XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

PODER, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

GISELE GUIMARÃES CITTADINO

FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P742

Poder, cidadania e desenvolvimento no estado democrático de direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, Gisele Guimarães Cittadino, Florivaldo Dutra de Araújo – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-126-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Cidadania. 3. Estado. 4.Democracia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PODER, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A capacidade de organização de eventos de qualidade por parte do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI está amplamente demonstrada e historicamente comprovada. Esta capacidade foi novamente demonstrada na realização, em Belo Horizonte, de 11 a 14 de novembro de 2015, do XXIV Congresso Nacional. O Evento contou com a presença de um número significativo de participantes, com trabalhos de todas as regiões do Brasil e foi organizado sob a máxima Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O destaque dado ao vínculo indissociável entre direito e política foi muito apropriado e perpassou as discussões dos mais de sessenta Grupos de Trabalho que compuseram o Evento. Entre estes grupos, um chamou diretamente a atenção para as imbricações profundas existentes entre Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito (GT 26). Este Grupo de Pesquisa permitiu o resgate da ideia de que a emergência dos governos limitados (portanto, submetidos ao império do direito) foi historicamente fundamental para a consolidação da cidadania, a ampliação da liberdade e para a garantia de melhores níveis de qualidade de vida.

O ponto de partida da análise referida foi que o poder possui várias formas de manifestações ao longo da história humana. Teve início ainda sob a forma da Cidade-Templo e se materializou, de forma mais institucional, com o aparecimento da chamada Cidade-Estado da Antiguidade Clássica. Em seguida, esta estrutura foi suplantada, por um lado, por uma estrutura máxima (mas um tanto decorativa) denominada Igreja (ou República Cristiana) e, por outro, pela fragmentação em inúmeros feudos e pequenas estruturas política de base agrária.

A formação atual do poder (grandes estruturas políticas) somente teve início no Século 13. Deste momento histórico até a vitória dos Estados soberanos modernos foi uma longa disputa pela supremacia e pelo poder entre as estruturas religiosas e as estruturas laicas. Este impasse somente foi resolvido (isto apenas em boa medida) com a chamada Guerra dos Trinta Anos e

com a supremacia política do Estado moderno soberano no Tratado de Paz de Westfália (1648).

Foi neste momento que a fragmentação política foi superada e que se afirmaram os Estados como uma estrutura política centralizada e capaz de fazer valer o seu poder, com êxito e de forma exclusiva, sobre um território e uma população específicos (Max Weber). Esta transformação foi um grande acontecimento político e foi justificada, entre outros, por Thomas Hobbes (1588-1679). Para este, o Estado é compreendido como o deus mortal que caminha sobre a Terra.

Com esta configuração, ficou mais evidente a afirmação que o poder político é, antes de mais nada, um poder do homem sobre outro homem. Assim, é possível dizer que o referido poder pode se concretizar de várias maneiras, mas sempre se expressa como uma relação entre governantes e governados, entre soberanos e súditos, entre Estado e cidadãos (Bobbio). Dito de outra forma, se expressa de forma mais evidente como uma relação de dominação. Mas, não apenas isto. É neste contexto que ele vai também passar se expressar como uma possibilidade de construção de uma boa vida (volta à valorização da cidadania e do desenvolvimento).

Para também expressar esta segunda possibilidade, é necessário, contudo, ainda uma nova mutação na estrutura poder: a sua submissão ao império do direito e a constituição. Esta mudança histórica tem início com as chamadas grandes revoluções dos Séculos 17 e 18 (Revolução Inglesa, Francesa e Norte-Americana) e somente vai se consolidar no decorrer do Século 20 (é neste período histórico que os chamados regimes democráticos passam a ter um valor positivo e o Estado passa a se constituir mais claramente como um Estado de direito em sentido forte como Estado Democrático de Direito). Esta é uma vitória extraordinária da liberdade.

Configurado desta forma, o poder político passa a fomentar mais claramente a solução pacífica dos conflitos (método de contar as cabeças) e a valorizar as autonomias individuais e o pluralismo político. É neste quadro que o Estado deixa de estar voltado a si próprio e passa a ter que busca sua legitimidade na nação, tornando o poder um lugar vazio (Lefort). Dito de outra forma, o limite do poder não se restringe àquilo que este pode ou não pode fazer em função da vontade geral, expressa na forma da lei, mas limita, também, a monopolização do poder por um indivíduo ou grupo. Além disso, este poder apenas será legitimo se exercido de acordo com as normas constitucionais. Desta forma, passa a ser um poder limitado e submetido às regras do jogo.

O GT 26 Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito dialogou, de forma aberta e democrática, sobre estas e outras questões relacionadas e, portanto, cumpriu o seu papel fundamental de ser um espaço de diálogo e de fomento ao exercício da cidadania e da constituição de sujeitos autônomos e voltados ao desenvolvimento do país.

