormente como seu aliado na busca da manutenção estatal contra as mais variadas intempéries de uma sociedade em desenvolvimento.

Em um primeiro momento discutiremos a inserção política do judiciário no império, analisaremos o porquê da formação jurídica ser tão importante para a composição de uma sociedade e qual o seu papel perante a estratégia política traçada pelo Estado.

Após, será tratado a transição do Império para a República e no que essa guinada política afetou o Judiciário, considerando este como fator chave para a implementação dessa nova forma de governo e a sua expansão institucional, seja pela criação de novos órgãos, seja pela expansão de suas competências ou até mesmo o ensaio de posturas mais proativas a favor dos cidadãos.

Por fim expomos o fenômeno do ativismo judicial contemporâneo como ponto de intervenção judicial na política, não mais por meios diretos, como fora em épocas passadas, e sim por meio do uso de sua jurisdição, muitas vezes a exercendo além dos limites que lhe é conferido pela ordem constitucional.

Este artigo tem o objetivo de demonstrar, por meio de fatos históricos e com uma visão crítica, a evolução do Poder Judiciário ao longo dos anos, demonstrado que a sua história se entrelaça com a política e com o amadurecimento do Estado brasileiro. Pretendemos contribuir para o debate acerca do entendimento das posições tomadas hoje pelo Poder Judiciário e sua formação como instituição organizada a partir do desenvolvimento de uma compreensão histórica das relações entre as estruturas jurídicas e o poder político estatal.

## **1. Inserção Política do Judiciário no Império**

### *1.1 A formação jurídica como alicerce da elite imperial*

A formação do Império no Brasil é contemporânea as profundas mudanças políticas mundiais, que forneceram uma base ideológica para a própria concretização da independência. Durante seu processo, houve vários conflitos políticos importantes que objetivavam uma nova unidade política independente.

No entanto, uma das respostas a esse tormentoso processo respaldava-se na crença de que as novas instituições poderiam ser capazes de trazer estabilidade aos governos à medida que pudessem atender com transparência e racionalidade às demandas dos tempos, bem como fornecer uma regulamentação às relações sociais. (Rosanvallon, 2002).

A criação de um sistema jurídico-institucional para o Brasil era um consenso entre as lideranças. Durante a Assembléia Constituinte, que foi aberta em maio de 1823, houveram vários conflitos ideológicos, porém, prevaleceu o consenso, que em nome da ordem e da estabilidade, de que era preciso, diante do regime de monarquia constitucional, criar com urgência órgãos e instituições que regulamentassem a vida pública; o que resultou dentre outras a instalação da Câmara do Deputados em 1826, quando uma série de reformas na tradição jurídica portuguesa seria rapidamente posta em prática já no Primeiro Reinado. (Lopes, 2003; Slemian, 2006).

Os juristas e magistrados exerceram um papel de grande importância na política e na administração portuguesa e posteriormente na brasileira. Tratava-se de uma elite sistematicamente treinada, sobretudo graças ao ensino do direito na Universidade de Coimbra, fundada em 1290. O direito ensinado em Coimbra era profundamente influenciado pela tradição romanista trazida de Bolonha. O direito romano era particularmente adequado para justificar as pretensões de supremacia dos reis. Tratava-se de um direito positivo cuja fonte era a vontade do príncipe e não o poder da igreja ou o consentimento dos barões. (Carvalho, p.31-32, 2003). Assim, o ensino era marcado pela conciliação de tendências filosóficas antagônicas e a harmonização de correntes jurídicas de distintas filiações. O auto didatismo era a forma básica de aprendizado, tanto jurídico como político. (Koerner, p.45, 1988).

A educação superior foi um elemento poderoso de unificação ideológica da elite imperial. Segundo Carvalho (2003, p.65) foram três os motivos determinantes. Em primeiro lugar, somente tinha acesso a educação superior quem era da elite. “A elite era uma ilha de letrados em um mar de analfabetos”. Em segundo lugar, a educação superior concentrava-se na formação jurídica, conseqüentemente, fornecia um núcleo

homogêneo de conhecimentos e habilidades. E em terceiro lugar, até a Independência o ensino superior concentrava-se em Coimbra (até 1850, a maioria dos membros da elite foi educada em Coimbra) e, após a Independência, em duas capitais provinciais, considerando apenas a formação jurídica.

