

**TEREZA CRISTINE ALMEIDA BRAGA**

**Judicialização e ativismo:  
reflexões sobre a legitimação judicial à luz do  
princípio da separação dos poderes**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP como exigência parcial para conclusão de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Jorge Amaury Maia Nunes, doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

**Brasília/DF**

**2011**

## RESUMO

BRAGA, T. C. A. 2011. **Judicialização e ativismo: reflexões sobre a legitimação judicial à luz do princípio da separação dos poderes.** Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

O presente trabalho discute a legitimação do Poder Judiciário a partir da atuação esperada pela sociedade e dos limites impostos pela Constituição brasileira. No primeiro capítulo, contextualiza-se o controle judicial de atos administrativos e atos legislativos a partir do histórico de surgimento dos direitos fundamentais e do paradigma da separação de poderes e que culminou no fortalecimento do Poder Judiciário. Em seguida, são tecidas algumas considerações sobre ativismo judicial e utilização desse conceito como discurso de justificação e legitimação inconstitucional do Poder Judiciário. Por fim, apresentam-se alguns modelos de escolha e atividade de magistrados no direito comparado para, posteriormente, propor alterações no ingresso, investidura e composição de órgãos jurisdicionais a fim de buscar uma solução que possa ser chancelada pela Constituição e que também atenda aos enunciados não-ditatoriais do Estado Democrático de Direito relativos à independência entre os poderes.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Separação de Poderes. Ativismo Judicial. Escolha de Magistrados.

## ABSTRACT

BRAGA, T. C. A. 2011. **Judicialização e ativismo: reflexões sobre a legitimação judicial à luz do princípio da separação dos poderes.** Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

This paper concerns about Judiciary Power legitimacy considering both what society expects from its activity and limits imposed by Brazilian Constitution. In first chapter, we put the administrative act and legislative act judicial control into context considering the history about the emergence of fundamental rights and the paradigm of the separation of powers that descended into Judiciary Power strengthening. Next, we argue about judicial activism and Judiciary Power unconstitutional legitimacy. Finally, we present some models chosen by other countries about the court members activity for proposing changes in judges admission, investiture and composition to seek a solution that can be accepted by the Constitution and by the non-dictatorial wordings of a Democratic State related to the independence of powers.

Key words: Judiciary Power. Separation of Powers. Judicial Activism. Judges Admission.

## SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i> .....	5
<i>Capítulo 1</i> .....	8
<i>Contextualização do controle judicial</i> .....	8
1.1. Os direitos fundamentais sob a perspectiva do jurisdicionado e o controle dos atos estatais: paradigma social de direitos e separação de poderes.....	8
1.2. Separação de poderes: contornos essenciais .....	12
1.3. O fortalecimento do Poder Judiciário no Estado prestacional.....	17
<i>Capítulo 2</i> .....	23
<i>Desafios do Poder Judiciário</i> .....	23
2.1. Ativismo judicial: breves explanações conceituais .....	24
2.2. Ativismo judicial como discurso de justificação .....	26
2.3. A confiança no Poder Judiciário .....	31
<i>Capítulo 3</i> .....	39
<i>Mudanças possíveis: A escolha dos julgadores para fomentar a legitimidade</i> .....	39
3.1. A magistratura e o direito comparado .....	40
3.2. Ingresso e investidura dos integrantes.....	42
3.3. Não-vitaliciedade e transparência.....	47
3.4. Composição dos órgãos jurisdicionais .....	49
3.5. Efetiva independência entre os poderes.....	51
3.6. Os dilemas brasileiros em relação ao ativismo judicial.....	51
<i>CONCLUSÃO</i> .....	55
<i>REFERÊNCIAS</i> .....	58

## INTRODUÇÃO

As relações de poder são inquietações do mundo jurídico que sempre foram discutidas e estão longe de ser esgotadas. A contínua expansão das possibilidades de ação e sentido revela a sempre necessária reciclagem da perspectiva de como o cidadão se vê em face do Estado, além da maneira pela qual as relações entre ambos são consolidadas.

De outra parte, a evolução constitucional demonstra o constante debate do poder dentro da perspectiva jurídica e a forma com a qual contribuiu para a atual formatação dos direitos fundamentais na sociedade de risco.

O risco condensa uma simbiose particular entre futuro e sociedade: ele permite construir estruturas nos processos de transformação dos sistemas, especificar as emergências de ordens nas estruturas dos sistemas. O risco é, na realidade, uma construção de comunicação que descreve a possibilidade de arrepender-se, no futuro, de uma escolha que produziu o dano que se queria evitar<sup>1</sup>.

A otimização desses direitos, contudo, tem seu preço: abusos<sup>2</sup> na realização dessa tarefa teriam o condão de desacelerar ou, até mesmo, reverter o esforço democrático, razão pela qual tais direitos têm sido especialmente estudados recentemente.

Os direitos fundamentais, então, trazem importante debate ao mundo jurídico, que é a contraposição entre liberdades e limitações. Liberdades para que o cidadão tenha a prerrogativa de utilização de livre arbítrio; limitações para evitar abusos no livre arbítrio do indivíduo.

O Estado também estaria nesse limbo de liberdades e limitações para direcionar a vida da sociedade e gerenciar os bens da vida disponíveis. Para isso, o poder estatal uno e indivisível estabeleceu divisão funcional para dar maior eficiência às suas atividades. Essa divisão consistia nas searas de produção, execução e aplicação de normas jurídicas, instrumentalizadas nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

---

<sup>1</sup> DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória* (trad. Guilherme Leite Gonçalves). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 232.

<sup>2</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito* (trad. Bruno Miragem). São Paulo: RT, 2009, pp. 169-170.

O Poder Judiciário, nesse contexto, é agente que tem se incumbido de formar os elos de consecução e aplicação do direito. Especial atenção tem sido dada a ele em razão da absorção de outras funções que não são comuns à área de aplicação do direito. Por outro lado, os demais poderes não acompanharam o ritmo de mudanças exigido pela dinâmica social e não envidaram esforços suficientes para atender aos clamores sociais de organização social.

Essa relativa importância do Judiciário em relação aos demais poderes tem lançado debates sobre seu excesso de atuação para agregar atribuições dos outros poderes e desequilibrar o sistema de poderes do Estado Democrático.

No vácuo ora formado, o Poder Judiciário passou a protagonista e defensor dos ideais jurídicos, além de entidade em que a sociedade brasileira depositou a missão de justiça e pacificação social.

Vale ressaltar, contudo, que o fenômeno do ativismo judicial é preocupação atual e não apenas do direito brasileiro. Apesar de o tema ter ganhado vital importância a partir da independência e autonomia institucional conquistadas após a Constituição Federal de 1988<sup>3</sup>, as discussões efervescem inclusive nos segmentos não jurídicos.

O ativismo judicial, nessa perspectiva, tem sido apontado como um dos grandes vilões das democracias contemporâneas, porquanto o Judiciário assumiria atribuições que não lhe são precípuas. O resultado poderia ser não apenas deslocamento na balança de poderes, como também descontrole de suas atividades em razão de eventual ausência de legitimidade histórica, popular e/ou normativa.

Inicialmente cristalizado no controle de constitucionalidade, o ativismo judicial no direito brasileiro se expandiu para todas as instâncias jurisdicionais, o que suscita a discussão não apenas em razão da atuação do Supremo Tribunal Federal, como também de todos os magistrados ativos.

No primeiro capítulo, apresenta-se esboço histórico acerca do controle judicial e sua direta relação com os direitos fundamentais e com a separação de poderes. No capítulo

---

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Organização do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>>. Acesso em 05/02/2011.

seguinte, apresentam-se os desafios do Poder Judiciário no que se refere à desconfiança do trabalho produzido pelos demais poderes e o ativismo judicial como discurso de justificação. Por fim, sugerem-se algumas mudanças na atividade da magistratura que renovariam a discussão e poderiam trazer de volta a legitimidade e credibilidade perdidos com o abalo na divisão funcional de poderes.

Sob essa perspectiva, o presente trabalho buscará abordar o possível déficit de legitimação do Poder Judiciário decorrente da onda de ativismo judicial enfrentada pelo direito brasileiro. Então, pretende-se traçar algumas linhas de debate acerca do ciclo de retroalimentação Poder Judiciário-ativismo-Poder Judiciário.

# Capítulo 1

## CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL

### 1.1. Os direitos fundamentais sob a perspectiva do jurisdicionado e o controle dos atos estatais: paradigma social de direitos e separação de poderes

A condição democrática de uma sociedade pode ser mensurada pelo respeito aos direitos fundamentais e sua absorção pela ordem jurídica. É inconcebível, no contexto histórico contemporâneo, desatrelar democracia e direitos fundamentais, uma vez que suas existências estão mutuamente conectadas, em especial ao conceito de cidadania<sup>4</sup>.

A atual Constituição brasileira não preteriu essa tendência quando dispôs em seu preâmbulo o escopo de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”. Isso quer dizer que a Carta Constitucional de 1988 exige a observância dos direitos fundamentais na consecução e aplicação do direito.

No entanto, esse clamor pela abordagem humanística e cidadã da ordem constitucional não é instantâneo, tampouco estagnado, eis que deriva de um longo processo histórico de combates e consolidação de reivindicações de natureza social e econômica, originário do movimento constitucionalista na Europa e sua difusão para as Américas.

Sem olvidar as remotas origens na Antiguidade<sup>5</sup>, destaque-se que esse processo tem como um dos vários pontos de partida o contratualismo emergente nos séculos XVII e XVIII, quando se admitia a supremacia do governante justificada pelo direito natural, com a finalidade de organização social. A autoridade do soberano era legitimada pela necessidade de

---

<sup>4</sup> PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 53-60.

organização dos indivíduos para preservar garantias básicas e intransmissíveis, como vida, liberdade, propriedade e harmonia social. Thomas Hobbes, um dos grandes nomes em defesa do contrato social, concretizou o Estado na figura do Leviatã, monstro dos mares destinado a proteger os peixes menores dos maiores com utilização de todos os meios disponíveis. Nessa metáfora, o soberano integraria a figura do Leviatã no conjunto estatal, porém assumiria a responsabilidade de assegurar o interesse público, uma vez que representa todos os cidadãos “protegidos” e submetidos ao poder do Leviatã<sup>6</sup>.

Desse modo, indivíduos livres e iguais, que só podiam ser pensados como contraproposta radical à realidade de uma não liberdade e desigualdade gerais, tornaram-se mesmo para Hobbes, ainda estranho às opções democráticas, o único ponto de partida para um modelo de Estado que não mais se deve ao reconhecimento sistemático-receptivo do que está dado, mas exclusivamente ao construtivismo do sujeito pensante. Até mesmo em Hobbes o novo começo traz conseqüências na medida em que o Estado constituído a partir de atos de vontade livres dos indivíduos não pode ser legitimado a não ser como instituição servidora para as necessidades (aqui: de segurança) dos indivíduos; ou seja, tem como tarefa a proteção do (único) direito humano à vida e à integridade física e, de resto, há de respeitar a liberdade originária dos indivíduos pelo menos como de autonomia privada negativa, e respeitar a igualdade originária como igualdade jurídica<sup>7</sup>.

A racionalização do estado de natureza buscava legitimar o Estado para garantir direitos que sempre pertenceram ao homem e, por isso, seriam invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis. No entanto, o autoritarismo pregado pelo Estado e pela Igreja ocasionou lutas e movimentos em favor de aspirações detectáveis na realidade, acabando por enfraquecer o modelo despótico ali instaurado. Ao invés, os anseios sociais invocaram cláusulas em

---

<sup>5</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 33-40.

<sup>6</sup> “Considera-se que uma república tenha sido instituída quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homem a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser o seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem os seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos demais homens.

É desta instituição da república que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido, mediante o consentimento do povo reunido.

(...) Visto que o fim dessa instituição é a paz e a defesa de todos e visto que quem tem direito a um fim tem direito aos meios, pertence de direito a qualquer homem ou assembléia que detenha a soberania ser juiz tanto dos meios para a paz e a defesa como de tudo o que possa perturbar ou dificultar estas últimas; e fazer tudo o que considere necessário ser feito, tanto antecipadamente, para a preservação da paz e da segurança mediante a prevenção da discórdia interna e da hostilidade externa, quanto também, depois de perdidas a paz e a segurança, para a recuperação de ambas”. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 148-152.

<sup>7</sup> MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade* (trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191-192.

assistência a indivíduos e grupos e demonstrando o infinito grau de complexidade do qual a sociedade padece<sup>8</sup>.

Enquanto a relação entre mudança social e nascimento dos direitos de liberdade era menos evidente, podendo assim dar vida à hipótese de que a exigência de liberdades civis era fundada na existência de direitos naturais, pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente de qualquer consideração histórica, a relação entre o nascimento e o crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro, é inteiramente evidente<sup>9</sup>.

Essa reação impeliu um movimento que visou a positivar esses novos direitos conquistados para resguardar a autonomia dos cidadãos e o alcance do poder estatal no sentido da não-intervenção na esfera individual. Tal positivação deu origem às chamadas gerações de direitos fundamentais<sup>10</sup>, enumeradas no triplo ideal da Revolução Francesa, pontos nodais do movimento constitucionalista hoje conhecido.

A partir de então, novas possibilidades de ação e sentido individuais e estatais são apresentadas. “As grandes transformações na estrutura de poder político eram necessárias para que o Estado passasse a ser entendido não mais como um mero aparato posto à disposição da segurança e do progresso humano, e jamais um fim em si mesmo”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 74.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 76.

<sup>10</sup> O professor Paulo Bonavides enumera os direitos de primeira geração – direitos civis e políticos ou direitos de liberdade –, os direitos de segunda geração – direitos sociais, culturais e econômicos ou direitos de igualdade –, os direitos de terceira geração – solidariedade – e os direitos de quarta geração – direito à democracia, à informação e ao pluralismo (Vide BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 560-572). Adverte o professor Paulo Gonet Branco que tais gerações, contudo, não são excludentes, isto é, que podem coexistir sem prejuízo mútuo: “Não se deve incorrer no equívoco de supor que uma geração haja suplantado a outra. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da geração seguinte. Apenas, pode ocorrer de o seu significado ter que se adaptar às novidades constitucionais. Desse modo, o direito à livre circulação ou tantos outros direitos a liberdade não guardam, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes que surgissem direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social, e antes que surgissem direitos de terceira geração, como o da proteção ao meio ambiente. Os novos direitos não podem ser desprezados quando se trata de definir aqueles direitos tradicionais”. *In*: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 107-113. Em síntese, “é possível verificar a insuficiência da concepção de controle estruturada sobre os pilares da legalidade e da divisão do exercício do poder, demandando-se a revisão de sua base de sustentação teórica, para torná-la consentânea com as novas matrizes do Estado pós-positivista”. *In*: PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. *Controle da administração pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito*. Disponível em <[http://200.298.41.151:8081/tribunal\\_contas/2004/02/-sumario?next=2](http://200.298.41.151:8081/tribunal_contas/2004/02/-sumario?next=2)>. Acesso em 12/04/2011.

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, organização política e Constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Manole, 2005, p. 271.

O reconhecimento dos cidadãos como sujeito de direitos e da imprescindível limitação do Estado acarretou a conclusão de que o Estado não poderia concentrar tanto poder sem incorrer em necessárias arbitrariedades em desfavor dos próprios cidadãos que representa. O ente estatal era titular de toda a cadeia de confecção legislativa, responsável por fazer as leis, aplicá-las e julgar os casos concretos delas dependentes. O inafastável raciocínio daí decorrente é que a justiça acabava por ser feita e aplicada sob uma única medida subjetiva, a do governante, sem sopesar interesses e necessidades dos cidadãos, a despeito da legitimação coletiva de seu poder.