Os Organizadores

AS CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

THE CAUSES OF JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL

Ana Flávia Alves Canuto

Resumo

O ativismo judicial é, sem dúvidas, questão de grande preocupação e discussão na seara política e jurídica. Neste trabalho, ao contrário da maior parte dos estudos, em que se discute sua legitimidade e validade, buscou-se analisar as causas que permitem que este fenômeno ocorra, sobretudo no Brasil. Embora o fenômeno seja mundial, ou pelo menos comum a praticamente todo o mundo ocidental, é certo que, no Brasil, uma grande responsável por sua ocorrência, senão a maior, é a estrutura das instituições políticas do país, bem como a natural crise que as permeia. A desconfiança da sociedade em relação aos poderes políticos, sobretudo ao Legislativo, somado ao formato de um Estado intervencionista e garantidor de cada vez mais demandas, pautado em um texto constitucional extenso, que permite desdobramentos e interpretações numerosas e variadas, e à mudança de mentalidade do Judiciário, ao qual são transferidas decisões de cunho eminentemente político, certamente compõem o cenário para permitir e propiciar o aumento do fenômeno do ativismo judicial no Brasil.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Causas, Instituições políticas no brasil

Abstract/Resumen/Résumé

Judicial activism is undoubtedly a matter of great concern and discussion in political and legal harvest. In this work, unlike most studies, which discusses its legitimacy and validity, it attempted to analyze the causes that allow this phenomenon to occur, especially in Brazil. Although the phenomenon is global, or at least common to virtually the entire Western world, it is certain that, in Brazil, largely responsible for its occurrence, if not the largest, is the structure of the country's political institutions as well as natural crisis that permeates them. Distrust of society from political powers, especially the Legislature, combined with the shape of an interventionist and more and more guarantor state, based on an extensive constitutional text, which allows developments and numerous and varied interpretations, and mentality change of the Judiciary, for which are transferred eminently political decisions, certainly set the stage to allow and encourage the rise in judicial activism phenomenon in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Causes, Political institutions in brazil

Introdução

Este trabalho tem como objetivo tecer algumas considerações acerca das causas que levam ao exercício do ativismo judicial no Brasil. Embora o fenômeno seja mundial, ou pelo menos comum a praticamente todo o mundo ocidental, acredita-se que a organização política brasileira, bem como o funcionamento do Judiciário e a mentalidade social e dos membros dos Poderes Legislativo e Judiciário contribuem bastante para propiciar e aumentar a ocorrência do fenômeno no Brasil.

Para isto, não se adentrou à análise das características do ativismo judicial, nem cuidou o trabalho de estabelecer críticas ou assinalar pontos positivos do mesmo, atendo-se com exclusividade ao estudo de suas causas e dos institutos que, ainda que de forma indireta, permitem a sua ocorrência.

1. A Separação e a permeabilidade de Poderes

A Separação de Poderes é considerada um dogma constitucional e pressuposto do próprio Estado, tendo assumido este papel a partir de sua imposição às constituições modernas como condição da própria existência delas, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789:

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

No entanto, a ideia de Separação de Poderes, antes interpretada como rígida, foi sofrendo releituras e flexibilizações, que permitiram a permeabilidade entre os Poderes, por meio da criação da ideia de funções típicas e atípicas dos mesmos[1].

Mas, mesmo antes da admissão do exercício de atos atípicos pelos Poderes, a Separação rígida já não era tida como a única opção de organização política. Note-se que o

[1] É importante destacar que, embora seja comum na doutrina moderna, a identificação de funções típicas e atípicas dos Poderes não foi pensada por Montesquieu, que não utilizou estes termos em sua teoria. Esta caracterização de funções é amplamente encontrada em Manuais de Direito Constitucional, dos quais citam-se, a título de exemplo, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*; Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*; Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de Direito Constitucional*; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*; e Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*. Paulo Bonavides, em seu livro *Do Estado Liberal ao Estado Social* (p. 74-75), também identifica algumas funções atípicas ou secundárias dos três Poderes, embora não as denomine com estes termos, informando-as simplesmente como decorrência do sistema de freios e contrapesos.

próprio Montesquieu, autor da mais conhecida teoria de separação de poderes, afirmou que havia vários reinos europeus com governos moderados, porque o príncipe, investido dos poderes legislativo e executivo, não possuía, no entanto, o poder de julgar. (MONTESQUIEU, Livro XI, Cap. VI)

Percebe-se, portanto, que o exercício conjunto do Executivo e do Legislativo podia não representar um risco ou um problema, em sua opinião, se a atividade judicante estivesse separada.