Configura-se, portanto, que a distribuição da educação no Brasil Império era totalmente elitista, preço que era exigido para que houvesse uma homogeneidade da elite. Os cursos de direito foram criados nos moldes do ensino de coimbrão, os primeiros professores eram ex-alunos de Coimbra e alguns dos primeiros alunos vieram de lá transferidos. O direito romano foi abandonado em benefício de matérias mais diretamente relacionadas com as necessidades dos novo país, tais como os direitos mercantil e marítimo e a economia política. (Carvalho, p. 76, 2003).

A idéia dos legisladores era a de formar não apenas juristas, mas também advogados, deputados, senadores, diplomatas e os mais altos empregados do Estado, como estão expressos nos Estatutos feitos pelo Visconde de Cachoeira adotado no início dos cursos (Beviláqua, 1927;).

Segundo pesquisas realizadas por José Murilo de Carvalho (2003) verificamos o alto índice de pessoas, ocupantes de cargos de Elite, com formação jurídica, sendo eles magistrados ou advogados. A porcentagem total dos que foram Senadores de 1822 a 1889 foi de 50,21%, os que exerceram a função de Deputados foram de 51, 42% e a de Ministros 48,15%.

Vimos, portanto, que a participação dos juristas na composição da elite foi esmagadora, gerando até mesmo uma dominação destes diante das outras poucas representações que estavam presentes. Esses juristas em sua grande maioria vinham de famílias de posses, mas sua principal fonte de sustento era o emprego público, já que o estado era o principal empregador dessa classe de letrados, portanto, havia por parte dessa elite o interesse material muito concreto na manutenção e expansão da burocracia. Viviam para a política e da política.

Fica demonstrado que, ao lado da educação, a ocupação constituiu um importante fator de unificação da elite imperial, embora ao custo da representatividade. O domínio dos funcionários públicos na elite política significava na verdade que os representantes da sociedade eram ao mesmo tempo representantes do Estado. Exatamente por isso

tiveram êxito na tarefa de construção do poder nacional, embora tivessem fracassado na tarefa de ampliar as bases do poder.

### *1.2 O Poder Judicial como a outra face do Poder Imperial*

Segundo um pensamento liberal o Poder Judicial era instituído em função de uma oposição entre os direitos individuais e o poder político, porém, na ordem política do Segundo Reinado, o Poder Judicial era distinto apenas funcionalmente do Poder Imperial. Essa forma de divisão manifestava-se na competência do Poder Judicial, ao qual era vedado o julgamento de qualquer questão que envolvesse o poder político. (Koerner, 1998).

A formação jurídica da época imperial confundia-se com a magistratura, pois como já foi dito o Estado era o principal empregador desses letrados, a carreira dos magistrados era marcada pela passagem por diversos cargos do Estado, nos quais eles adquiriam experiência e era testada a sua fidelidade política, pois estes exerciam a mediação entre o poder central e as localidades como representantes do poder imperial, com integrantes dos partidos políticos, como aliados aos interesses dominantes da sociedade escravista. Assim a magistratura tornou-se uma forma privilegiada de ingresso na carreira política imperial.

Quanto a liberdade de atuação os magistrados tinham obrigação de julgar apenas os casos particulares e estritamente segundo a letra da lei. Os magistrados não podiam interpretar as leis por disposições genéricas, nem julgar de modo contrário ao sentido evidente dessas, porque em caso contrário estariam usurpando as atribuições do Poder Legislativo. Não podiam ainda julgar segundo critérios de equidade, nem recusar a jurisdição, deixando de julgar sob pretexto de haver lacuna da lei. (Koerner, 1998).

Eram consideradas decisões judiciais apenas aquelas proferidas no conflito de cidadãos entre si, punição de crimes. E nos casos conflituosos entre cidadão e governo? Em tais casos não havia decisão judicial, como já foi dito, não cabia ao magistrado essa competência, pois estaria em confronto o direito ou interesse particular de um lado e o interesse coletivo de outro. Caberia ao indivíduo apenas uma saída, que era a de pleitear uma jurisdição graciosa, que era uma espécie de pedido de reconsideração do ato pelo agente do governo, decisão essa totalmente discricionária.