Em face da reavaliação do papel do soberano real, surgiu a separação de poderes a partir da guerra civil inglesa na idéia de *rule of law*<sup>12</sup> como tentativa de resposta à ausência de restrições ao poder estatal para com os cidadãos e a possibilidade de fiscalização e controle das atividades estatais pela delimitação de suas atividades. Nesse diapasão, a separação de poderes foi inicialmente concebida para arrolar as tarefas estatais de forma a apontar o modo idealmente justo de atuação do Estado para consecução dos direitos do cidadão. Nas palavras de Montesquieu:

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último ‘o poder de julgar’, e, o outro, simplesmente ‘o poder executivo do Estado’<sup>13</sup>.

O ideal de justiça<sup>14</sup>, portanto, passou a receber outro tratamento, na medida em que assenta novo entendimento quanto ao papel do cidadão frente à atividade estatal, e vice-versa,

---

<sup>12</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 43-48.

<sup>13</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 165-166.

<sup>14</sup> “Nossas discussões mais intensas sobre a justiça (...) dizem respeito às provas apropriadas para verificar o que é a justiça, e não à adequação (ou não) dos fatos a alguma prova consensual em um caso específico”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 89-90. “A justiça se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. Se aceitamos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 200.

a observância de princípios essenciais e, principalmente, dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Para tanto, optaram os Estados democráticos por atender à nova demanda social no sentido da redução do Estado interventor e da maximização dos direitos do cidadão ao adotar a tripartição de poderes de Montesquieu em suas realidades jurídicas.

A Administração no Estado social deixa de se mera executora da lei e assume funções verdadeiramente criadoras e concretizadoras, tendo em vista o incremento de suas atribuições e a impossibilidade de o legislador regular todas as situações jurídicas, fatores que impunham a delegação de maior liberdade à Administração no esforço de satisfazer todos os direitos sociais conferidos aos administrados.

Verifica-se, portanto, um certo afastamento entre a lei e o ato administrativo, o que fica muito bem delineado no âmbito das atividades de caráter predominantemente técnico, onde as decisões são tomadas com base em critérios igualmente técnicos, tendo a lei tão-somente como fonte de princípios gerais diretores. O mesmo se verifica quanto à atuação da Administração em campos mais tradicionais, de cariz jurídico, nos quais a lei fixa apenas balizas gerais de conduta, deixando ao administrador a tarefa de perseguir e concretizar as finalidades públicas com enorme autonomia<sup>15</sup>

## 1.2. Separação de poderes: contornos essenciais

A novidade constitucional da separação de poderes eclodiu, então, no contexto de lutas contra arbitrariedades dos detentores de poder, apesar de suas origens em Aristóteles. Em sua primeira acepção, a doutrina da separação entendeu que a “necessidade de separação dos poderes era invocada com o preciso sentido de limitar aquele órgão [Longo Parlamento] ao desempenho da função legislativa, retirando-lhe quaisquer competências de natureza jurisdicional que a outro órgão constitucional deveria caber”<sup>16</sup>. Daí a separação orgânica dos poderes a fim de evitar o comprometimento da parcialidade dos órgãos que, ao mesmo tempo, legislavam e julgavam o cidadão, tornando-se “legisladores arbitrários e tirânicos”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. A evolução do ato administrativo e sua destipificação na atividade regulatória. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, 2007, v. 10, n. 40, p. 194-195.

<sup>16</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 49.

<sup>17</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 52.

A doutrina da separação dos poderes, propugnada durante a guerra civil e o interregno, limitava-se a exigir o exercício separado, orgânica e pessoalmente, de duas funções materialmente distintas, ou seja, a função legislativa e a função executiva, com o objetivo essencial da garantia da *rule of law* e, nessa medida, da liberdade e da segurança individuais.

Essa seria a sua versão mais pura, precisamente no sentido de que através dela a doutrina da separação dos poderes se manifesta mais claramente na sua específica identidade originária, quer quanto às suas premissas quer quanto ao seu conteúdo, ambos de caráter irredutivelmente jurídico, de todo autônoma e inconfundível em relação às teorias que, de alguma maneira, vieram posteriormente a influenciá-la e deixar-lhe marca definitiva, ou de cuja associação resultaram outras versões da doutrina<sup>18</sup>.

Tendo em vista o contexto histórico revolucionário inglês, a Inglaterra foi o berço para as primeiras discussões acerca da separação de poderes e atribuições do Estado. Mesmo sem a pretensão de ditar regras universais, o direito inglês deixou importante herança jurídica para o estudo das funções do Estado, suas contribuições e inconsistências.

A primeira constituição escrita da Inglaterra positivou a separação de poderes para estabelecer limites negativos ao exercício do poder com a finalidade de resgatar a idéia de soberania popular. Pouco a pouco nasceu a doutrina da balança dos poderes<sup>19</sup>. Desde logo, pôde-se perceber que o Poder Judiciário não exerceria posição superior aos demais, mas sim posição igualitária, em razão da diferenciação das respectivas funções<sup>20</sup>.

Nesse sentido, assumir que o “poder estatal é uno e indivisível”, como o próprio Montesquieu o fez<sup>21</sup>, é também afastar a rígida e ultrapassada concepção de que cada esfera tem suas atribuições imutáveis.

Os modelos políticos antigos raramente abriam espaço à liberdade individual e, por isso, não eram propícios à formação de pólos de consenso na sociedade; ao contrário, fundavam-se na concepção oposta, de que era necessária a existência de um pólo de poder dotado de suficiente concentração de poder para impor comportamentos e assegurar uma convergência social fundada na coerção<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 60.

<sup>19</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 59-60.

<sup>20</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. Separação de poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, n. 11, novembro/2010, p. 25-33.

<sup>21</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 166-167.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61.

Ocorre que a interpretação da doutrina de Montesquieu pode potencialmente ser utilizada de forma desvirtuada para que o sistema jurídico positivado ganhe força e legitime sua existência<sup>23</sup>, no sentido de repelir tentativas de intersecção dessas áreas, sob qualquer justificativa. O que não se considerou, contudo, foi o real sentido que Montesquieu pretendeu atribuir a essa secção de tarefas quando admitiu que a concentração de todas as tarefas nas mãos de um único indivíduo poderia ser prejudicial e a concentração de poder, por si só, também o seria.

É evidente que a razão que levou Montesquieu a elaborar sua teoria foi garantir a liberdade civil por meio da contenção do poder político. Essa teoria não propôs uma separação absoluta entre as funções públicas, porque relações recíprocas entre os poderes são imprescindíveis à economia do próprio sistema e, também, tendem a prevenir que as necessidades concretas do exercício do poder sirvam de pretexto a que um sobreponha aos outros<sup>24</sup>.

Nesse passo, o paradigma referente ao funcionamento independente dos poderes estatais não persiste, sob pena de comprometimento da própria estrutura governamental adotada. O controle mútuo dos poderes dá novo tom ao papel do ente estatal, que antes pautava sua atuação na imperatividade e, após, foi obrigado a basear sua legitimação no consenso ou, como definido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado”<sup>25</sup>.

Não se cogita, então, da “separação de poderes” com “três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas funções”<sup>26</sup>, mas apenas da “distribuição de poderes”, porquanto a flexibilidade ora dissertada ficaria em grande parte danificada se adotada uma interpretação rígida da tripartição de Montesquieu<sup>27</sup>. Ou seja, a maleabilidade no funcionamento interno dos poderes, ainda quando examinados na nebulosa zona de intersecção entre eles, torna possível a internalização de outros conceitos jurídicos que não os preceituados pelo ordenamento jurídico positivado.

---

<sup>23</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 260.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3367/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília/DF, *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17/03/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 11/03/2011.

<sup>25</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 62.

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 386.

<sup>27</sup> “A finalidade da separação é a de assegurar ao particular um juiz que não se confunda com a Administração, pois se trata de julgar, e que não possa, unindo a parcialidade à autoridade, ‘ter a força de um opressor’”. *In*: RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: RT, 2004, p. 186.

Nessa senda, é importante visualizar a ausência de preponderância de um dos poderes sobre o outro.

Por outro lado, a distribuição de poderes de Montesquieu não poderia subsistir por si só sem a criação de mecanismos que evitassem abusos e propiciassem lindes a essas três esferas de atuação do Estado. O próprio autor já deu indícios desses limites quando dispôs em sua obra *O Espírito das Leis* que “o poder contém o poder”.

Como toda nova forma de organização social, essa divisão também esteve sujeita a abusos. Destaquem-se alguns exemplos: o Estado, sob a forma de Estado-legislador, passou a instituir leis sem o devido planejamento e respeito à justiça social, instituindo políticas tributárias desnecessárias e evidentemente confiscatórias<sup>28</sup>; o Estado-administrador moldou a função social da propriedade para atender os interesses da coletividade, embora nem sempre atendendo a políticas públicas que observem tal finalidade<sup>29</sup>; o Estado-juiz concede direitos e garantias justificadamente vetados pelo Estado-legislador e/ou Estado-administrador para

---

<sup>28</sup> “No ‘Direito’ dos impostos, a política, com ética, a lei, assente na justiça, têm sido particularmente difíceis pela necessidade vital que os grupos dominantes têm de grande volume de receitas públicas para adquirir e manter o poder.

Assim, os tribunais comuns surgem normalmente antes dos tribunais fiscais; o estatuto da autoridade da administração pública não-tributária esbate-se antes da autoridade dos que impõem tributos; as garantias dos contribuintes surgem depois dos direitos do ‘administrador’; o Direito constitucional muda, mas o ‘Direito’ fiscal permanece, etc.

(...) O ‘Direito fiscal’ continua a ignorar que no Estado de Direito democrático a lei tem como pressuposto e justificação a justiça, e que o funcionamento do Estado é intimamente participado pelos cidadãos (Estado dos cidadãos) anteriores e superiores ao Estado através dos seus direitos (Estado dos direitos)” (CAMPOS, Diogo Leite de. *A jurisdicização dos impostos: garantias de terceira geração*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. “O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza”. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90-91).

<sup>29</sup> “Dessa indeterminação de sentido [deveres positivos impostos aos proprietários] parece escapar a nossa Constituição de 1988. Pelo menos em dois de seus dispositivos, a função social da propriedade é apresentada como imposição do dever positivo de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade.

(...) Duas conseqüências lógicas, segundo me parece, devem ser extraídas desses dispositivos constitucionais. Em primeiro lugar, o reconhecimento de que essas sanções pelo descumprimento da função social da propriedade não são mera possibilidade, mas autêntico dever imposto ao Estado, sob pena de inconstitucionalidade por omissão administrativa. Em segundo lugar, o reconhecimento, também óbvio, de que a expropriação pelo descumprimento da função social, pó força de seu caráter punitivo, não está sujeita às restrições determinadas no art. 5º, XXIV da Constituição: a indenização não precisa ter a mesma amplitude e as mesmas garantias da que é devida quando não há nenhuma disfunção no uso da propriedade.

De qualquer forma, a conclusão que se pode extrair desse conjunto de normas constitucionais relativas à função social da propriedade é que o Estado exerce um papel decisivo e insubstituível na aplicação normativa. Assim, tanto no plano urbano quanto no rural, o dever de adequada utilização de seus bens em proveito da sociedade supõe a existência de uma política urbana e de uma política agrária, ou seja, um programa de atuação governamental. Um Estado despreocupado com o bem-estar geral da população não tem legitimidade para exigir dos proprietários o cumprimento de sua função social” (COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 732, outubro/1996, p. 42-43).

atender interesses individuais sem consideração dos prejuízos coletivos derivados dessa concessão.

A solução da questão foi a adoção de diretrizes de controle mútuo das competências de cada um dos poderes, em um sistema de freios e contrapesos, cujo objetivo primordial é conter os abusos de um poder via fiscalização do outro:

Sob os auspícios da nova concepção acerca da potestade do Estado, sustenta-se a idéia segundo a qual, se um poder possui a competência preponderante de elaborar leis, outro, para executá-las, e um terceiro, para julgar os conflitos à luz das normas existentes, é necessário que haja um sistema de freios e contrapesos, de controles recíprocos, para evitar a sobreposição de uma função estatal à outra, e o conseqüente disso, qual seja, o absolutismo. É a chamada técnica dos checks and balances, desenvolvida por Bolingbroke, na Inglaterra, e que encontra correspondência na pregação de Charles de Montesquieu<sup>30</sup>.

A lição de Montesquieu referida por Maria Coeli e Jean Nogueira é a raiz da concepção de fiscalização recíproca, no capítulo em que o filósofo assume que, nada obstante a essencialidade do Estado para desenvolvimento das sociedades, ele não está livre de abusos, eis que sua atuação é regida por relações de poder. E esses abusos precisam de contenção imediata e constante, a fim de evitar prejuízos aos quais o cidadão não deu azo e ainda o retorno ao Estado absolutista, em que a vontade do soberano era a do povo, ainda que não revestida de legalidade ou de interesse público.

A democracia e a aristocracia não são, por sua natureza, Estados livres. É tão-só nos governos moderados que se encontra a liberdade política. Entretanto, ela nem sempre existe nos Estados moderados; ela só existe quando não se abusa do poder; porém, a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites. E – quem o diria! – até a própria virtude tem necessidade de limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser feita de tal forma, que ninguém era constringido a praticar coisas que a lei não obriga, e a não fazer aquelas que a lei permite<sup>31</sup>.

Ressalte-se que essa dificuldade na definição dos papéis de cada poder advém da abertura constitucional, a qual não define o que seria função judiciária, legislativa ou

---

<sup>30</sup> PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. *Controle da administração pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <[http://200.298.41.151:8081/tribunal\\_contas/2004/02/-sumario?next=2](http://200.298.41.151:8081/tribunal_contas/2004/02/-sumario?next=2)>. Acesso em 12/04/2011.

<sup>31</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 164-165.

executiva. José Frederico Marques adentra essa discussão na tentativa de delinear o papel do Poder Judiciário nos seguintes termos:

Donde concluir-se que Poder Judiciário é aquele que, por meio dos órgãos que a Constituição prevê, exerce, preponderante e especificamente, a função jurisdicional, para, desse modo, compor ou resolver litígios, dando a cada um o que é seu, mediante a aplicação do direito objetivo<sup>32</sup>.

É nessa brecha filosófica e constitucional que o Judiciário vem se fortalecendo para firmar discurso de legitimação de sua atividade extraconstitucional de “dar a cada um o que é seu”.

### **1.3. O fortalecimento do Poder Judiciário no Estado prestacional**

É desse contexto de poderes e respectivas limitações que surgem os direitos sociais, inspirados pelo ideal de igualdade francês, buscando o Estado como efetivo “ator social”, que não mais aguarda a mudança da dinâmica social:

Exigiu-se, então, que o Estado efetivamente participasse da ordem pública, contribuindo para a concretização dos direitos individuais. Para tanto, notou-se deveras alargamento das funções estatais em prol do incremento dos direitos e redução das desigualdades sociais<sup>33</sup>.

Para o real aumento das atribuições estatais, o Executivo passou a ser concebido como Poder atuante, isto é, fortaleceu-se em virtude da maior ingerência na esfera pública, fruto do processo histórico de inserção do Estado na vida dos cidadãos. A antiga timidez do Estado, agindo apenas quando provocado, não mais tem lugar no Estado Social, uma vez que,

---

<sup>32</sup> MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 5.

<sup>33</sup> “A mudança de paradigma visou conciliar, portanto, dois elementos principais: a) capitalismo e b) a consecução do bem-estar social geral, que deram origem ao denominado Estado de bem-estar social (*Welfare State*). Esse modelo de direito e de Estado passou a se preocupar com a realização dos direitos fundamentais de caráter social, na tentativa de criar uma situação de bem-estar geral que garantisse o desenvolvimento da pessoa humana, razão pela qual as funções da Administração Pública foram, aos poucos, alargadas. (...) Se por um lado, surge daí a imagem de uma sociedade complexa que vai cada vez mais especificando seus sistemas de ação, de forma a que os atores individuais passem a exercer uma posição marginal de ‘clientes’, por outro lado espera-se que a Administração Pública possa controlar normativamente as expectativas sociais por

para garantir o interesse público então exigido, teria de intervir com mais firmeza nas esferas individuais de direitos e deveres. É essa a origem da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, a qual propiciou a isonomia necessária à consagração dos direitos de igualdade.