Esta também era a opinião do Federalista James Madison, que nos Ensaios nº 47 e 48, esclareceu que a leitura dada ao princípio de Montesquieu como algo rígido e estanque não é apropriada.

Rebatendo as colocações dos críticos à nova Constituição que se propunha, segundo os quais a máxima política da Separação de Poderes, que representava uma precaução em favor da liberdade, não havia sido considerada na estrutura do governo federal, Madison afirmou, com base na análise da obra de Montesquieu, que, analisando pormenorizadamente a Constituição inglesa, percebia-se que os departamentos legislativo, executivo e judiciário não eram totalmente separados, sendo que o magistrado executivo era parte integrante da autoridade legislativa, uma vez que somente ele possuía a prerrogativa de celebrar tratados com autoridades estrangeiras, os quais possuíam inegável força legislativa. (HAMILTON; JAY; MADISON, 2001, p. 308-309)[2]

[2] O federalista indicou, ainda, outros casos de permeabilidade entre os poderes: "On the slightest view of the British Constitution, we must perceive that the legislative, executive, and judiciary departments are by no means totally separate and distinct from each other. The executive magistrate forms an integral part of the legislative authority. He alone has the prerogative of making treaties with foreign sovereigns, which, when made, have, under certain limitations, the force of legislative acts. All the members of the judiciary department are appointed by him, can be removed by him on the address of the two Houses of Parliament, and form, when he pleases to consult them, one of his constitutional councils. One branch of the legislative department forms also a great constitutional council to the executive chief, as, on another hand, it is the sole depositary of judicial power in cases of impeachment, and is invested with the supreme appellate jurisdiction in all other cases. The judges, again, are so far connected with the legislative department as often to attend and participate in its deliberations, though not admitted to a legislative vote."
Tradução livre: Em uma visão minimalista da Constituição britânica, devemos perceber que os departamentos legislativo, executivo e judiciário não são de jeito nenhum totalmente separados e distintos um do outro. O magistrado executivo é parte integrante da autoridade legislativa. Só ele tem a prerrogativa de celebrar tratados com soberanos estrangeiros, os quais, quando feitos, têm, sob certas limitações, a força dos atos legislativos. Todos os membros do departamento judiciário são nomeados por ele, podem ser removidos por ele ao endereço das duas Casas do Parlamento, e formam, quando ele quiser consultá-los, um de seus conselhos constitucionais. Um ramo do departamento legislativo constitui também um grande conselho constitucional para o chefe do executivo, assim como, por outro lado, é o único depositário do poder judicial em casos de impeachment, e é investido com a jurisdição de apelação suprema em todos os outros casos. Os juízes, mais uma vez, são tão conectados com o departamento legislativo, a ponto de, muitas vezes, assistir e participar de suas deliberações, embora não admitidos a promover um voto legislativo.

E continuou, afirmando que as frases apostas no Espírito das Leis não significavam que os departamentos legislativo, executivo e judiciário não deveriam ter participação nem controle sobre os atos um do outro. Segundo Madison, o que Montesquieu queria dizer, conforme suas próprias palavras traduziam, era apenas que: "[...] where the *whole* power of one department is exercised by the same hands which possess the *whole* power of another department, the fundamental principles of a free constitution are subverted."[3] (HAMILTON; JAY; MADISON, 2001, p. 309)

Assim, resta notório que, para Madison, Montesquieu não apregoou a divisão rígida e impermeável das funções políticas. Mais do que isso, o federalista afirmou que a menos que os departamentos estivessem conectados e misturados o suficiente para realizar, cada um, um controle constitucional sobre os outros, o grau de separação que a máxima montesquiana exige como essencial para um governo livre nunca poderia ser mantido devidamente na prática. (HAMILTON; JAY; MADISON, 2001, p. 315)

Assim, é possível concluir que sempre houve quem visse a separação total dos poderes como algo improvável na prática, admitindo-se um exercício conjunto das funções executiva e legislativa. Discurso este que, no entanto, não se percebe com relação ao Judiciário, cuja função nunca é associada com naturalidade à de outro Poder.

Pode-se concluir, então, que o isolamento da atividade jurisdicional, atribuindo-lhe a um órgão separado e especializado, constituía a chave da ideia de Separação de Poderes clássica, desde sua idealização, a qual, por sua vez, era tida – e permanece ainda hoje – como um dos sustentáculos da democracia e do Estado de Direito.

Mas não era suficiente retirar a função judiciária dos demais Poderes. Era também necessário que o órgão julgador destinado a tal atribuição cuidasse apenas de sua atividade especializada, evitando a confusão de funções e o comprometimento da efetiva separação.