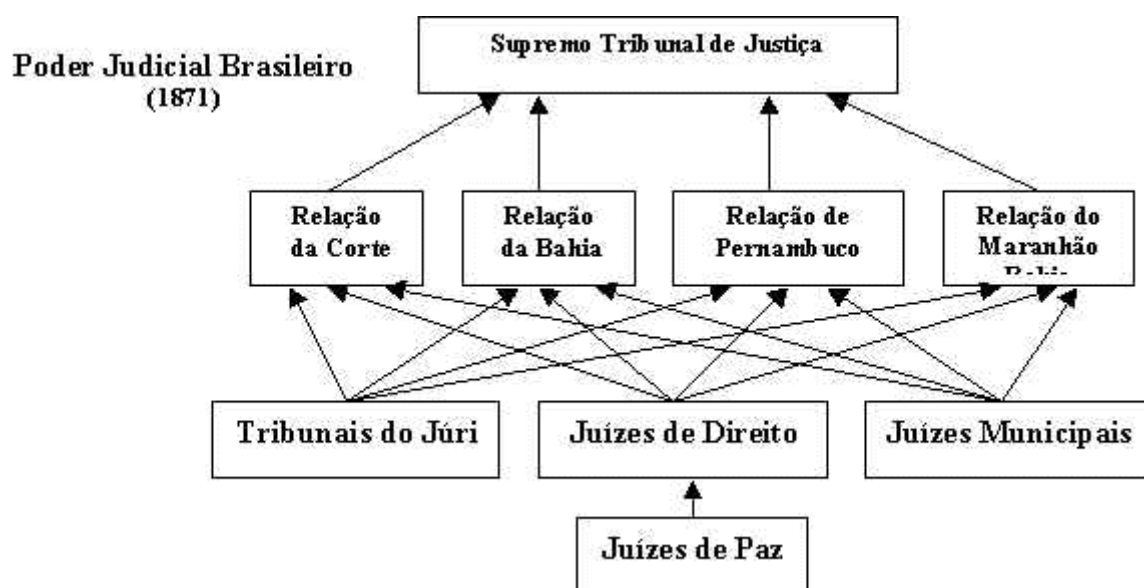
O Poder Judicial era excluído do conhecimento de questões de interesse geral, o governo supervisionava os critérios de juridicidade das decisões que pertenciam ao

próprio domínio das funções do Judiciário e ordenações governamentais de diferentes tipos eram incluídas no corpo das leis que os magistrados deveriam aplicar (Nequete, *ibid.*:111; Bueno, *idib.*:37,69; Nabuco, *idb.*;v.1).

Quanto à carreira jurídica, os jovens bacharéis, normalmente a começam exercendo a função de juiz municipal, a partir daí surgiam diversas possibilidades, por exemplo: a nomeação para juiz de direito, a eleição para a assembléia provincial ou para câmara, função essa que será acumulável com o cargo de juiz de direito. Essa dança das cadeiras servia ao governo principalmente como preparação para os processos eleitorais, quanto para premiar amigos e cooptar aliados promissores, pois como já dito, a atividade político-partidária dos juízes não era proibida, muito pelo contrário, a fidelidade partidária era a condição principal para a nomeação dos juízes de direito, pois se exigia lealdade desses no exercício de suas funções pelos chefes responsáveis por sua colocação (Flory, 1986).

Conclui-se que a magistratura era a forma privilegiada e ingresso na elite política imperial. A carreira dos magistrados era dirigida para este objetivo e podia assumir cominhos diversos, de caráter judicial, político ou administrativo, a sua situação política era ao mesmo tempo a de representantes do poder imperial, de membros de um partido, e, portanto de aliados ou adversários das facções locais, e de juízes. (Koerner, 1998).

Para fim de melhor compreensão do Poder Judiciário Imperial, segue abaixo sua organização estrutural e um pequeno relato da competência de cada instância e seus órgãos.