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade<sup>34</sup>.

Tem-se, então, de um lado, o pano de fundo da distribuição de poderes de Montesquieu e a necessidade de limitação aos abusos do ente estatal; por outro, a imprescindibilidade de prestações positivas do Estado para consecução dos direitos fundamentais<sup>35</sup> e a indissociação entre Estado e sociedade<sup>36</sup> formando um “complexo de interferências recíprocas<sup>37</sup>”.

O Brasil do século XX seguiu a tendência do Estado prestacional com a valorização do indivíduo após as duas Grandes Guerras Mundiais<sup>38</sup>. O Poder Executivo<sup>39</sup>, então, tomou o

---

meio de uma atuação dirigente”. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003, p. 143.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 277.

<sup>35</sup> Adota-se a predileção de Menelick de Carvalho Netto da expressão ‘direitos fundamentais’ a ‘direitos humanos’, com fundamentação no entendimento de que são aquisições evolutivas ou conquistas históricas discursivas e não definitivas. *In*: NETTO, Menelick de Carvalho. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). “Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais”. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

<sup>36</sup> “No direito materializado do Estado social, já que a separação entre Estado e sociedade é superada e o Estado interfere na ordem social, provendo, distribuindo e administrando, a generalidade da norma como princípio já não pode mais ser mantida sem reservas. O problema que decorre dessa expansão do Estado é uma contradição entre o fim (a igualdade) e os métodos (‘opressão’ burocrática e administrativa praticados pela Administração Pública”. *In*: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003, p. 143-144.

<sup>37</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003, p. 144.

<sup>38</sup> HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 526.

<sup>39</sup> “No direito materializado do Estado social, já que a separação entre Estado e sociedade é superada e o Estado interfere na ordem social, provendo, distribuindo e administrando, a generalidade da norma como princípio já não pode mais ser mantida sem reservas. O problema que decorre dessa expansão do Estado é uma contradição entre o fim (a igualdade) e os métodos (‘opressão’ burocrática e administrativa praticados pela Administração

anterior pedestal do Poder Legislativo<sup>40</sup>, reinante desde a Revolução Francesa<sup>41</sup> como o caminho para o progresso mundial<sup>42</sup>.

A consagração do Estado-providência, exigiu do Estado uma maior participação na efetivação dos direitos sociais, fator esse que, aliado à crescente complexidade das relações sociais, acabou por fortalecer a atuação do Poder Executivo, cujo poder decisório nas últimas décadas tem sido maior que o dos Poderes Legislativo e Judiciário. Na terminologia de Weber, o Estado Moderno passou de uma associação ordenadora – o Estado de Direito Liberal – para uma associação reguladora – e Estado de Direito Social.

O processo de reorganização por que passa o Estado para buscar dar conta dessa nova realidade, refletiu imensamente em suas instituições e, por consequência, em seu instrumento privilegiado de regulação, o Direito.

No Brasil não foi diferente. Embora aqui as condições para a implementação do Estado-providência fossem diversas da encontrada na Europa, a promulgação da Constituição Federal em 1988 inaugurou um novo modelo de Estado voltado à efetivação de direitos fundamentais, individuais ou coletivos, e direitos sociais, previstos na Carta.

---

Pública”. *In*: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003, p. 143-144.

<sup>40</sup> “A teoria do Estado liberal do fim do século XVIII, que tem em Montesquieu um dos seus mais importantes expoentes, se baseava na necessidade de que houvesse uma ruptura com o antigo modelo absolutista de Estado – em que o soberano era o senhor de todo o povo.

Como opção àquele sistema, pois, o sistema liberal apresentava uma resposta que se fundava em dois principais pilares, quais sejam: a limitação ao poder do Estado sobre o indivíduo e a apresentação de instrumentos que traduzissem os anseios populares e, em consequência, fizessem ser ouvidos pelo poder público, principalmente através de parlamentares eleitos entre seus pares.

Nesse sentido, a função legislativa se apresentava com posição de destaque em relação à judicial e a executiva, eis que estas últimas teriam como função principal a aplicação dos ditames preestabelecidos por aquela primeira. Ao lado do surgimento deste modelo de forma de Estado, passa-se a ter o direito como justificável somente como garantidor da soberania popular – representada principalmente pela existência de legisladores escolhidos livremente pelo povo. Este é o estado de direito, em que governantes e governados se submetem à ‘lei’”. BERNARDO, Leandro Ferreira. Ativismo judicial e Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica*, Brasília, v.11, n. 93, fev-maio/2009, p. 2-3.

<sup>41</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 12, mar. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27844>>. Acesso em 02/11/2010, p. 54-56.

<sup>42</sup> “Enquanto a relação entre mudança social e nascimento dos direitos de liberdade era menos evidente, podendo assim dar vida à hipótese de que a exigência de liberdades civis era fundada na existência de direitos naturais, pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente de qualquer consideração histórica, a relação entre o nascimento e o crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro, é inteiramente evidente”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 76. “As grandes transformações na estrutura de poder político eram necessárias para que o Estado passasse a ser entendido não mais como um mero aparato posto à disposição da segurança e do progresso humano, e jamais um fim em si mesmo”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, organização política e Constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Manole, 2005, p. 271.

Neste contexto é crescente a necessidade de atuação estatal para a consecução de políticas visando à materialização dos direitos sociais. A incapacidade do Estado em realizá-las pressiona o Poder Judiciário, para que este garanta por meio do Direito o que o Estado não assegura pela Política<sup>43</sup>.

No entanto, ausência de conhecimento jurídico por parte do Poder Executivo o desqualificou como representante do direito e da justiça no papel elaborador de leis e o deixou à margem da atividade jurídica<sup>44</sup>.

Hoje, o que se discute é a judicialização de questões políticas, época em que o Poder Judiciário exerce criatividade judicial<sup>45</sup> para tomar a frente de importantes debates da sociedade para construção de soluções para os casos que lhe são submetidos. Antes, na postura exegética conservadora, os juízes eram a “boca da lei”, ou seja, “os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que lhe não podem moderar nem a força nem o rigor”<sup>46</sup>. Agora, a postura exegética conservadora foi deixada de lado para priorizar justiça e equidade, porque “esse novo juiz é aquele que faz o direito no momento em que decide as causas e controvérsias, porque verdadeiro legislador não é a pessoa que primeiro escreveu ou ditou quaisquer normas jurídicas, mas quem dispõe de autoridade absoluta para interpretá-las”<sup>47</sup>:

No Brasil, a partir de um processo de reconstrução da democracia, muitas são as dificuldades para tratar de problemas sociais de grande envergadura, assegurando o direito de participação das minorias. Passados apenas quinze anos das primeiras eleições diretas no país, após a abertura política, boa parte das disputas antes travadas nos Parlamentos e escritórios ministeriais em Brasília passaram a migrar para os gabinetes de juízes formados a partir de uma matriz conservadora e positivista. Os juízes, habituados a decidir com base em uma formação acadêmica e profissional que confere primado à lei e ao regulamento, passaram a ser chamados para decidir sobre a gestão de recursos públicos, com base na interpretação de princípios constitucionais abertos. Ações coletivas começaram a ser propostas em

---

<sup>43</sup> BARBOSA, Cláudia Maria. *O processo de legitimação do Poder Judiciário brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em 10/01/2011, p. 2.

<sup>44</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Ulisses e o superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 7, Renovar, 2006, p. 100.

<sup>45</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 43, jul-set/86, p. 57-58.

<sup>46</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 89.

<sup>47</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? *Consulex*, v. 14, n. 329, out/2010, p. 19.

todo o país com o objetivo declarado de revisar decisões tomadas por governos eleitos a partir da Constituição<sup>48</sup>.

E ainda nas palavras de Gisele Cittadino:

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política; fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular. Se considerarmos qualquer uma dessas chaves interpretativas, podemos compreender porque a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática. Com efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como “judicialização da política”<sup>49</sup>.

Importante notar, por outro lado, que Montesquieu (e também Locke) não assumiam a existência de um Poder Judiciário, mas sim a função de julgar. O Poder Judiciário, nos moldes dos debates atuais, nasceu com o direito constitucional norte-americano<sup>50</sup>. Assim, o ativismo judicial também teria emergido com a inclusão da atividade judiciária no equilíbrio dos poderes.

Nesse sentido, com esse destaque do Poder Judiciário, houve vozes que defenderam a imprestabilidade e inaplicabilidade do princípio da separação dos poderes, convictos de que o “governo de juízes” poderia solucionar o problema da neutralidade e da especialização funcional, indicando o Judiciário como resposta aos males do Estado:

Talvez não haja exagero em se afirmar que um governo é mais democrático na medida em que o Judiciário exerce maior atividade. Quanto mais democrático um Estado, maior do desempenho do juiz na solução dos conflitos de interesses de particulares entre si ou desses últimos com a administração pública.

---

<sup>48</sup> APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 12.

<sup>49</sup> CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, Rio de Janeiro, v 5, n. 9, jul-dez/2004. Disponível em: <publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu\_n9\_cittadino.pdf>. Acesso em 10/04/2011, p. 106.

<sup>50</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. Separação de poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, n. 11, novembro/2010, p. 31.

No Brasil – o que já atesta o regime democrático em que vivemos – nunca se viu tanta solicitação ao Judiciário. Em uma democracia, o Judiciário deve ser o desaguadouro final de toda dúvida ou incerteza jurídica<sup>51</sup>.

Há, contudo, de ser ter cautela a partir da interpretação histórica das lições clássicas do próprio Montesquieu ao elevar o Judiciário como “o poder dos poderes”, já que o equilíbrio entre os poderes, em relação às funções que exercem, continuaria a legitimar as democracias representativas<sup>52</sup>.

É nessa reconstrução que o Judiciário ganhou terreno mais fértil para atuação sob o discurso velado de “terceiro neutro”<sup>53</sup>, conforme discorrido no capítulo a seguir.

---

<sup>51</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 115.

<sup>52</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. Separação de poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, n. 11, novembro/2010, p. 29-30.

<sup>53</sup> “Este é o sentido de um poder neutro, de um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares. Caso não deva ocorrer um efeito secundário meramente acessório de outras atividades estatais, mas, sim, devam ser organizadas uma instituição e uma instância especiais, cuja tarefa seja assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição, então é conseqüente em um Estado de direito, onde há diferenciação dos poderes, não confiar isto, suplementarmente, a nenhum dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobrepeso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle. Ele tornar-se-ia, por meio disso, senhor da Constituição. Destarte, é necessário colocar um poder especial neutro ao lado dos outros poderes, relacionando-o e equilibrando-o com eles por intermédio de poderes específicos”. SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição* (trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 193-194.

## Capítulo 2

### DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO

Na atualidade, diante do fracasso dos dois outros poderes, o Poder Judiciário ocupou esse espaço vazio e tem sido invocado como solução para o desnível dos freios e contrapesos ocorrido até então, a partir da afirmação da constituição como instrumento máximo de garantias e direitos e do papel fundamental do Judiciário de assegurar sua efetividade. Essa nova atuação tem sido cristalizada no fenômeno da constitucionalização de direitos<sup>54</sup> com a finalidade de consecução do pluralismo social e do espírito democrático.

As leis, percebidas como fruto pouco amadurecido do entrechoque de interesses sociais, em muitos casos especializadas e particulares às diversas matérias jurídicas, convidam ao esforço de harmonização – o juiz vira ‘juiz da lei’. Argumentos de unidade da Constituição e de sistema impulsionam o Judiciário a uma tarefa interpretativa que ignora qualquer limite textual e descamba para o puro sentimento de Justiça, o qual, desnecessário dizer, nunca equivale ao sentimento da Justiça presumido através da lei<sup>55</sup>.

Desse novo papel, surgiram expressões como ativismo judicial e juiz legislador positivo, as quais têm trazido peculiares preocupações aos aplicadores do direito. É que esses institutos conferem ao julgador atribuições que não pertencem às suas funções típicas e, com isso, a burla à tripartição de poderes passou a ser analisada muito mais que uma exceção para concretização dos direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>54</sup> “O juiz constitucional tem enorme importância neste contexto, porque responsável direto pela concretização dos valores constitucionais. De sua (injustificável) omissão não raro resulta a ineficácia absoluta do dispositivo constitucional, com a agravante de restringir a atividade legislativa e legitimar a omissão do Estado. O excesso de intervenção política do Poder Judiciário, por sua vez, é operacionalizado através da interpretação dos dispositivos constitucionais e reflete o asfixiamento da sociedade através de uma ‘interpretação adequada’. O discurso de apropriação ideológica da Constituição permite que segmentos específicos da sociedade excluam os demais do debate constitucional, impondo-lhes uma teologia constitucional que não se compatibiliza com a democracia constitucional. A normatividade da Constituição depende, portanto, de um amplo processo de comunicação entre os diversos membros da comunidade jurídica, a partir de critérios de validade das normas amparadas na Constituição. A Constituição é o espaço da convivência política entre grupos sociais distintos e que buscam dirigir a ação do Estado no sentido que mais se aproxime de sua ideologia”. APPIO, Eduardo. *Discrecionabilidade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 33.

<sup>55</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Ulisses e o superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 7, Renovar, 2006, p. 101.

Destes [aspectos], um, talvez o mais importante, é o papel político assumido pelo Judiciário e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal. Sem dúvida, é a Constituição disso responsável em última instância, em razão de suas peculiaridades e dos institutos que adotou, aos quais se agregaram os aportes de Emendas e da legislação promulgada neste período.

Não me parece, porém, que isso tenha sido almejado pelos constituintes, nem pelos que elaboraram suas alterações e complementações. Está nisso um bom exemplo de como as constituições “crescem”, num processo evolutivo que alguns diriam auto-poietico. É óbvio que tal evolução muito tem dependido da mentalidade dos magistrados contemporâneos, mas ela própria foi indubitavelmente estimulada pelo texto constitucional<sup>56</sup>.

## 2.1. Ativismo judicial: breves explicações conceituais

Em tempos de grande atividade do Poder Judiciário, é importante discutir em que termos essa atividade vem sendo exercida em vista da preservação da democracia. Isso porque os campos do direito e da política no Brasil vem ganhando linguagens bastante assemelhadas, com as quais se deve dispensar maiores cuidados:

A realidade brasileira – e não só ela – os países ibero-americanos que misturam Estado, governo e administração, que não separam jurisdição constitucional de jurisdição ordinária, e que não preservam instituições que facilitem o desenvolvimento de maioria governamental, mesmo querendo, não conseguirão distinguir, com clareza, o que é jurídico do que é político.

Quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos. Os exemplos, em nossos tribunais, apresentam-se aos borbotões. Talvez, o mais maléfico deles seja as liminares que concedem internações em hospitais que não possuem vagas. O juiz decide, “juridicamente” um problema de política pública: leitos escassos para pacientes em demasia<sup>57</sup>.

Essa mistura entre os setores da política e do direito vem causando grande preocupação com a atuação do Poder Judiciário além das atribuições que lhe foi conferida pela Carta Constitucional. Tal extrapolação é comumente chamada de “ativismo judicial”, cuja inspiração foi calcada no *common law* norte-americano, sistema jurídico em que a

---

<sup>56</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao>>. Acesso em 10/04/2011.