<b>Justiça Brasileira no Período Imperial</b>		
<b>1ª Instância</b>	<b>Juízes de Paz</b>	Para conciliação prévia das contendas cíveis e, pela Lei de 15 de outubro de 1827, para instrução inicial das criminais, sendo eleitos em cada distrito.
	<b>Juízes de Direito</b>	Para julgamento das contendas cíveis e crimes, sendo nomeados pelo Imperador.
<b>2ª Instância</b>	<b>Tribunais de Relação (Provinciais)</b>	Para julgamento dos recursos das sentenças (revisão das decisões)
<b>3ª Instância</b>	<b>Supremo Tribunal de Justiça</b>	Para revista de determinadas causas e solução dos conflitos de jurisdição entre Relações Provinciais.

Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_05/evol\\_historica.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm)

Ressalta-se que em 1873 foram criadas mais sete Tribunais de Relação, pelo Decreto 2.342, ficando assim distribuída a jurisdição de 2ª instância da Justiça Comum Imperial. Foram criadas a Relação de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pará, Ceará, Mato Grosso e Goiás.

## **2. Inserção política do judiciário na República**

Engana-se quem pensa que a República surgiu de uma força política organizada dos republicanos, o que preponderou foram as tensões e conflitos criados sob a ordem política imperial, o surgimento da república era mais “um fator de convergências não inteiramente racionalizadas”, do que um “programa político defendido por grupos e partidos já construídos plenamente. (Koerner, 1999).

A transição do Império para a República foi marcada por impasses políticos dos mais variados assuntos, como por exemplo: abolição da escravidão, questões religiosas, militares, pensamentos federalistas. Todos esses fatores, juntamente com a repulsa a um terceiro reinado, contribuíram como causas da Proclamação.

Todas essas perturbações políticas e institucionais encontravam na Federalização e na República pontos comuns, uma unificação, por menor que fosse, de pensamentos e ideais. Isso não significa que esse “ponto em comum” fosse alvo de lutas coletivas, com escopo de alcançar a nova ordem.

A Proclamação da República deu fim ao sistema político Imperial, superando-se o modelo “político-conceitual” existente. O presidencialismo norte-americano passou a

ser o regime político, transformaram-se as províncias em estados, foi redefinido então o papel do Poder Judiciário, que passou a ter as atribuições de examinar a legalidade dos atos do Executivo e a constitucionalidade das leis. Com essas mudanças os juízes não deviam mais obediência aos governantes e os limites entre as questões de direito público e de direito privado tinham de ser revistos. (Koerner, 1999, p. 167).

Segundo Aliomar Baleeiro (1987) o Governo provisório dissolveu em breve prazo as duas casas da Assembléia Geral, o Conselho de Estado, as Assembléias Provinciais, conservando, entretanto, o Supremo Tribunal de Justiça e as Relações ou Tribunais existentes nas Províncias, pois o Judiciário se mostrou dócil e adesista.

Com a República houve uma reorganização do Poder Judiciário, foram poucos os magistrados que foram reaproveitados pelo novo regime. Em apenas um ano (1891 e 1892) forma aposentados 29 desembargadores e 22 foram postos em disponibilidade, ou seja, dos 91 desembargadores do antigo regime, somente 40 continuaram a exercer suas funções. Com os juízes de direito não foi diferente, do total de, mais ou menos, 500 juízes de direito do Império, 239 estavam em disponibilidade em 1895 e 11 foram aposentados entre 1891 e 1892 (Koerner, 1999, p. 168).

Diante de tais medidas não faltaram críticas ao então Ministro da Justiça Campos Sales, pois tais atos seriam ilegais, já que a atribuição de organizar o Poder Judiciário era do Congresso Nacional. Era criticada também a falta de respeito para com os magistrados, pois esses eram removidos de sua comarca, ao bel prazer governamental, renegando assim a inamovibilidade como garantia dos mesmos. Eram feitas comparações pelos críticos com o regime anterior, onde segundo eles, o juiz de direito tinham a certeza do respeito a sua carreira.

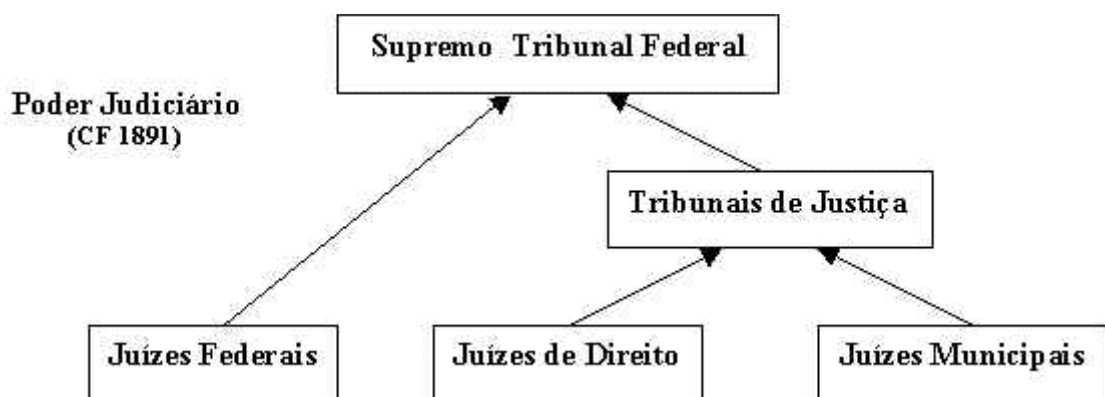
Nessa época de organização da República foram criados novos postos do judiciário nos estados, dobrando o número de juízes de direito, houve a criação da Justiça Federal, onde os juízes federais possuíam vitaliciedade e só poderiam perder os cargos por sentença judicial e eram competentes para apreciar causas em que a União fosse parte, e do Supremo Tribunal Federal, claramente inspirado na Suprema Corte norte-americana, onde os seus ministros passaram a ser nomeados dentre bacharéis em direito, elegíveis para o Senado Federal, com notável saber e reputação. Tais medidas de reorganização do Poder Judiciário, tanto na promoção como na admissão dos juízes permitiu a rápida ocupação de altos postos do Judiciário por juristas positivistas. (Koerner, 1999).



Outra mudança importante foram as renovações dos quadros de professores nas Faculdades de Direito, onde vários foram aposentados, o que permitiu uma guinada no ensino jurídico da época com o ingresso dos positivistas. Foram extintas as cadeiras de direito eclesiástico, direito natural, e filosofia do direito, substituídas pelas cadeiras de filosofia e história do direito, história do direito nacional, direito comparado, e outras mais. (Bevilacqua, 1927).

Foram criadas novas Faculdades de Direito nos estados, a exemplo na Bahia, Rio de Janeiro, Pará e Ceará, nos quais se priorizavam o ensino positivo, tendo um novo paradigma, se comparado com a época do império, como já mencionado, em que era priorizado a formação de burocratas, sem nenhuma ou com pouquíssimo acesso ao ensino jurídico propriamente dito.

Abaixo podemos ver o organograma do Poder Judiciário de 1891, sua estrutura simples e um ensaio do que viria a ser a nossa estrutura atualmente.



Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_05/evol\\_historica.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm)

### 3. Ativismo judicial contemporâneo

Levando em conta que o ativismo judicial atenua as deficiências de outros Poderes, poderíamos dizer que tal instituto age como moderador de todos os outros. Isso nos remonta a figura do Poder Moderador Imperial, que tinha como principal função garantir a estabilidade política e social do Estado.

Vejamos o artigo 98 da Constituição de 1824: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.” Fica claro que o Poder Moderador poderia intervir nas funções típicas dos outros três

Poderes para garantir “a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia”, tudo a cargo do Imperador.

Ao fazer esse paralelo podemos concluir que o ativismo que conhecemos hoje estava implícito no artigo 98 da Constituição de 1824, porém tal instituto era reservado a outro poder. Não podemos deixar de constatar a importância do Poder Moderador no resguardo dos interesses públicos. Na monarquia constitucional, só uma entidade se perpetua através de todas as mudanças: é o chefe do Poder Executivo, é o depositário do Poder Moderador, é a inteligência que conserva todas as tradições, que nunca deixa de intervir competidamente em todos os assuntos que imprime a possível unidade e coerência aos negócios públicos. É ele o único motor sempre invariável, o único piloto constantemente ao leme (Joaquim Pinto de Campos, 1871).