<sup>57</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo judicial e estado de direito*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>>. Acesso em 10/06/2011.

supremacia judicial é essencial ao constitucionalismo<sup>58</sup>. O ativismo judicial consistiria, na verdade, na intervenção pontual do Judiciário nos demais poderes como forma de corrigir eventual déficit na atividade dos demais poderes. Em outras palavras, os juízes acabam por ocupar os nichos de atuação obrigatória dos outros poderes a fim de efetivar a justiça e cumprir as promessas constitucionais. Esse fenômeno proativo advém de outro, denominado “judicialização da política”, em que são identificados esses espaços não ocupados e preenchidos com a atividade jurisdicional. O ativismo tem causado consternação no que se refere à falta de autorização política advinda da Carta Maior para ocupar essas lacunas dos demais poderes:

[A judicialização da política] não desrespeita apenas o princípio da legalidade financeira, da separação de poderes e da isonomia, como põe em xeque a própria legitimidade democrática, tendo em vista que se está deixando ao alvedrio do Poder Judiciário a decisão de questões eminentemente políticas e que deveriam ser decididas pelos poderes competentes, por intermédio de seus representantes eleitos democraticamente pelo povo<sup>59</sup>.

No Brasil, a importação do ativismo estadunidense não é recente. José Frederico Marques, em comentários à Emenda Constitucional 7/77, já identificava funções anômalas do Poder Judiciário, ainda que autorizadas pela Carta Maior. Tendo em vista a permissão constitucional dessas funções, o autor classifica a atuação como “perfeitamente legítima”, assim como as atuações fundamentadas em lei ordinária<sup>60</sup>. Essa acepção, em via oposta, leva à seguinte conclusão: caso não haja autorização constitucional (ou de lei ordinária, na visão do autor), a atividade do Poder Judiciário não é legítima.

Nesse sentido, Thamy Pogrebinschi considera ativista o juiz que “a) questiona e revê decisões dos demais poderes, b) controla e promove políticas públicas, c) não identifica necessariamente a coerência do Direito e o princípio da segurança jurídica como limites de sua atividade”<sup>61</sup>. Tais elementos demonstram claramente que a atuação jurisdicional não abrange formulação de políticas públicas ou avaliação das opções administrativas e/ou

---

<sup>58</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 2.

<sup>59</sup> ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Legalidade financeira e ativismo judicial: judicialização das políticas públicas. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, n. 28, 2010, p. 164.

<sup>60</sup> MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 31-32.

<sup>61</sup> Pogrebinschi *apud* DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. *Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 17, mar/2008, p. 107.

legislativas em razão da necessidade de avaliação conjuntural prévia à decisão a ser tomada, o que é impossível com análise apenas do caso concreto submetido a deliberação judicial.

Nesse contexto, ativismo “é quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas)”<sup>62</sup>. É quando, então, se ultrapassa o dever legal de decidir para exercer juízo de opção, diante das variáveis fáticas, fora dos casos expressamente autorizados pela Carta Maior, o magistrado deixa de cumprir suas obrigações constitucionais para impor seus anseios pessoais no caso concreto. É esse o cuidado que o Estado Democrático de Direito, especialmente o brasileiro, deve tomar a fim de não inaugurar uma nova ditadura: a “ditadura do Poder Judiciário”<sup>63</sup>.

Por fim, outros ainda enxergam dois conceitos de ativismo: “primeiro, para indicar que o juiz, quando é chamado a manifestar-se sobre uma pretensão, participa, por intermédio da sentença, do processo de elaboração da norma jurídica; depois, para revelar sua postura participativa na condução do processo judicial”<sup>64</sup>.

## 2.2. Ativismo judicial como discurso de justificação

Ainda que a prática legitime a conduta ativista dos tribunais em dar a última decisão, essa superioridade oriunda do costume deve ser avaliada com cautela. Isso porque o ativismo judicial não é apenas a vontade de superar uma decisão anterior, mas sim movimento que objetiva o distanciamento das decisões do Poder Judiciário do significado original do texto constitucional<sup>65</sup>. Em visão finalística<sup>66</sup>, esse Poder tem sido concebido como diretiva

---

<sup>62</sup> STRECK, Lênio *apud* BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*. Brasília, v. 8, n. 1, jan-jun/2011, p. 16.

<sup>63</sup> Expressão atribuída em PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data (Constituição e Processo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 51, utilizada também em NUNES, Jorge Amaury Maia. *A separação dos poderes e a ditadura do poder judiciário brasileiro*. Brasília: policopiada, 1993.

<sup>64</sup> DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. *Revista da AJURIS*, v. 35, n. 110, jun/08, p. 166.

<sup>65</sup> DICKSON, Bruce. *Judicial activism in common law supreme courts*. New York: Oxford, 2007, p. 417.

normativa<sup>67</sup> e garantia ao cidadão de que a função legislativa e a função administrativa seriam obrigatoriamente exercidas, sem sopesar os custos sociais e políticos de se transferir essas atividades ao Poder Judiciário.

De forma muito moderna, Montesquieu define a posição do Judiciário de acordo com seu modo de funcionamento, reconhece a dependência desse modo de funcionamento do método da jurisdição e dirige a estas exigências que colocam fundamentalmente em dúvida a práxis das sociedades medievais em deixar, sobretudo, a cargo dos tribunais, a criação e evolução (apócrifas) do direito. É exatamente esse aspecto da teoria de Montesquieu da separação de poderes, pelo qual ele obtém a referência a exigências centrais de todos os contratualistas, que, atualmente, sob o signo de uma refeudalização das condições sociais e dos paradigmas políticas é, na maioria das vezes, esquecida ou reprimida<sup>68</sup>.

A questão, na verdade, não reside na atividade de controle, mas sim em quem deterá esse controle. “Temos um curto-circuito democrático: todos podemos nos dar as leis que quisermos, desde que assim o permitam os juízes; todos controlamos os governantes, desde que esses governantes, em sentido amplo, não sejam juízes, cujo único controle é a sua consciência”<sup>69</sup>.

Se houver problema no controle, a tirania é o perigo decorrente mais iminente e temido de todo esse processo e pode concentrar-se na ponta da caneta do juiz, ao invés de diluir-se nos debates parlamentares.

Sabe-se que mesmo a interpretação pode ser insuficiente, admitindo-se excepcionalmente a criação judicial. É preciso se ter em conta, no entanto, que nos países vinculados à tradição romanística, a construção do direito pelo juiz pressupõe na verdade o mau funcionamento do sistema. Esta é provavelmente uma forte razão para explicar o papel bem menos importante do juiz nos países de civil law. Os limites do ato interpretativo constituem uma das principais questões de política jurídica no mundo romano-germânico<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> “A justiça se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. Se aceitamos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 200.

<sup>67</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 4.

<sup>68</sup> MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade* (trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 200.

<sup>69</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. Ulisses e o superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 7, Renovar, 2006, p. 84.

<sup>70</sup> BARBOSA, Cláudia Maria. *O processo de legitimação do Poder Judiciário brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em 10/01/2011, p. 12.

A necessidade de preenchimento de lacunas legislativas exige cada vez mais a utilização de técnicas integrativas e interpretativas que façam valer os preceitos e garantias constitucionais do cidadão. Ao mesmo tempo, confessa que a mera elaboração e aplicação da lei não são mais suficientes para concretizar os direitos individuais e coletivos concernentes a aspirações sociais<sup>71</sup>.

O ativismo judicial ganha espaço para assumir que o principal parâmetro de construção de direito não é mais a lei, mas sim as normas jurídicas individuais consignadas nas decisões judiciais. O foco sistêmico-jurídico, então, passou ao Poder Judiciário para concretizar a promessa de “justiça constitucional como formidável instrumento de integração política e social da coletividade, atuando para que aquela constitua uma ordem a serviço da justiça e da dignidade dos homens”<sup>72</sup>.

O prejuízo da perspectiva ora esposada reside na legitimação do Poder Judiciário para assumir questões administrativas e legislativas que não são de sua alçada, sob pena de se criar concentração arbitrária de poder, desta vez regida pelos magistrados.

Assim, não se fortalece apenas a tendência persistente há um século que conduziu progressivamente, já dentro dos Estados nacionais, à evolução do direito por meio da jurisdição às custas da legislação democrática, ou seja, uma tendência a uma drástica reestruturação do sistema de divisão de poderes.

Também o próprio direito assume uma qualidade que torna ineficaz a legislação democrática e os processos de legitimação a ela ligados, como eleições parlamentares ou votações de democracia de base, pois os outputs de todos esses eventos, as leis, perdem seu efeito vinculativo perante os aparelhos estatais. O direito “não-vinculativo” está à disposição destes. Assim, uma vez que existe o perigo de que fracasse a pretensão à organização democrática da política entre dois ciclos recursivamente fechados, legislação democrática de um lado e, de outro, aparelhos estatais não impressionados por esta e que se autoprogramem, estaria novamente discutindo o ponto neurálgico da importância da justiça em sistemas democráticos<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, Rio de Janeiro, v 5, n. 9, jul-dez/2004. Disponível em: <publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu\_n9\_cittadino.pdf>. Acesso em 10/04/2011, p. 105.

<sup>72</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 12, mar. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27844>>. Acesso em 02/11/2010, p. 61.

<sup>73</sup> MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade* (trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 188.

Por essa razão, muito se revisita Montesquieu em sua célebre expressão “o poder contém o poder” para celebrar o equilíbrio do exercício do poder pelo Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo na separação de poderes<sup>74</sup>. Os argumentos favoráveis a essa possível preferência atingem o ponto nodal da polêmica: os julgadores não estariam submetidos a pressões de grupos organizados, uma vez que os magistrados estariam amparados pela vitaliciedade ínsita às suas funções.

De fato, muitas têm sido, em tempos recentes – e especialmente durante o atual governo –, as ocasiões da vida política brasileira em que ocorrem conflitos entre o Judiciário e outro Poder da República. Em especial, as divergências entre as decisões ou pronunciamento de juízes e os desígnios de membros do Poder Executivo têm recebido destaque nos jornais e despertado o interesse da opinião pública. É curioso notar que, em tais ocasiões, muitas vezes predomina uma grande falta de clareza sobre a importância dos direitos de grupos e indivíduos, diante do desiderato da ‘eficiência’ da administração de políticas públicas, especialmente a eficiência da ‘política econômica’. Mas qual o significado desses reiterados conflitos entre autoridades administrativas e autoridades judiciais?<sup>75</sup>.

Tal conflito paira, prioritariamente, nas questões dos excessos de poder e da transparência deficiente. O exercício e o abuso do poder estão em esferas bastante próximas e entrelaçadas, o que revela a necessidade de justificação das funções atípicas do Poder Judiciário.

O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais<sup>76</sup>.

Nessa toada, a ampliação do papel do juiz migrou do controle jurisdicional dos atos do Poder Público para uma possível ditadura de juízes, os quais interfeririam não apenas em direitos individuais, mas também em políticas e diretrizes de governo, reacendendo o debate acerca dos limites da atividade judicial.

---

<sup>74</sup> “A volta a um sistema de separação dos poderes ainda impregnado com os estamentos feudais como o de Montesquieu encontra-se em pauta sempre onde competências que se sobrepõem em vastas e complexas unidades políticas dificultam a responsabilidade imputável e o controle democrático”. MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade* (trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 189

<sup>75</sup> CASTRO, Marcus Faro de. A administração da Justiça e os reflexos na economia. *Revista CEJ*, Brasília, n. 17, abr-jun/2002, p. 10.

<sup>76</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.

Se tais funções foram exercidas por delegação dos políticos, a magistratura também reivindicou – desta vez contra os políticos – o controle dos poderes públicos. Uma série de causas, que vão da ‘politização-socialização’ da administração pública até o enfraquecimento dos mecanismos de controle administrativo, provocaram um importante crescimento de incisivas intervenções da jurisdição penal, sobretudo em matérias de ilícitos contra a administração pública, colocando assim o delicado problema dos limites entre jurisdição e discricionariedade política e administrativa<sup>77</sup>.

O controle dos poderes públicos pelo Poder Judiciário, isto é, o controle jurisdicional de atos administrativos e legislativos, foi garantido na Constituição brasileira de 1988 pela cláusula de inafastabilidade de jurisdição, inscrita no art. 5º, inciso XXXV.

No Estado brasileiro ainda mais se acentua a importância do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, porque, sendo o regime presidencial, caracteriza-se, particularmente, pela supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo, cujo controle sobre aquele é insignificante. Praticamente no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas<sup>78</sup>.

O fortalecimento do Poder Judiciário tem origens não só históricas, como também normativas, já que o poder constituinte conferiu ao Judiciário a prerrogativa de não apenas julgar as contendas individuais que lhe são submetidas, como também zelar pela preservação e consecução do interesse público pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo. É a “vocação para a jurisdição”<sup>79</sup> destoando dos poderes “independentes e harmônicos entre si” do art. 2º da Constituição brasileira.

Em outras palavras, o Poder Judiciário, por meio da inafastabilidade apregoada pela Constituição, acaba sendo dotado do dever de monitorar a atuação dos demais poderes e, se o caso, neles intervir para forçar a observância e interpretação aos princípios e regras inscritos na Carta Constitucional democrática<sup>80</sup>. Para isso, a Lei Fundamental previu instrumentos processuais específicos a fim de subordinar quaisquer atos ao interesse público e aos ditames do ordenamento jurídico, tais como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data* e ação popular<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.) *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10.

<sup>78</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O controle jurisdicional dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 137.

<sup>79</sup> PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.) *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>80</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, n. 6, EdUnB, 2º semestre de 1998, p. 233-235.

<sup>81</sup> Não serão abordados esses instrumentos no presente artigo, de acordo com a delimitação temática pretendida.

### 2.3. A confiança no Poder Judiciário

O Estado, na concepção distributiva de poderes, visou a repartir o poder antes concedido a um único ente, que, no Estado Democrático de Direito<sup>82</sup>, é realizado mediante consenso político<sup>83</sup>. Quando se reveste uma das esferas funcionais de maior força potestativa, ele acaba por se revestir de poder e legitimidade<sup>84</sup> que não lhe foi dado, isto é, dotar da última palavra e reexaminar os atos dos demais poderes invade sua esfera de competências e, desta forma, deteriorar sua legitimidade em favor da alegada observância à inafastabilidade jurisdicional. O risco dessa atividade ativista reside no exercício dessas funções atípicas sem observância de elementos que lhe são inerentes, tais como fatores políticos, econômicos ou sociais, fazendo prevalecer o interesse do particular sobre o interesse público primário.

Parece-nos que o primeiro ponto que deveria ser assimilado por aqueles que, de maneira séria e sincera, dispõem-se a discutir o papel do Poder Judiciário brasileiro neste início de século, passam, necessariamente, por admitir que o Direito e/ou o Sistema Jurídico (aqui entendido de maneira leiga, da forma mais ampla possível,

---

<sup>82</sup> “Entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, com o proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.

<sup>83</sup> Ackerman indica que há duas formas de se pensar a legitimidade democrática para obtenção de autoridade legislativa: “Proponho refletir a partir da agitação filosófica que rodeia a palavra ‘democracia’ fazendo uma pergunta simples: quantas eleições um movimento político deve ganhar, até obter a autoridade legislativa? A resposta apresentada pela teoria pura de poderes não separados é bem representada pelo sistema britânico clássico de democracia de Westminster. Ele afirma que um movimento político necessita ganhar apenas uma eleição antes de obter autoridade plena. (...) Quando considerada como uma teoria da legitimidade política, os seus proponentes são reunidos em torno de uma proposição normativa-chave única. Eles negam que uma única vitória eleitoral seja suficiente para investir o movimento político vitorioso da autoridade legislativa plena. Esta proposição produz uma das características mais distintas da separação dos poderes: o fato de que os poderes legiferantes diferentes, muitas vezes, funcionam em um tempo eleitoral surpreendente. Mesmo que o Partido A vença com larga margem em um determinado período, terá que ganhar *n* vezes antes que possa obter autoridade plena”. ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes* (trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12-13.