Nota-se que o Imperador utilizava o Poder Moderador como instrumento de estabilização política, na falta de legitimidade ou deficiência de alguns dos outros Poderes, atuava o soberano. Nos dias de hoje cabe ao judiciário, como intérprete da Constituição, agir nas deficiências de legitimidade dos demais poderes, pois a Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem-se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista (Luiz Roberto Barroso, 2010)

Em 1891 foi editada a Constituição da República Estados Unidos do Brasil, que extinguiu o Poder Moderador, estabelecendo a separação dos Poderes, dividindo nos poderes que hoje conhecemos e criando um sistema de controle de constitucionalidade na via de exceção, ou seja, de acordo com o modelo norte-americano.

Segundo Gilmar Mendes (2008, p.1035) a Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou aplicação de tratados e lei federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.

Não seria exagerado dizer que resquícios do Poder Moderador, hora extinto, ainda sobrevive na nova Constituição, mais especificamente em algumas atribuições do Poder Judiciário em especial do Supremo Tribunal Federal, já que ele seria o responsável por dar a última palavra tanto em relação as sentenças proferidas pelos desembargadores e juízes *a quo*, como pela decisão em relação atos praticados e leis editadas pelos demais Poderes em relação a sua constitucionalidade.

No início de seus trabalhos o Supremo Tribunal Federal atuou de maneira recatada, principalmente em relação sistema difuso de controle de constitucionalidade (*judicial review*), basicamente em razão da composição de seus membros remanescentes do período imperial, o que gerou indignação de alguns advogados da época como Ruy Barbosa. Aos poucos sua composição foi renovando-se e criando entendimentos jurisprudenciais, como a doutrina do *habeas corpus*, demonstrando o potencial de criatividade da Suprema Corte.

Diante disso, nos perguntamos o que vem a ser o Ativismo Judicial? Tal expressão foi empregada pela primeira vez em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista americana *Fortune*, de autoria do historiador/jornalista Arthur Schlesinger Jr. que não tinha com foco leitores da área jurídica, era destinada ao público leigo.

O artigo de Schlesinger avaliou e traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana de 1947, formada em sua maioria por juízes nomeados pelo então ex-presidente Roosevelt. Os juízes forma classificados em: (i) Juízes ativista com ênfase na defesa de direitos das minorias e das classes mais pobres – *Justices* Black e Douglas; (ii) Juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – *Justices* Murphy e Rutledge; (iii) juízes campeões da autorrestricção – *Justices* Frankfurter, Jackson e Burton; e (iv) juízes que representariam o equilíbrio de forças (*balance of powers*) – *Chief Justices* Fred Vison e o *Justice* Reed.

Para o autor, a Suprema corte era dividida, tanto pessoal como intelectualmente, em dois grupos bem definidos: os ativistas, liderados por Hugo Black; e os autorrestritivos liderados por Felix Frankfurter. Assim o termo “ativismo judicial” foi apresentado como o oposto à “autorrestricção judicial”. Para Schlesinger, os juízes ativistas em prol das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos, dos indefesos, substituem a vontade do legislador pela própria, porque acreditam que devem atuar ativamente na proteção desses direitos, mesmo que se, para tanto, chegassem

próximo à correção judicial dos erros do legislador. Já por outro lado os juízes “campeões da autorrestrrição judicial” achava que a Suprema Corte não deveria intervir no campo da política, e sim agir com “deferência à vontade do legislador”. (Schlesinger Jr.,1947).

Daí em diante, a expressão tem sido usada por alguns constitucionalistas com uma perspectiva crítica, para questionar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante. Sendo uma tendência liberal que declara sua desaprovação frente a uma decisão.

A intensa e ampla participação o judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com uma maior ocupação no campo de atuação dos outros poderes está intimamente ligada ao fenômeno do ativismo judicial. O ativismo pode manifestar-se por meio de diferentes condutas, como: (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade emanados 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 (Barroso, 2010).