<sup>84</sup> Vale o alerta efetuado por Guilherme Denz para não confundir legalidade e legitimidade para fins de exame da legitimação do Poder Judiciário. Enquanto a legalidade diz respeito à adequação com a norma jurídica abstrata, a legitimidade busca justificar a existência da norma ou do instituto em relação às expectativas sociais. DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. *A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16304/15868>>. Acesso em 10/12/2010, p. 2.

como Constituição, leis, juízes, promotores, advogados, etc.) não é, nem jamais será a solução para todos os males existentes em nosso País.

(...) Ocorre que o Direito (ainda que acrescido do, por muitos adorado, complemento ‘social’) simplesmente não pode fazer isso. Não tem condições de atender a todas estas expectativas e anseios.

Falta dinheiro para pagamento de funcionários públicos? Vêm as liminares ordenando o pagamento imediato dos servidores. Faltam vagas para todos os alunos nas escolas públicas? Surgem as sentenças ordenando a abertura das vagas. Os juros dos empréstimos estão demasiadamente altos? Simples – dizem alguns – basta limitá-los a um patamar ‘adequado’.

Só que, ao contrário do que os iludidos sonham e os desinformados tentam crer, o Direito não cria o dinheiro para pagar os servidores. Não levanta as paredes da escola nem monta as carteiras escolares. E, ao contrário de reduzir as taxas de juros, acaba ao fim somente por aumentá-las.

(...) Há de se rejeitar com toda a ênfase – o que aqui propomos – a orientação ou linha de pensamento que tenta atribuir ao Poder Judiciário a função direta, por exemplo, de transformar a sociedade ou de definir as políticas públicas. (...) Não pode o juiz mudar a interpretação da lei ou deixar de aplicá-la, simplesmente porque não lhe pareceu justa<sup>85</sup>.

Esse “ativismo judicial”, muitas vezes, sequer é reconhecido pelos próprios julgadores a fim de evitar discussões atinentes à legitimidade, tentando justificar que sua postura excessiva seria derivada da lei e não da caneta que assina as decisões judiciais:

No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, **pois o ativismo é da lei e do texto constitucional**. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador<sup>86</sup>.

O Código de Processo Civil, atento aos reclamos da modernidade quanto ao ativismo judicial, dispôs no seu art. 130, “caber ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias”. Dessume-se, do dispositivo citado, que esse poder de iniciativa conspira em favor da busca da verdade, habilitando o juiz a proferir uma sentença restauradora do statu quo ante à violação, carreando notável prestígio para o monopólio da jurisdição que, ao limitar a autotutela, promete ao jurisdicionado colocá-lo em situação igual à que se encontrava antes do inadimplemento. E, para isso, é preciso aproximar a decisão da realidade da qual o

---

<sup>85</sup> MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. *In*: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 42-43.

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 650.728/SC (trecho de ementa). Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília/DF, *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, versão eletrônica, 02/12/2009.

juiz, evidentemente, não participou, e a ela é conduzido através da atividade probatória.(...)”(Luiz Fux, in "Curso de Direito Processual Civil" Forense, 2001)<sup>87</sup>.

Conforme explanado nos capítulos anteriores, é difícil conceber que a lei tenha conferido ao juiz a prerrogativa de desequilibrar a balança dos poderes, haja vista que tal princípio é expressamente defendido pela Carta Constitucional. Seja no conceito de ativismo como forma de inferir da norma a interpretação mais adequada à sociedade ou como interferência nas esferas de atuação dos demais poderes, o ativismo não é autorizado por lei<sup>88</sup>. Logo, não há respaldo jurídico que atribua à lei postura ativista, já que o ativismo é verificado na aplicação da mesma num “governo de juizes” e não em seu momento de formação.

Nesse sentido, adverte a professora Maria Tereza Fonseca Dias:

O avanço do Judiciário em matéria de controle da administração pública também suscita a preocupação do estabelecimento de um governo de juizes não eleitos, preocupação exposta por Paulo Otero e García de Enterría. Este último afirma que ‘Um governo de juizes é, portanto, uma alternativa absolutamente inimaginável, e, pois, insuportável, rigorosamente, como suposta fórmula’<sup>89</sup>.

A Constituição brasileira segue nesse mesmo eixo quando erige o Judiciário à condição de responsável pela aplicação das leis e consecução da justiça a despeito das demais tarefas e princípios adotados pelas demais esferas. Em decorrência dessa elevação do Poder Judiciário, os outros poderes são rebaixados ante esse aval constitucional dado ao juiz, incorrendo em necessária indagação acerca do desempenho dos demais poderes, bem como a confiança nos atos administrativos e legislativos. Seria o Poder Judiciário a única seara capaz de concretizar o princípio da legalidade inscrito no art. 37 da Constituição?

---

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 540.179/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília/DF, *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, 14/06/2004.

<sup>88</sup> “Há ‘ativismo’ e ativismo, posso dizer. Há um ativismo judicial que eu consideraria bom, que é aquele que vai procurar extrair das normas constitucionais o máximo que pode ser extraído das normas constitucionais. E, portanto, tem uma visão ativa do papel do Judiciário na vida coletiva. Mas há também um ativismo que põe em causa o princípio da separação dos poderes. Quando o Supremo Tribunal Federal, estou aqui a dizer em abstrato, ou aqui em Portugal o Tribunal Constitucional, assume funções que são próprias do Legislativo, quer de certa maneira, substituir-se ao Legislativo, aí entramos já em um problema. Este ativismo é perigoso para o Estado de Direito, até porque depois o Legislativo é controlado pelo Tribunal Constitucional, ou pelo Supremo Tribunal Federal. Mas quem controla o Supremo Tribunal Federal ou o Tribunal Constitucional? O problema é também um problema de controle, como diziam os latinos: *quid custodiet ipso custodens*, quem guarda os guardas?”. MIRANDA, Jorge. Entrevista. *Lex Humana*, n. 2, 2009, p. 222-223. Disponível em: <<http://www.ucp.br/html/joomlaBR/lexhumana/lexhumana.htm>>. Acesso em 10/07/2011.

<sup>89</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Por um novo marco legal das relações entre estado e terceiro setor: legitimidade e regulação no estado democrático de direito*. Belo Horizonte, 2007, tese de doutorado pela UFMG, p. 366.

Há um pensamento que associa justiça exclusivamente ao Poder Judiciário. De modo diverso coloca-se uma postura que atribui também à Administração uma tarefa de justiça. Tal postura importa em mudança das condutas administrativas inertes ou negligentes, movidas por má-fé ou não, no atendimento de direitos de cidadãos ou servidores. Muito comuns se tornaram as frases, em tom de jactância, do seguinte teor: ‘Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário’, como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém<sup>90</sup>.

Ocorre que tal senso comum talvez não possa ser suportado pela realidade brasileira por diversos motivos. A submissão da demanda ao Judiciário o obriga a analisá-la isoladamente, fora do conjunto a que pertence, o que acaba por criar justiça no caso concreto e injustiça no todo social.

Quando uma liminar defere o pagamento de determinadas verbas politicamente prometidas aos servidores, não indicou quais os recursos públicos que seriam destinados a essa provisão extraordinária e como seria o engessado orçamento público contornado para cumprimento dessa decisão. Preceituou o juiz uma obrigação de fazer por parte do Estado, porém olvidou-se em traçar as diretrizes orçamentárias e financeiras<sup>91</sup> para atender à justiça naquele caso concreto, mesmo sabendo da limitação legislativa de inclusão de novas despesas públicas<sup>92</sup>. Desconsiderou, portanto, a opção do Administrador em deixar de pagar aqueles aumentos salariais, bem como a motivação de tal preterição ou a existência de “direitos concorrentes” obstativos a essa prestação<sup>93</sup>.

Mesmo na história dos Estados Unidos, berço do ativismo judicial, a aceitabilidade dessa superioridade não é unânime. Nessa esteira, o Judiciário não é o único guardião da herança constitucional. Ademais, a autoridade de interpretar à luz dos preceitos constitucionais não permaneceu ao longo da história apenas com os juízes. O simples fato de

---

<sup>90</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 165.

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301.

<sup>92</sup> “Entende-se por sentença aditiva aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado”. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, junho/2007.

<sup>93</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 297.

aceitar a revisão judicial (*judicial review*) de atos dos demais poderes não significa, necessariamente, aceitar a supremacia do Poder Judiciário<sup>94</sup>.

A doutrina da revisão judicial norte-americana refere-se à autoridade do tribunal para decidir um caso particular, rejeitar um ato de outro órgão governamental que seja contrário à Constituição. Nessa visão, juízes são agentes do povo, não apenas da legislatura. Por sua vez, a supremacia judicial não é calcada no ato de revisão, mas sim na obrigação de coordenar agentes não apenas para obedecer à normatização judicial em suas futuras deliberações e sim à justificação inserida nas decisões judiciais. Nesse sentido, a corte não apenas resolve disputas particulares que envolvam diretamente os litigantes, mas interpreta com autoridade o sentido constitucional<sup>95</sup>.

Então, a supremacia judicial requer deferência dos demais atores políticos, mesmo quando estes discordam do sentido constitucional atribuído ao caso concreto e das circunstâncias submetidas a deliberação judicial. Em suma, a supremacia judicial entende que a Constituição é o que o juiz diz que ela seja e que não há interpretação constitucional além daquela conferida pela Suprema Corte, sob pena de anarquia jurídica<sup>96</sup>.

No entanto, mesmo a história norte-americana, uma das terras mais férteis do ativismo judicial a partir da Corte Marshall, nem sempre aceitou de forma pacata a ampliação das atividades do Poder Judiciário. Keith Whittington, em sua obra *Political Foundations of Judicial Supremacy*, afirma que as ingerências jurisdicionais não são absolutas ou estáveis<sup>97</sup> e dependem, primordialmente, da aquiescência dos agentes envolvidos na teia política e são desafiadas a todo momento pelo Congresso, pelo Presidente, por agentes estatais ou mesmo por cidadãos<sup>98</sup>. Por isso, a doutrina constitucional separou a revisão judicial em duas concepções: (i) “jurística”, em que os tribunais são o espaço próprio para interpretação da

---

<sup>94</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 5 e 27.

<sup>95</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 6-10.

<sup>96</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 6-10.

<sup>97</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 27.

<sup>98</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 15.

Constituição em razão de sua especial competência, e (ii) “departamentalista”, que admite a interpretação constitucional por qualquer dos três Poderes, os quais têm idênticas responsabilidade e autoridade para interpretar<sup>99</sup>.

Como exemplos concretos da sobrevivência departamentalista, o presidente estadunidense pioneiro no desafio à supremacia judicial foi Thomas Jefferson, cujos argumentos foram ressonados no governo dos presidentes Andrew Jackson e Franklin Roosevelt<sup>100</sup>. Mas foi na gestão do presidente Abraham Lincoln que o descompasso entre os poderes ficou mais evidente, conforme se depreende do excerto abaixo:

A administração de Lincoln enfrentou a questão da possibilidade de aderir ao posicionamento da Suprema Corte em questões que envolviam cidadania e escolheu romper com a Corte. O estatuto federal exigia, por exemplo, que os mestres de navios mercantes costeiros deveriam ser cidadãos americanos, levantando a “questão sobre a possibilidade de homens de cor ser cidadãos dos Estados Unidos... e, além disso, competentes para comandar navios”. O Advogado-Geral do governo Lincoln, Edward Bates, escreveu longo parecer refutando detalhadamente o argumento do Presidente da Suprema Corte Roger Taney, o qual era contra a cidadania negra. O parecer tornou-se base para as decisões subseqüentes tomadas pela Administração e encorajou legisladores abolicionistas republicanos e conceder passaportes e patentes a negros. O Congresso e o presidente, igualmente, promulgaram legislação abolindo a escravidão em todos os territórios federados e no Distrito da Columbia, o que significou a rejeição direta ao argumento específico da Corte de que os territórios federados tinham de adotar a escravidão. Lincoln ressaltou, ainda, que “nunca duvidou da autoridade constitucional do Congresso” para tomar tal decisão<sup>101</sup>.

Outro episódio marcante envolvendo Taney e Lincoln foi a admissão da possibilidade de o Congresso norte-americano suspender os efeitos de decisão judicial em *habeas corpus* durante o regime militar,

Seu Advogado-Geral [do governo Lincoln], em seguida, proferiu parecer afirmando que “o presidente e o Judiciário são órgãos coordenados do governo e um não se subordina ao outro” – e reforçou – “para agir com seus poderes assegurados, sem qualquer ordem ou detenção de poder legalmente superior para revisar ou reverter sua ação”<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 29.

<sup>100</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 31-37.

<sup>101</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 34 (tradução livre).

<sup>102</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 34-35 (tradução livre).

O choque entre Executivo e Judiciário em virtude de acatamento de ordem judicial já havia sido protagonizado anteriormente por Jackson, Taney e Marshall. O presidente, no episódio, assim disse: “Bem, John Marshall tomou sua decisão, Agora, que ele a execute”<sup>103</sup>.

Recentemente, Ronald Reagan inspirou-se em seus antecessores para conferir ao processo democrático o poder de decidir sobre a questão do aborto, pedindo ao Congresso para aprovar legislação que restabelecesse a proteção legal aos não-nascidos, apesar da declaração de inconstitucionalidade dessas leis pela Suprema Corte norte-americana. O Advogado-Geral do governo Reagan também martelou que o direito constitucional interpretado pelos juízes não trazia o significado da Constituição. O direito constitucional dos tribunais seria, simplesmente, “o que a Suprema Corte diz sobre a Constituição” e não a autoridade da própria Constituição. Dessa forma, afirmou que a interpretação constitucional não seria tarefa exclusiva da Corte, mas sim de todos os ramos do governo, o que constituiu afronta à autoridade da Corte e mais um exemplo de desobrigação de deferência automática à supremacia jurisdicional<sup>104</sup>.

Há quem diga que não seria necessária tamanha preocupação porque o Judiciário seria o mais fraco dos poderes, uma vez que “os juízes continuam a ser os menos perigosos, porque não dispõem nem da *bolsa* nem da *espada* para ameaçar a liberdade dos cidadãos”<sup>105</sup>. Entretanto, subestimar um poder ao qual todos obedecem e concordam poderia significar chancelar a exorbitação não-autorizada de magistrados.

A independência do Judiciário não serve apenas aos juízes nem ao próprio Judiciário, serve antes e principalmente aos jurisdicionados e à sua crença e confiança no império da justiça. A lida do magistrado não é outra coisa que a angústia da decisão e a inevitabilidade de ser o único responsável por ela e pelas consequências que podem trazer sobre a vida das pessoas ou sobre o Estado. Essa angústia de aplicar o direito e ser justo, mesmo que incompreendido, é preferível à inconsciência de ser um injusto, mas aceito e querido<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 112

<sup>104</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 38-39.

<sup>105</sup> COELHO, Inocência Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? *Consulex*, v. 14, n. 329, out/2010, p.20.

<sup>106</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *O conselho nacional de justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 158.

Logo, esse excesso de confiança no (e do) Poder Judiciário pode e deve ser combatido em busca da democracia exigida na contemporaneidade, tendo em vista que o equilíbrio entre os poderes não admite, de forma alguma, que a palavra final se detenha a qualquer deles.

### Capítulo 3

## MUDANÇAS POSSÍVEIS: A ESCOLHA DOS JULGADORES PARA FOMENTAR A LEGITIMIDADE

Esse abuso no exercício do poder traz diagnóstico a respeito do exercício do poder na contemporaneidade: o controle do controle jurisdicional. Mauro Cappelletti ressalta que os critérios das atividades judiciária e legislativa devem, naturalmente, ser distintos por razões estruturais<sup>107</sup>. No entanto, a legitimidade democrática consiste na aprovação popular da atividade daqueles que exercem o poder e segregar alguns desses membros sem justificativa igualmente representativa vai de encontro ao princípio constitucional fundamental de união harmônica dos poderes em favor de um Estado uno<sup>108</sup>.

Ao contrário do que possa parecer, a questão em debate não reside na possibilidade e grau de criação do direito pelo juiz e sim na forma pela qual essa criatividade é exercida:

Admite-se, portanto, como premissa metodológica inarredável e imprescindível à continuidade da presente investigação, que a atividade do Poder Judiciário implica um espaço necessário de criação do direito. Essa admissão, todavia, não implica a aceitação de formas exacerbadas de ativismo judiciário, seja ele exercido pelas instâncias ordinárias, seja ele exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que não teve reservado a si, pela Constituição, o poder de exercer o papel de legislador positivo (ressalvadas as situações especificamente admitidas para o uso de mandado de injunção e nos seus limites), ao argumento de que o Legislativo demitiu-se do múnus de concretizar a Constituição, argumento esse supostamente abrigado em exóticas teorias neoconstitucionalistas<sup>109</sup>.

O motivo do déficit de confiança e legitimidade até aqui apresentado está na condição especial que os titulares da atividade jurisdicional têm em relação aos demais operadores do direito e não está adstrito apenas à jurisdição constitucional. Essa condição

---

<sup>107</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 102.

<sup>108</sup> “Se os parlamentares têm sua legitimidade baseada no sufrágio, os juízes têm sua legitimidade fundada no respeito e na confiança que provocam sua independência, sua coragem e a clausura e dignidade de sua atitude. Um parlamentar que deixasse de ser eleito perderia sua legitimidade de legislador: um magistrado que deixasse de suscitar o respeito e a confiança, seguido pela perda de sua independência, de sua coragem ou de sua clausula e dignidade de atitude, perderia sua legitimidade de juiz” (tradução livre). CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire et prudence interprétative: introduction générale. La création du droit par le juge*. Paris: Dalloz, 2007, p. 11.

<sup>109</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. Separação de poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequentialismo. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, n. 11, novembro/2010, p. 32.

especial é centralizada em três aspectos principais: ingresso e investidura dos integrantes, vitaliciedade e composição de órgãos jurisdicionais.

### 3.1. A magistratura e o direito comparado

Antes de tecer considerações sobre os critérios possivelmente utilizáveis para indicação de magistrados, mister, inicialmente, conhecer quais são eles e quais países os têm adotado ou afastado em suas constituições. No quadro-síntese abaixo, estão sistematizadas as formas de ingresso na magistratura de alguns países americanos e suas respectivas indicações constitucionais, a fim de ilustrar sistemas diferenciados de seleção de juízes:

País	Método de ingresso	Mandato	Requisitos	Dispositivos constitucionais
Argentina <sup>110</sup>	Concurso público	Vitalicío	Ser advogado da Nação com oito anos de exercício e qualidades requeridas para ser senador.	Artigos 111 a 115
Belize <sup>111</sup>	Indicação pelo Governador-Geral, após parecer do Primeiro Ministro e consulta ao líder da oposição	Vitalicío	Ter sido juiz de corte com jurisdição ilimitada em matérias civil e criminal em alguma parte da Commonwealth ou de corte que tenha jurisdição recursal de qualquer outra corte ou seja qualificado como advogado em tribunal de Belize ou em qualquer outra corte da Commonwealth com jurisdição ilimitada em matérias civil e criminal, com prática superior a quinze anos.	Artigos 101 e 102
Bolívia <sup>112</sup>	Sufrágio universal	6 anos	Requisitos gerais para acesso ao serviço público, trinta e cinco anos de idade, comprovada especialização ou experiência de, pelo menos, oito anos, nas disciplinas de Direito Constitucional, Administrativo ou Direitos Humanos. Candidatura proposta por organizações da sociedade civil e das nações e povos indígenas originariamente campesinos	Artigos 198 a 200.
Costa Rica <sup>113</sup>	Eleição pela Assembléia	8 anos (juízes da	Ser costarrriquenho por nascimento ou por naturalização, com domicílio no país por não	Artigos 158 e 159.

<sup>110</sup> ARGENTINA. Constituição (1994). *Constituição da República de Argentina*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94.html>>. Acesso em 20/06/2011.

<sup>111</sup> BELIZE. Constituição (1981). *Constituição de Belize*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Belize/belize81.html#mozTocId569189>>. Acesso em 20/06/2011.

<sup>112</sup> BOLÍVIA. Constituição (2009). *Constituição da República da Bolívia*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>>. Acesso em 20/06/2011.

<sup>113</sup> COSTA RICA. Constituição (1949). *Constituição Política da República da Costa Rica de 1949*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Costa/costa2.html#mozTocId95217>>. Acesso em 20/06/2011.

País	Método de ingresso	Mandato	Requisitos	Dispositivos constitucionais
	Legislativa (Suprema Corte)	Suprema Corte)	menos de 10 anos depois da naturalização; exercer regularmente seus direitos políticos; pertencer ao Estado secular, ser maior de trinta e cinco anos; possuir título de advogado expedido ou legalmente reconhecido pela Costa Rica, salvo se houver exercido a profissão por, pelo menos, dez anos, ou tiver prática judicial de cinco anos, se funcionário judicial.	
Guatemala <sup>114</sup>	Eleição pelo Congresso da República (Suprema Corte e corte recursal)	5 anos, permitida a reeleição (qualquer instância)	Ser guatemalteco de origem, com reconhecida honorabilidade; gozar de seus direitos políticos; ser advogado colegiado, salvo exceções relativas a juízes de jurisdição privada e juízes menores. Para a corte recursal, a idade deve ser superior a trinta e cinco anos, deve ter sido juiz de primeira instância e exercido a advocacia por mais de cinco anos. Para a Suprema Corte, a idade deve ser superior a quarenta anos, deve ter desempenhado mandato integral em corte recursal ou tribunal colegiado da mesma natureza e exercido a advocacia por mais de dez anos.	Artigos 207, 208, 215, 216, 217
Haiti <sup>115</sup>	Nomeado pelo presidente de lista tríplice formulada pelo Senado (Corte de Cassação). Nomeação pelo presidente de lista formada pela Assembléia Departamental (Corte de Apelação). Nomeação pelo presidente de lista formada pela Assembléia	7 anos (tribunais de primeira instância) e 10 anos (Corte de Cassação e Corte de Apelação)	Estabelecidas em lei.	Artigos 174, 175 e 176

<sup>114</sup> GUATEMALA. Constituição (1985). *Constituição Política Reformada pelo Acordo Legislativo Nº 18-93, de 17 de novembro de 1993*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Costa/costa2.html#mozTocId95217>>. Acesso em 20/06/2011.

<sup>115</sup> HAITI. Constituição (1987). *Constituição da República do Haiti*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Haiti/haiti1987fr.html>>. Acesso em 20/06/2011.

País	Método de ingresso	Mandato	Requisitos	Dispositivos constitucionais
	Comunal (Juiz de Paz)			
México <sup>116</sup>	Nomeação pelo Presidente da República, após indicação do Senado	6 anos para juízes de primeira instância, até 15 anos para a Suprema Corte	Ser cidadão mexicano nato em pleno exercício de direitos políticos e civis, trinta e cinco anos de idade, bacharel em direito há, pelo menos, dez anos, boa reputação e não ter sido condenado por delito que tenha pena maior que um ano de prisão e residir no país nos dois anos anteriores à designação.	Artigos 95 a 97 e 116
Venezuela <sup>117</sup>	Concurso público	Vitalício, exceto Tribunal Supremo (12 anos)	Ser venezuelano nato e sem dupla nacionalidade, cidadão de reconhecida honorabilidade, jurista de reconhecida competência, boa reputação, ter exercido advocacia por, pelo menos, quinze anos com título universitário de pós-graduação ou ser professor universitário titular por, pelo menos, quinze anos.	Artigos 41, 255, 263 a 265

Observe-se que a sistemática peculiar de investidura de magistrados não é privilégio dos Estados Unidos. Outros países adotam mecanismos institucionais de limitação do poder dos juízes a fim de separar seus anseios pessoais de sua tarefa de dirimir lides a eles propostas, tais como mandato limitado, método e requisitos de ingresso diferenciados. O esforço de outros países para avaliar e delimitar o papel da magistratura em suas respectivas Constituições pode ser um sinal de abalo na estrutura dos poderes na conformação em que se encontravam.

### 3.2. Ingresso e investidura dos integrantes<sup>118</sup>

Os membros não-eleitos do Poder Judiciário têm a prerrogativa de alterar a ordem jurídica desenhada pelos representantes legítimos do povo, tornando letra morta a separação de poderes preconizada na Constituição e na teoria política. Se o poder emana do povo, só o

<sup>116</sup> MÉXICO. Constituição (1915). *Constituição da República de México*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Mexico/vigente.html>>. Acesso em 20/06/2011.

<sup>117</sup> VENEZUELA. Constituição (1999). *Constituição da República Bolivariana da Venezuela*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/vigente.html>>. Acesso em 20/06/2011.

<sup>118</sup> Não se pretende aqui examinar se a regularidade ou o acerto do processo de investidura dos magistrados brasileiros. Objetiva-se examinar o caráter democrático dos integrantes que foram investidos pelo Poder Judiciário em relação à representatividade popular que possuem, isto é, quanto os magistrados refletem a realidade brasileira.

povo poderia delegar de forma legítima o poder, o que não ocorre com os concursos públicos que recrutam magistrados para exercício da função judicial.

Zaffaroni distingue três modelos de ingresso na magistratura. O primeiro, chamado de empírico-primitivo, consiste no ingresso e demissão por juízo político. O segundo, tecnoburocrático, exige seleção técnica, carreira estruturada e concentração interna de poder. Por fim, quando o poder é exercido por órgão plural com juízes eleitos horizontalmente de forma cooptada, tem-se o modelo democrático contemporâneo<sup>119</sup>.

No sistema estadunidense, a eleição é partidária e o financiamento da campanha é público: o eleitor já sabe a ideologia e a procedência político-financeira do candidato. Elege-se o partido político, que indicaria uma lista para que o Presidente da República aponte o juiz a assumir o cargo. Em segundo lugar, a reputação ilibada e o notório conhecimento jurídico continuam como requisitos essenciais à candidatura a magistrado<sup>120</sup>.

No Brasil, os membros dos Poderes Executivo e Legislativo são votados e referendados pelo povo para exercer a atividade jurídica como se povo fossem. Por isso, detêm mandato popular temporário para administrar e legislar, que pode ser renovado a depender da aprovação ou desaprovação popular, cujo juízo de valor será construído a partir do acompanhamento da atividade desses Poderes.

Entretanto, os julgadores, não só brasileiros, como também de outros sistemas jurídicos, não estão submetidos ao controle periódico do mandato por meio do voto direto e secreto<sup>121</sup> e, por isso, não guardam necessário compromisso com a soberania popular, a não

---

<sup>119</sup> ZAFFARONI *apud* BANDEIRA, Regina Maria Groba. *Seleção dos magistrados no direito pátrio e comparado: viabilidade legislativa de eleição direta dos membros do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:

<[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1502/selecao\\_magistrados\\_bandeira.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1502/selecao_magistrados_bandeira.pdf?sequence=1)>.

Acesso em 20/06/2011.

<sup>120</sup> SILVA, Antônio Álvares da. *Tiririca e a eleição de juízes*. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/228\\_tiririca\\_eleicao\\_juizes.pdf](http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/228_tiririca_eleicao_juizes.pdf)>. Acesso em 20/06/2011.

<sup>121</sup> Tal realidade não ocorre na França, em que os julgadores possuem mandatos temporários e que a atividade administrativa é separada da atividade judiciária, com a ressalva de que, nesse país, não existe, de fato, Poder Judiciário, mas sim função judiciária. No que concerne à separação francesa de atividades institucionais, assinala Bruce Ackerman: “A separação dos poderes francesa mostra-se também mais fraca quando observamos o poder judiciário. Embora o Conselho Constitucional francês tenha sido bastante destemido ao derrubar as iniciativas de um Presidente que atuava sob autoridade política plena, três dos seus nove membros deixam seus cargos a cada três anos, tornando-o uma fonte de resistência a um movimento político crescente, tornando-o menos robusto do

ser com suas próprias consciências. “Como admitir, por exemplo, que o Poder Judiciário julgue inconstitucional lei votada pelo Poder Legislativo, quando os membros desse poder foram legitimamente eleitos e agem como representantes do povo, enquanto integrantes do Poder Judiciário são desconhecidos da sociedade?”<sup>122</sup>. Por essa razão, também estão eximidos de prestar contas à sociedade dos resultados irreversíveis de suas normas jurídicas individuais prolatadas de forma criativa em cada processo judicial<sup>123</sup> e não ponderam prejuízos sociais daí decorrentes.

É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário<sup>124</sup>.

Em defesa desse modelo, defende-se que a seleção garante a qualidade técnica dos julgadores e a democratização do ingresso na magistratura, porquanto o critério de escolha não seria apadrinhamento político da elite e sim o esforço individual de agregar conhecimentos e potencializar formas e métodos de pensamento<sup>125</sup>, o que de fato ocorre nos dois primeiros graus de jurisdição. No entanto, nos graus excepcional, o apadrinhamento político impera, o que desmantela o fim inicialmente alegado e expõe a deturpação do sistema: se todo o poder emana do povo, inclusive o de fazer ou desfazer leis, por que o Judiciário ocupa esse espaço?

Nesse passo, a arbitrariedade da decisão judicial configura sério risco à preservação das aspirações democráticas com o desvirtuamento dos “freios e contrapesos” aliado à

---

que a Suprema Corte estadunidense”. ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes* (trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19-20.

<sup>122</sup> BARBOSA, Cláudia Maria. *O processo de legitimação do Poder Judiciário brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em 10/01/2011, p. 6.

<sup>123</sup> LORENZETTI, Ricardo Luiz. *A teoria da decisão judicial: fundamentos de direito* (trad. Bruno Miragem). São Paulo: RT, 2009, p. 179.

<sup>124</sup> Lord Devlin *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1993, p. 93.

<sup>125</sup> BARBI *apud* BANDEIRA, Regina Maria Groba. *Seleção dos magistrados no direito pátrio e comparado: viabilidade legislativa de eleição direta dos membros do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1502/selecao\\_magistrados\\_bandeira.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1502/selecao_magistrados_bandeira.pdf?sequence=1)>. Acesso em 20/06/2011

ausência de poder político delegado pelo povo e à integridade do sistema jurídico<sup>126</sup>. Por esses motivos, mister a imediata elaboração de controles efetivos para o Poder Judiciário para preservação não só da separação de poderes, como também da própria liberdade dos cidadãos. Sem vinculações mínimas, o Judiciário extrapola os limites da própria Constituição.

Essa arbitrariedade, entretanto, não é voluntária, mas ínsita à atividade jurídica:

Não é ignorável que o prolator da decisão judicial, regularmente investido, carrega para o exercício da função toda a carga das suas experiências de vida, suas convicções ideológicas, seus pré-conceitos, seus pré-juízos, suas frustrações e preferências, que, de modo mais ou menos efetivo, influirão na escolha do que configurará a premissa maior do esquema decisório externo. Deveras, esses intangíveis vivenciais – que são a própria história de vida do magistrado – repercutirão (ainda que ele não o queira) na formação do comando sentencial.

Deve ser admitido, também, que, para além da obtenção da decisão, a preocupação do Direito, especialmente do construtor da norma jurídica individual, deve ultrapassar a simples verificação, por processos lógicos, psicológicos, valorativos, de quem tem razão, de qual justiça deve ser aplicada ao caso concreto<sup>127</sup>.

De outra sorte, há quem defenda que a legitimidade do Poder Judiciário esteja, exatamente, em seu posicionamento ativista, na medida em que integra o sistema de equilíbrio entre os poderes, já que o exercício dessa prerrogativa permitiria a defesa dos direitos fundamentais não apenas pelo sufrágio universal, como também a subordinação do julgador aos princípios e valores constitucionais<sup>128</sup>.