É incontestável a divergência doutrinária quanto a definição do que vem a ser o ativismo judicial, principalmente nos debates sobre política judiciária, porém, a algum consenso nas mais variadas definições. É de Keenan Kmiec (2004) a sistematização mais usual das definições traçadas ao termo, tanto em sede doutrinária, como jurisdicional, pois o autor reconhece as cinco principais conceituações de ativismo judicial: a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros Poderes; b) estratégia de não-aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar a “sala de sessões”; d) afastamento dos cânones metodológico de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado.

A grande questão da identificação do ativismo judicial é saber em que ponto o processo de interpretação constitucional encontra seu limite, já que o parâmetro utilizado para identificação da decisão como ativista ou não encontra-se numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. O uso do instituto de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo- por si só, não permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, o que o faz ser “ativista” é a reiteração dessa

mesma conduta e desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. Nessa linha de raciocínio o problema está em delimitar o que são casos difíceis. (Valle, 2009).

“*Hard cases*” ocorre quando estamos diante do caso concreto busca-se aplicar uma norma jurídica a fim de solucionar tal demanda, porém, há casos em que não há norma jurídica que se aplique ou o caso coloca em cheque costumes, ou entendimentos consolidados acerca de determinado assunto. Pode haver também “*hard cases*” quando houver um conflito de princípios constitucionais apresentados em um mesmo caso. Nesse caso o principal objetivo em um caso difícil consiste em identificar qual dos princípios constitucionais em questão tem prevalência.

Segundo Hart (2009, p.163 e 164) são os magistrados, por meio do uso razoável de sua discricionariedade, baseando-se na sua concepção mais apropriada da solução do caso, que devem decidir exclusivamente os casos difíceis. Ou seja, no quando for decidir o magistrado poderá fazê-lo a favor de qualquer das partes, independente da moral e dos princípios que alicerçam àquela comunidade ao qual se integra. Em conclusão, afirma que não poderá haver uma única decisão correta pelo magistrado quanto ao *hard case*, pois a solução parte de sua discricionariedade, logo poderá haver decisões diversas sobre casos semelhantes.

Já para Dworkin (2010, p. 127 e 128), critica o pensamento de Hart, no qual o juiz não aplica de certa forma o direito pré-existente e sim cria nova regra para decidir o caso, por meio de sua discricionariedade. Dworkin afirma que ao fazer isso o juiz está criando um novo direito a uma situação já existente, dessa forma incorrendo na retroatividade na norma jurídica e indo de encontro ao princípio da segurança jurídica. Segundo o autor o juiz ao julgar os casos difíceis teria que correlacionar direito, princípios, moral, política e até economia. Assim, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes, e não simplesmente inventar o direito.

Superado a questão acerca dos *Hard cases*, resta-nos abordar um último ponto a ser debatido para solidificar o entendimento acerca do ativismo judicial contemporâneo, que é a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, já que para alguns são institutos semelhantes.

No decorrer do século XXI houve a expansão do protagonismo político do judiciário nas democracias do ocidente. Vários são os fatores que promovem a ampliação desse processo. José dos Santos Carvalho Filho (2010) afirma que a

judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição. Já a expressão “ativismo judicial”, tem sentido, embora semelhante, diverso do acima referido. Carvalho Filho acredita que “em ambos os casos há a aproximação entre jurisdição e política. Ocorre que essa aproximação decorre de necessidade, quando se estar diante da judicialização, e de vontade, quando se trata de ativismo”.

Segundo Ernani Rodrigues de Carvalho (2004, p. 117-120) são seis as condições para o surgimento e a consolidação da judicialização da política: (i) um sistema político democrático; (ii) a separação de poderes; (iii) o exercício do dos direitos político; (iv) o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; (v) o uso dos tribunais pela oposição; (vi) a inefetividade das instituições majoritárias

Já Barroso (2010), explica que a judicialização origina-se do modelo constitucional que se adotou e não de um exercício deliberado de vontade política; enquanto que, no ativismo, há uma escolha, uma opção do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam 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 (Barroso, 2010)

Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 35) é cautelosa quanto ao assunto e alerta para a possibilidade de tanto o Executivo quanto o Legislativo poderem, retirar temas controvertidos do debate político e transferirem-nos para a apreciação do judiciário, já que os mesmos dificilmente iriam ser decididos favoravelmente, seja porque não há consenso ou ao foram suficientes debatidos. Tal estratégia teria o objetivo de reduzir os

custos (eleitorais ou de apoio político) de uma decisão controvertida, ou dificultar o debate sobre políticas públicas ou reformas políticas com a sociedade.