Além disso, essa atuação exacerbada pode trazer prejuízos à segurança jurídica, seja pela impossibilidade de se fixar um cerco mínimo de direitos ou ainda de previsibilidade dos atos do Poder Público, aspectos estes que afetam o interesse individual e coletivo<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 202.

<sup>127</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

<sup>128</sup> DENZ, Guilherme Frederico Hernandez. *A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16304/15868>>. Acesso em 10/12/2010.

<sup>129</sup> Fácilmente se comprenderá que los individuos que entran en esas relaciones infinitas de intercambio recíproco necesitan un mínimo de previsibilidad en lo que va a ser el resultado de los compromisos que contraen. Sin una confianza en que los pactos, los contratos van a ser respetados, los individuos no establecerían relaciones de intercambio. Dicha previsibilidad y confianza es la que los juristas definimos con los términos *seguridad jurídica*. El tráfico de personas y mercancías exige seguridad jurídica. Tal seguridad jurídica es el resultado de dos operaciones complementarias: una primera que consiste en la *definición del marco jurídico* que ha de presidir las relaciones entre los individuos. Tal definición debe hacerse

Para sanar esse problema, propõe-se a adoção do critério norte-americano de eleição de magistrados. Nos Estados Unidos, o juiz é filiado a partido político e eleito dentre os comuns do povo para mandato temporário. Após, o juiz voltaria a ser mais um cidadão, respeitador da ordem jurídica e dos ditames constitucionais. A adoção desse critério afastaria o “favor político” devido ao Presidente da República que nomeou o juiz e esmagaria a perpetuidade do mandato do magistrado. Assim, a renovação do corpo de magistrados seria constante, com permanente oxigenação de idéias e soluções para os mais diversos e complexos casos submetidos ao Judiciário.

As críticas a esse modelo residem no “argumento Tiririca”<sup>130</sup>, subentendendo que pessoas de baixa escolaridade poderia ingressar no Judiciário e prolatar decisões absurdas e sem fundamentação mínima de validade, o que diminuiria o nível de justiça e seriedade das decisões. Nesse sentido, diz-se que:

O que preocupa, dentro da especificidade do profissionalismo do magistrado, é a figura do juiz neófito, que, embora vocacionado e intelectualmente qualificado, não possa defrontar, na cena judiciária, com situações para as quais o bacharelado ou o concurso não preparam, criando-se a figura do juiz arraigado ao espírito de casta, isolado intencionalmente, digno por omissão, burocrata da verdade formal ou mero estafeta da Justiça<sup>131</sup>.

No entanto, filtros prévios impediriam que juízes que não fossem, de fato, comprometidos com a defesa das leis do país fossem submetidos a escrutínio popular, tal como ocorre, por exemplo, na Corte Interamericana de Direitos Humanos em que há eleição de juízes que devem ser:

---

por los propios individuos a través de sus representantes democráticamente elegidos. Se tiene que saber quién crea el derecho en la sociedad y cómo lo crea. Es lo que hemos visto en las tres lecciones anteriores.

Pero la seguridad jurídica exige, en segundo lugar, que ese marco jurídico esté garantizado *en su aplicación individual*, esto es, en su incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos.

Ambas operaciones están necesariamente conectadas y no tienen sentido la una sin la otra”. ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. 11ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 756.

<sup>130</sup> Francisco Everardo Oliveira Silva, o “palhaço Tiririca”, é um ícone da cultura brasileira dedicado à atividade de humorista há anos. Conhecido pela baixa escolaridade e pelo desconhecimento do sistema legislativo brasileiro, foi eleito deputado federal pelo estado de São Paulo com o *slogar* “vote em Tiririca, pior que tá não fica”, obteve a maior votação do Brasil: 1.353.820 votos. O deputado correu o risco de cassação de seu mandato por acusações de analfabetismo, já que a alfabetização é o requisito mínimo para elegibilidade no país, e submeteu-se a testes de leitura e escrita para comprovar que poderia exercer seu mandato. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Justiça eleitoral de São Paulo recebe denúncias contra Tiririca. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1336537>>. Acesso em 20/06/2011.

<sup>131</sup> LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo judicial*. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/ativismo_judicial.pdf?sequence=1)>. Acesso em 10/06/2011.

nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos<sup>132</sup>.

Ainda assim, juízes com formação universitária não estão preparados para enfrentar questões técnicas, já que os novos litígios coletivos não foram estudados na faculdade<sup>133</sup>, o que afasta a afirmação de que tal formação propiciaria ao juiz maior e melhor capacidade decisória.

Entretanto, mudanças e transformações requerem tranquilidade e altruísmo para que, de fato, consigam atingir o fim social almejado. No caso da eleição dos magistrados, reiterese, o risco principal a ser aceito é a possibilidade de utilização da máquina eleitoral para indicação de juízes para engrandecimento pessoal, tal como aponta Bruce Ackerman:

Para que uma estratégia de transformação possa ter sucesso, não é suficiente que a Presidência esteja aliada ao mesmo conjunto de forças ideológicas por um lapso temporal significativo (determinado pela taxa de mortalidade dos representantes do Judiciário). Os Presidentes devem se interessar tanto pela transformação constitucional a ponto de sacrificar outros objetivos de curto prazo. Em primeiro lugar, eles devem resistir à tentação de utilizar o Poder Judiciário como fonte de patrocínio político de alto nível. Muitos aliados políticos dos Presidentes sonham em coroar suas carreiras com importantes cargos na magistratura ou, de forma altruísta, almejam um cargo no Poder Judiciário para algum cliente. Enfim, até mesmo o servo mais fiel pode não estar verdadeiramente envolvido com o projeto presidencial transformador. Caso seja indicado para assumir um posto na Suprema Corte, ele, simplesmente, postergará o dia do triunfo constitucional<sup>134</sup>.

### 3.3. Não-vitaliciedade e transparência

Outra medida em discussão é a temporariedade do exercício da magistratura a fim de sempre atualizar a atividade jurisdicional com novos membros carregados de novos valores, novas reflexões e novas preocupações. A vitaliciedade do juiz é considerada garantia não apenas ao magistrado, como também à sociedade, na medida em que lhe concederia

---

<sup>132</sup> Art. 4º. Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>133</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 275.

<sup>134</sup> Art. 4º. Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

independência e isolaria o julgador de influências externas relativas a pressões e punições pelo não-atendimento de interesses específico.

A questão da vitaliciedade deve ser vista por vários ângulos. Representa uma conquista, porque afasta do magistrado o receio de ser perseguido por sua atuação, garantindo-lhe a independência no ato de julgar. Esse é o objetivo do instituto. Todo argumento que pretenda revogá-lo ou flexibilizá-lo deve tomar isso em consideração<sup>135</sup>.

Esse argumento é diretamente vinculado ao anterior. Em virtude da ausência de contraprestação direta, transparente e notória à sociedade, o magistrado não assume compromisso de coerência e constância de seus julgados. Uma leitura moral da Constituição recomendaria que o fizesse pelo bem do sistema jurídico. Todavia, a vaidade humana poderia certamente influenciar arbitrariedades em prol da ânsia pelo corporativismo ou pela promoção e destaque pessoais.

Há que se delinear mecanismos que minimizem essas externalidades, como renovação periódica dos órgãos jurisdicionais – a fim de sempre agregar membros com novas ideias e leituras da sociedade – e controle, interno ou externo, da atuação jurisdicional – o que foi recentemente reforçado pela criação do Conselho Nacional de Justiça.

A vitaliciedade brasileira, que surgiu na Constituição de 1891, foi criada como mecanismo de não-intromissão dos outros dois poderes<sup>136</sup> e não é regra irrefutável em outros países. Conforme observado no quadro apresentado no capítulo 3.1, muitos países americanos desenham limites temporais para exercício da atividade jurisdicional pela mesma pessoa, lapso que não ultrapassa dez anos, quando existente tal óbice. Esse linde emergiu, inclusive, em democracias recém-instaladas, tais como Haiti e México.

A estabilidade advinda da vitaliciedade de seus mandatos, em tese, garantiria a imparcialidade do juiz, a fim de criar uma figura convicta e compromissada com a verdade e com a justa solução das lides<sup>137</sup>. Contudo, a falta de prestação de contas com a sociedade num

---

<sup>135</sup> ACKERMAN, Bruce. *Transformações do direito constitucional: nós, o povo soberano* (trad. Luiz Moreira, Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 511.

<sup>136</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 227.

<sup>137</sup> “El juez es un hombre que se mueve dentro del derecho como el prisionero dentro de su cárcel. Tiene libertad para moverse, y en ello actúa su voluntad; pero el derecho le fija muy estrechos límites, que no le está permitido ultrapasar. Pero lo importante, lo grave, no está en la cárcel, esto es, en los límites, sino en el hombre”.

curto espaço de tempo acaba por afastá-lo do contexto social e por vincular suas decisões apenas às suas convicções pessoais. Essa é a razão pela qual a vitaliciedade deve ser lida com parcimônia para oxigenar os tribunais com métodos e idéias novas, além de aproximar juiz e sociedade, sem subversão da ordem jurídica:

Acredito que o juiz que alimenta pretensões de voltar ao cargo, como acontece sobretudo com aquele eleito pelo povo, pode-se tornar mais suscetível de influências por parte dos detentores do poder. Também não posso deixar de reconhecer que o juiz “carreirista” é de igual modo pernicioso para o jurisdicionado, pois põe em primeiro lugar sua vaidade pessoal<sup>138</sup>.

Nos Estados Unidos, de outra sorte, a vitaliciedade é tratada de forma mista. Enquanto no estado de Rhode Island os juízes gozam de mandato perene, os magistrados da Flórida podem exercer suas atividades por até seis anos e os componentes da corte de apelações de Nova Iorque julgam processos por quatorze anos<sup>139</sup>. Nesse sentido, a estabilidade do mandato não é item unânime no Judiciário norte-americano, o que, mais uma vez, demonstra a preocupação de nações com maior tradição política e constitucional com o assunto.

### **3.4. Composição dos órgãos jurisdicionais**

Outro fator preponderante para se considerar no exame da legitimidade do Poder Judiciário é a composição dos órgãos jurisdicionais sob o viés democrático. Conforme já destacado anteriormente, o concurso público é a forma de ingresso no Poder Judiciário. Contudo, tal regra aplica-se exclusivamente ao primeiro grau de jurisdição, uma vez que os tribunais adotam critérios de antiguidade e merecimento para integrar novos membros.

O próprio modelo de promoção na carreira da magistratura carrega ranço de desigualdade, na medida em que apenas os mais antigos ou os que possuam boas estatísticas jurisdicionais podem alçar ao cargo de desembargadores ou ministros. Nesse sentido, a

---

COUTURE, Eduardo *apud* MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 221.

<sup>138</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 225.

igualdade entre os membros da carreira da magistratura cai por terra e, dentro do mesmo poder, confere diferentes níveis de tratamento e atividade. Assim sendo, se todos são magistrados, deveriam também possuir as mesmas condições de ascensão profissional sob pena de contrariar a própria lógica isonômica daqueles que pertencem ao Poder Judiciário.

Verifica-se que o mesmo não ocorre com os membros do Poder Executivo ou do Poder Legislativo: o chefe do Executivo não tem condições de ascensão, tampouco aqueles que o substituem na sua ausência; os ministros por ele nomeados não possuem diferentes pontuações ou escalas profissionais; os deputados ou senadores são individualmente considerados e possuem o mesmo valor e potencial de deliberação.

Maior discrepância é averiguada no ingresso de membros no Supremo Tribunal Federal, cuja indicação sequer é precedida de concurso público ou de qualquer critério que uniformize a escolha dos magistrados. Há indicação política pelo Poder Executivo, com chancela do Poder Legislativo<sup>140</sup>, sem razões ou critérios específicos da opção por este ou aquele indivíduo. Existem apenas três limitações: idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos, notável saber jurídico e reputação ilibada<sup>141</sup>. Se a postulação a órgãos jurisdicionais é privativa de operadores de direito certificados por entidade competente, exigindo anos de estudo, conhecimento e zelo profissional, o mesmo tratamento deveria ser demandado de magistrado de corte superior<sup>142</sup>.

Pode-se, portanto, ressaltar que a própria carreira da magistratura lhe confere déficit de legitimação quando desigual representantes que, teoricamente, detêm o mesmo valor social e profissional.

---

<sup>139</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *O conselho nacional de justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 144-145.

<sup>140</sup> Art. 84, Constituição Federal. Compete privativamente ao Presidente da República: XIV – nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei.

<sup>141</sup> Art. 101, Constituição Federal. O Supremo Tribunal 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.

<sup>142</sup> Art. 1º, Lei 8.906/94. São atividades privativas de advocacia:

I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.

Art. 6º, Lei nº 8.906/94. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

### 3.5. Efetiva independência entre os poderes

A efetiva independência entre os poderes só ocorreria se houvesse, de fato, harmonia entre os poderes, de forma que a concordância entre suas ideologias e suas máximas fosse decorrente de diálogo e/ou coincidência e não mera imposição da vontade de um dos poderes – Poder Judiciário – sobre os demais.

Pensando nisso, Whittington entende que é possível a contestação da decisão judicial por autoridade do Executivo sem que isso configure déficit de legitimidade<sup>143</sup>. Isso porque a democracia exige convivência e respeito a posições opostas, sem suprimi-las conforme a vontade de algum dos poderes. A atuação do Poder não consiste em reduzir forçadamente a atividade dos demais, obrigando-os à concordância sem questionamentos. Pelo contrário, a legitimidade do Judiciário deveria em posicionar os três poderes, ou melhor, as três funções estatais, no mesmo patamar de importância, decisão, respeitabilidade e aceitação.

O autor pondera, ainda, que acrescer autoridade a alguns significa necessariamente atribuir mais autoridade a outros. Quando se concede ao Judiciário a possibilidade de buscar as respostas na Constituição, constrói-se uma garantia judicial de revisão de leis para declará-las constitucional ou inconstitucional. Esse aumento de poder para fins de interpretação constitucional gerou, por conseguinte, a possibilidade de exercício de veto pelos próprios juízes. Nesse argumento, atores políticos forneceriam esta “arma” para que os juízes contribuíssem no ambiente político, o qual não lhes foi inicialmente destinado<sup>144</sup>.

### 3.6. Os dilemas brasileiros em relação ao ativismo judicial

Apesar dessas críticas, o modelo jurídico brasileiro tem criado alguns mecanismos que inaugurariam o declínio do ativismo judicial. Com inspiração no *stare decisis* norte-

---

<sup>143</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 82.

<sup>144</sup> WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 84.

americano<sup>145</sup>, as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal têm o condão de uniformizar a aplicação do direito em todos os tribunais, o que proporcionaria maior segurança às partes, as quais já estariam cientes da solução de seu caso antes mesmo de provocar o Poder Judiciário. Isso evitaria o surgimento de falsas esperanças quanto a surpresas jurisdicionais. No entanto, o sistema ainda é falho quanto à ausência de sanção a juízes que desobedecessem essa orientação jurisprudencial superior<sup>146</sup>.

Contraditoriamente, a estrutura peculiar do Poder Judiciário é também o que lhe retira legitimidade:

Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que os elegeram e as elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos.

Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional.

Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição, e os por ela repelidos. São dotados de condições objetivas de independência, para serem imparciais; quer dizer: para não serem levados a decidir a favor da parte mais forte, num determinado litígio<sup>147</sup>.

Por tentar conter abusos de natureza política advindos dos demais poderes, não consegue transparecer coerência e dedicação à unidade do sistema jurídico: fala-se em crise e reformas no Poder Judiciário, sem, contudo, evidenciar seu papel no Estado Democrático de Direito brasileiro. Essa oscilação é importante para que sejam analisados os impactos, vantagens e desvantagens do atual modelo de separação de poderes no Brasil.

---

<sup>145</sup> “One of the most widely shared values in the American political system is that principles governing society should be ‘rules of law and not merely the opinions of a small group of men who temporarily occupy high office.’ The doctrine of stare decisis reinforces this value”. Maltz points out that stare decisis (1) simply makes judicial decisions look better, because the instant decision is based on pre-existing law and not impulsive preferences; and (2) implies a judicial role of “law-finding” and not “lawmaking,” a value that does in fact limit judicial discretion”. JOIS, Goutam U. Stare decisis is cognitive error. *Brooklyn Law Review*, n. 75, 2009. Disponível em: <[http://works.bepress.com/goutam\\_jois/10](http://works.bepress.com/goutam_jois/10)>. Acesso em 12/11/2010, p. 17.

<sup>146</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162-164.

<sup>147</sup> ATALIBA, Geraldo *apud* NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1999, p. 53.

Nesse diapasão, aquilo que se convencionou chamar de crise do Poder Judiciário seria melhor descrito como a crise de um velho padrão de articulação entre o Estado e a sociedade, é, pois, uma crise de uma velha forma de Estado, originada pelo processo de democratização política e social do País, cujos efeitos incidem mais forte e visivelmente sobre aquele Poder a que se atribui a universalização dos direitos de cidadania e a franquia do espaço público aos novos atores da experiência republicana.

Diante dessa constatação, não é difícil perscrutar as contradições internas do próprio aparelho Judiciário, ainda não despido de práticas autoritárias na relação da Administração com o magistrado e deste para com a sociedade a quem lhe cabe servir, resquícios de um passado ainda não rompido, nessa travessia para a democratização do próprio Poder e da Justiça<sup>148</sup>.

Há, ainda, receio acerca do “estrelato” de juízes que não buscam a justiça, mas fazem dos tribunais palco para defesa de seus anseios pessoais, sem restrições quanto à imparcialidade ou a busca da conciliação entre a espada e a balança. Muitos magistrados se ancoram na vitaliciedade garantida pela Constituição para criar teses estapafúrdias, já que o término de seu mandato está tão distante que a prestação de contas do magistrado com a sociedade fica prejudicada com o passar do tempo. Decerto, essa valorização pessoal fundada na obrigação de produzir justiça no caso concreto acaba por macular a reputação da instituição à qual pertence pela atitude isolada de apenas alguns membros que desejam se promover.

O magistrado não é dono do cargo ou senhor da verdade, não é Hércules posando no Olimpo, mas servidor da sociedade, e, por dizer o direito nessa sociedade, há de alargar, com a sua decisão e fundamentos, o processo dialógico que une a todos em torno de uma comunidade jurídica e política concreta. Diálogo sério e leal sobre compromisso de aprofundar a credibilidade nas instituições, sem temor de represália nem tentação pelo estrelato, sem sucumbir a poderosos ou à força da *noblesse* do cargo. Seu palco são os autos; seus holofotes, o sentido comum de justiça aplicada, definido, sem muito rebuscamento teórico, mas complicado a valer na prática, pelo binômio da causa bem resolvida e da – vigilante – consciência tranquila.

A confusão de papéis com a política e a carnavalização de processos com alto teor midiático no espaço público criado pela independência são, além da cooptação pelo poder e da corrupção em suas diversas espécies, como vimos há pouco, os riscos mais comuns de suceder no processo vivenciados atualmente pelos juízes da *civil law*, libertados que foram do submundo da exegese e da subsunção cativa de outros tempos pelas exigências de serem, agora no chamado Estado constitucional e

---

<sup>148</sup> ABREU, Pedro Manoel. *Crise do judiciário, globalização e o papel do juiz orgânico na sociedade brasileira*. Disponível em: <[http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/crise\\_poder\\_papel\\_juiz\\_pedro\\_abreu.pdf](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/crise_poder_papel_juiz_pedro_abreu.pdf)>. Acesso em 25/11/2010, p. 11.

democrático, quase um pleonasma, os *guardiens des promesses* não cumpridas pelos representantes do povo<sup>149</sup>.

Outro ponto evidente nessa celeuma é a ausência de especialização dos juízes para decidir questões que exigem arranjos institucionais que demandam opções discricionárias com base nos riscos que existem em se escolher um ou outro caminho. É preceito da Constituição que juízes podem alterar pontualmente atos administrativos e/ou legislativos, mas há autorização constitucional para atuar no nicho estatal que depende de informações conjunturais e que não estão inscritas no caso concreto. Logo, “enquanto os juízes podem transformar, para o bem ou para o mal, a essência dos Direitos Constitucionais, eles se encontram em uma situação precária para solucionar questões da estrutura institucional”<sup>150</sup>.

Nessa perspectiva, é preciso ponderar se essa tendência de valorização das decisões emanadas do Poder Judiciário se coaduna com a estrutura democrática brasileira, de modo a assegurar o equilíbrio entre os três poderes. De fato, é necessário um contrapeso<sup>151</sup> para a atividade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, mas com parcimônia. A sobreposição de algum deles poderia trazer um contexto social já conhecido de arbitrariedades dos detentores do poder, ainda que emoldurados pela imparcialidade da função jurisdicional, assim entendida como “resultado do complexo de garantias de independência do Judiciário somado às vedações que a ele são impostas”<sup>152</sup>. Pela estrutura atual da divisão de poderes no Brasil, esse equilíbrio está seriamente comprometido, prestes a suprimir os demais poderes, caso não sejam tomadas medidas direcionadas à contenção do Poder Judiciário.

---

<sup>149</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *O conselho nacional de justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 157.

<sup>150</sup> ACKERMAN, Bruce. *Transformações do direito constitucional: nós, o povo soberano* (trad. Luiz Moreira, Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 526-527.

<sup>151</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1993, p. 19.

<sup>152</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *O conselho nacional de justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 154.

## CONCLUSÃO

1. A separação de poderes surgiu no contexto do Estado Social como forma de limitação do poder estatal a fim de reprimir arbitrariedades cometidas contra seus cidadãos, uma vez que a medida de justiça era, anteriormente, aquela atribuída à consciência do governante.

2. A contenção estatal ocorreu a partir da repaginação da separação de poderes aristotélica com a finalidade de delinear a forma mais justa de gestão da coisa pública em prol do bem-estar coletivo, sob respaldo da doutrina de Montesquieu. O Estado deveria se desdobrar em três funções para otimizar os direitos do indivíduo e concretizar direitos fundamentais.

3. A separação de poderes, condensada na tripartição de funções estatais executiva, legislativa e judicante, incorporou também o elemento do equilíbrio entre os ditos “poderes”, o qual seria realizado uns pelos outros. O controle mútuo evitaria a concentração em torno de um ente e/ou de um órgão e distribuiria a fiscalização entre as três funções.

4. Dentro desse contexto de Estado participativo, o Poder Judiciário internalizou os anseios sociais de justiça ante a atuação deficitária dos Poderes Executivo e Legislativo para assumir as funções de administrar e criar leis sem qualquer autorização constitucional, fomentando um “governo de juízes” sem legitimação para existir.

5. Essa exacerbação de papel pelo Judiciário, também denominada ativismo judicial, é um dos grandes desafios da contemporaneidade, no sentido de se pensar em mecanismos para reequilibrar a balança dos poderes. Isso porque o ativismo judicial vem sendo utilizado como discurso de justificação para consecução da promessa de justiça constitucional, sem se dar conta dos malefícios trazidos pelo excesso de poder e falta de transparência. O resultado dessa confiança excessiva é a criação, ainda que conceitual, de um Judiciário superior aos dois outros poderes, o que afrontaria integralmente o princípio constitucional da separação de poderes.

6. Nada obstante a naturalidade com que os magistrados de todo o globo empreendem essa falsa superioridade, há exemplos concretos no direito norte-americano em que representantes da cúpula dos poderes pensaram de forma distinta uns dos outros, mas não abalou a estrutura democrática nacional, em especial nas gestões dos presidentes Thomas Jefferson, Andrew Jackson, Franklin Roosevelt, Abraham Lincoln e Ronald Reagan. Em algumas ocasiões, presidentes dos Estados Unidos descumpriram decisões judiciais proferidas durante o regime militar para assumir que o Judiciário não poderia dar a última palavra em termos de Administração Pública, já que não lhe competia a formulação de políticas públicas. Um dos episódios entre o Presidente Jackson e o Juiz da Suprema Corte Marshall restou assim sintetizado: “Bem, John Marshall tomou sua decisão, Agora, que ele a execute”<sup>153</sup>.

7. No direito brasileiro, existem diversos exemplos diários de juízes que formulam políticas públicas em decisões judiciais descontextualizadas, no sentido de desconsiderar os demais fatores que participaram da opção do administrador e do legislador. A visão institucional do problema trazido pelo processo judicial individual é deixada de lado para favorecer um jurisdicionado em detrimento dos demais que buscaram seu bem-estar pela convivência judicial e não pela via dos tribunais.

8. Com o escopo de evitar essas distorções e melhor fazer justiça a todos os cidadãos (e não apenas aos que têm condições de recorrer ao Judiciário), há que se pensar em formas institucionais de impedir os avanços arbitrários dos magistrados brasileiros. Nesse sentido, o direito comparado traz opções de mandatos não-vitalícios e de investidura transparente de magistrados por meio da eleição dos juízes e duração limitada de suas atividades, que lhes fornecem maior nível de transparência e menor dependência de vínculos políticos advindos de sua indicação aos altos postos jurisdicionais, tal como ocorre em cortes internacionais.

9. A postura ativista que encartou “crise do Poder Judiciário” contemporâneo nada mais é que a busca pelo reequilíbrio dos poderes e pela atuação institucional conforme dita a Constituição, a fim de preservar o espírito democrático construído progressivamente ao longo da história.

---

<sup>153</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 112

10. Medidas que controlem o ativismo, tais como as ora sugeridas, proporcionariam a efetiva independência entre os poderes sem que haja déficit de legitimidade, dando aplicação à convivência e respeito mútuos pregados pela estrutura democrática. Nesses casos, a segurança jurídica e a justiça poderiam ser melhor evidenciadas, porquanto o que se buscava, de fato, seria o bem-estar do todo e a constância das relações jurídicas firmadas em todos os poderes.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *Crise do judiciário, globalização e o papel do juiz orgânico na sociedade brasileira*. Disponível em :  
<[http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/crise\\_poder\\_papel\\_juiz\\_pedro\\_abreu.pdf](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/crise_poder_papel_juiz_pedro_abreu.pdf)>. Acesso em 25/11/2010.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes* (trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ACKERMAN, Bruce. *Transformações do direito constitucional: nós, o povo soberano* (trad. Luiz Moreira, Julia Sichier Moura e Mauro Raposo de Mello). Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Legalidade financeira e ativismo judicial: judicialização das políticas públicas. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, n. 28, 2010.

APPIO, Eduardo. *Discricionabilidade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006.

ARGENTINA. Constituição (1994). *Constituição da República de Argentina*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94.html>>. Acesso em 20/06/2011.

BANDEIRA, Regina Maria Groba. *Seleção dos magistrados no direito pátrio e comparado: viabilidade legislativa de eleição direta dos membros do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:  
<[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1502/selecao\\_magistrados\\_bandeira.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1502/selecao_magistrados_bandeira.pdf?sequence=1)>. Acesso em 20/06/2011.

BARBOSA, Cláudia Maria. *O processo de legitimação do Poder Judiciário brasileiro*. Disponível em:  
<<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>>. Acesso em 10/01/2011.

BELIZE. Constituição (1981). *Constituição de Belize*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Belize/belize81.html#mozTocId569189>>. Acesso em 20/06/2011.

BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*. Brasília, v. 8, n. 1, jan-jun/2011.

BERNARDO, Leandro Ferreira. Ativismo judicial e Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica*, Brasília, v.11, n. 93, fev-maio/2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLÍVIA. Constituição (2009). *Constituição da República da Bolívia*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>>. Acesso em 20/06/2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 540.179/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília/DF, *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, 14/06/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 650.728/SC. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília/DF, *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, versão eletrônica, 02/12/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3367/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília/DF, *Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 17/03/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em 11/03/2011.

CAMPOS, Diogo Leite de. A jurisdicização dos impostos: garantias de terceira geração. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CANIVET, Guy. Activisme judiciaire et prudence interprétative: introduction générale. *La création du droit par le juge*. Paris: Dalloz, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, n. 6, EdUnB, 2º semestre de 1998.

CASTRO, Marcus Faro de. A administração da Justiça e os reflexos na economia. *Revista CEJ*, Brasília, n. 17, abr-jun/2002.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, Rio de Janeiro, v 5, n. 9, jul-dez/2004. Disponível em: <publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu\_n9\_cittadino.pdf>. Acesso em 10/04/2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? *Consulex*, v. 14, n. 329, out/2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 732, outubro/1996.

COSTA RICA. Constituição (1949). *Constituição Política da República da Costa Rica de 1949*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Costa/costa2.html#mozTocId95217>>. Acesso em 20/06/2011.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. *Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 17, mar/2008.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória* (trad. Guilherme Leite Gonçalves). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. *A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16304/15868>>. Acesso em 10/12/2010.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Por um novo marco legal das relações entre estado e terceiro setor: legitimidade e regulação no estado democrático de direito*. Belo Horizonte, 2007, tese de doutorado pela UFMG.

DICKSON, Bruce. *Judicial activism in common law supreme courts*. New York: Oxford, 2007.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. *Revista da AJURIS*, v. 35, n. 110, jun/08.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle jurisdicional dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao>>. Acesso em 10/04/2011.

GUATEMALA. Constituição (1985). *Constituição Política Reformada pelo Acordo Legislativo Nº 18-93, de 17 de novembro de 1993*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Costa/costa2.html#mozTocId95217>>. Acesso em 20/06/2011.

GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. A evolução do ato administrativo e sua destipificação na atividade regulatória. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, 2007, v. 10, n. 40.

HAITI. Constituição (1987). *Constituição da República do Haiti*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Haiti/haiti1987fr.html>>. Acesso em 20/06/2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JOIS, Goutam U. Stare decisis is cognitive error. *Brooklyn Law Review*, n. 75, 2009. Disponível em: <[http://works.bepress.com/goutam\\_jois/10](http://works.bepress.com/goutam_jois/10)>. Acesso em 12/11/2010.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo judicial*. Disponível em:  
<[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/ativismo_judicial.pdf?sequence=1)>. Acesso em 10/06/2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 43, jul-set/86.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito* (trad. Bruno Miragem). São Paulo: RT, 2009.

MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. *In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1979.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade* (trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Organização do Poder Judiciário*. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>>. Acesso em 05/02/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Ulisses e o superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 7, Renovar, 2006.

MÉXICO. Constituição (1915). *Constituição da República de México*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Mexico/vigente.html>>. Acesso em 20/06/2011.

MIRANDA, Jorge. Entrevista. *Lex Humana*, n. 2, 2009, p. 222-223. Disponível em: <<http://www.ucp.br/html/joomlaBR/lexhumana/lexhumana.htm>>. Acesso em 10/07/2011.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, organização política e Constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Manole, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 12, mar. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27844>>. Acesso em 02/11/2010.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1999.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *A separação dos poderes e a ditadura do poder judiciário Brasileiro*. Brasília: policopiada, 1993.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Separação de poderes, legitimação do Poder Judiciário e consequencialismo. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, n. 11, novembro/2010.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data (Constituição e Processo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.) *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. *Controle da administração pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito*. Disponível em <[http://200.298.41.151:8081/tribunal\\_contas/2004/02/-sumario?next=2](http://200.298.41.151:8081/tribunal_contas/2004/02/-sumario?next=2)>, acesso em 12/04/2011.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo judicial e estado de direito*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>>. Acesso em 10/06/2011.

RIVERO, JEAN. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: RT, 2004.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. 11ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O conselho nacional de justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, junho/2007.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição* (trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENEZUELA. Constituição (1999). *Constituição da República Bolivariana da Venezuela*. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/vigente.html>>. Acesso em 20/06/2011.

WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2007.