## **Conclusão**

Segundo Roberto Barroso (2010) a experiência política e constitucional no Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com a sua gente. Assegura que a falta de efetividade das sucessivas constituições brasileiras decorreu do não-reconhecimento da força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhe aplicabilidade direta e imediata.

Constatamos que o judiciário na época imperial e começo da republica atuava de modo a solidificar as estruturas do Estado, onde sequer apreciava questões particulares contra o governo. Era apenas um mero instrumento de controle social, de pacificação popular e de manutenção da ordem política vigente

Os seus membros eram treinados para exercerem funções meramente burocráticas, onde a função jurisdicional ficava em segundo plano e a efetividade dos direitos, inclusive constitucionais, eram submetido a discricionariedade do julgador. Havia, entretanto, um interesse maior por parte do Estado nessa classe de letrados que era a não só a formação de magistrados, mas também, Deputados, Senadores, Ministros, ou seja, o preenchimento dos mais altos cargos políticos por esses homens que certamente demonstravam o seu valor quando foram magistrados, desembargadores e respeitavam a cartilha governamental.

Com a Republica criaram-se novos órgãos do Poder Judiciário, como a Justiça Federal e o Supremo Tribunal Federal, ampliou-se suas competências, sendo permitido inclusive o julgamento de demandas onde a União figurasse como ré, ou seja, uma maior liberdade. Foi feita uma “limpeza” nas repartições, onde foram postos em disponibilidade ou aposentados vários juizes e desembargadores e também nas Faculdades de Direitos, onde começou-se a dar uma atenção maior ao estudo dos códigos. Nessa época os juizes, dotados de uma maior liberdade, começaram a ensaiar decisões onde se concretizava alguns direitos do particular em face de estado e a usar a analogia, costumes, princípios gerais do direito como formas de suprir eventuais omissões legais.

Por fim, constatamos que o ativismo judicial faz parte da realidade brasileira, onde alguns condenam e outros vêem como um mal necessário. O certo é que essa

postura por parte do Judiciário não é de agora, veio construindo-se ao longo dos tempos até chegar ao ponto em que está, onde este tem caminhado no sentido de garantir direitos fundamentais e os objetivos da Constituição, por meio de um desequilíbrio na separação dos poderes e muitas vezes até na democracia.

Ressalta-se que é impossível conhecer plenamente uma instituição sem olhar para o seu passado e assim conseguir vislumbrar a raiz de seus pensamentos, ações, e por meio da assimilação construir uma crítica embasada e técnica. É como diz a velha máxima: conhecer o passado, compreender o presente para perspectivar o futuro.

## **Referências**

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Rio de Janeiro, 1927

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 19ª Ed.2012.

CAMPOS, Joaquim Pinto de Campos. **Biografia do Senhor D. Pedro II, Imperador do Brasil**. Pereira da Silva. Porto. 1871.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da Ordem – Teatro das Sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Curitiba: Revista de Sociologia Política, n 23, 2004.

FLORY, Thomas. **El Juiz de paz y el jurado em el Brasil imperial**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. O Direito com interpretação. In: Anderson V. Teixeira; Elton S. Oliveira. (Orgs.) **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Barueri: Manole, 2009.

\_\_\_\_\_. Uma decisão que ameaça a democracia. In: Juarez Freitas; Anderson V. Teixeira. (Orgs.) **Direito à Democracia: estudos transdisciplinares**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.



HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of judicial review**. Califórnia Law Review, oct. 2004.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira**. São Paulo: Hucitec/ Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus, prática judicial e controle social no Brasil**. São Paulo: IBCrim, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

RAWLS, John, **O liberalismo político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. Fortune Vol. 35 (1), 1947.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANA, Luiz Werneck ET. AL. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro, Revan, 1997.

\_\_\_\_\_. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan, 1999.