Por isto, torna-se importante identificar as razões que permitiram o desvirtuamento desta ideologia, levando, na prática, o Judiciário a atuar fora de suas atribuições iniciais e incorporar posturas incompatíveis com sua estrutura e com o propósito que conduziu a sua criação.

2. As causas do ativismo judicial no Brasil

[3] [...] onde *todo* o poder de um departamento é exercido pelas mesmas mãos que possuem *todo* o poder de um outro departamento, os princípios fundamentais de uma constituição livre estão subvertidos. (Tradução livre) Os destaques são do original.

O conhecimento popular informa que não se pode deixar vácuo no poder, pois a lacuna sempre é preenchida. E é com base nisto que, na maior parte das vezes, se explica e justifica o ativismo judicial, atribuindo-se à inércia legislativa, que impede ou dificulta o bom desempenho da atividade judicante, a causa e até a legitimação para a atuação pró-ativa do Judiciário.

Segundo o senso comum, a falta de algumas normas ou a necessidade de efetivação e concretização de outras permitem ao Judiciário estender sua atuação, muitas vezes fugindo da função ordinária de aplicar o texto legal existente e criando ou afastando dispositivos.

Em parte, tal justificativa pode ser verdadeira e será analisada, mas não encerra todas as razões pelas quais ocorre a atuação judiciária ativista. Há outras causas, ao nosso ver, que possibilitam a ocorrência do ativismo, conforme se demonstrará.

2.1. A jurisprudência como fonte do direito

Certamente, a primeira e mais evidente causa do ativismo judicial é a consideração da jurisprudência como fonte de direito. Permitir que o Judiciário construa o Direito é a primeira autorização para que ele posicione-se além das normas criadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Segundo Bobbio (2006, p 171-172), o Poder Judiciário não é uma fonte principal, ou de qualificação, do direito. É sim, uma fonte subordinada, mais precisamente delegada, que é posta em prática quando ele pronuncia um juízo de equidade, ou seja, quando não aplica normas jurídicas positivas preexistentes, decidindo, ao contrário, segundo sua consciência ou seu próprio sentimento de justiça.

No entanto, o autor admite a atividade jurisdicional como fonte do direito subordinada, porque deve submeter-se a limites, ou seja, “ele [o juiz] pode emitir um tal juízo somente se e na medida em que é autorizado pela lei e, de qualquer maneira, nunca em contraste com as disposições da lei.” (2006, p. 172) Justifica o autor que tal exercício é passível de ocorrer quando o legislador reputa impossível ou inoportuno disciplinar determinadas matérias em normas gerais, deixando sua regulamentação a cargo do Judiciário.

Em seguida, Bobbio identifica três tipos de atividade judiciária criativa, as equidades substitutiva, integrativa e interpretativa. A primeira ocorre quando o juiz estabelece uma regra, suprindo a falta de norma legislativa a respeito do assunto. A segunda se dá quando a norma existe, mas é muito genérica, demandando esclarecimentos e complementos para se tornar exequível. Por fim, a terceira ocorre quando a norma legislativa existe e é completa e o juiz atua

definindo, com base em critérios equitativos, o seu conteúdo. A esta última, o autor tece críticas dizendo que a doutrina juspositivista informa não ser admitida em nosso ordenamento jurídico.

Nota-se, assim, que a atuação judiciária na construção do Direito é algo aceitável e natural, validando o ativismo judicial e não se podendo, portanto, qualifica-lo pura e simplesmente como ruim ou prejudicial como soe acontecer. Até mesmo porque, segundo Cross e Lindquist (2007, p. 1784) e Kmiec (2004, p. 1442 e 1476-1477), a definição científica do ativismo judicial é bastante complicada, diante da conotação pejorativa que o termo possui. O seu conceito, por vezes, confunde-se com as críticas a ele direcionadas e as tentativas de definição quase sempre são carregadas de ideologias. A sua qualificação como bom ou ruim, na prática, depende menos da violação às normas legislativas e mais do acolhimento ou contrariedade do clamor popular e da opinião das maiorias. Tanto que em suas análises, os autores identificaram críticas a decisões ativistas e não ativistas, prolatadas por Cortes liberais e conservadoras.

A admissão da jurisprudência como fonte do direito é, portanto, indiscutivelmente a primeira das causas do ativismo judicial. E, ainda que se teçam críticas a esta realidade, não é possível negá-la ou desconsiderá-la, como afirma Otto (1988, p. 298), ao se manifestar acerca do recurso de cassação de sentenças que contrariam a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol:

> Así ocurre exactamente con la jurisprudencia: sea cual sea el calificativo que se aplique, el ordenamiento jurídico establece que la sentencia que la infrinja podrá ser sancionada con la anulación, lo que sólo es posible porque el ordenamiento considera que la sentencia es antijurídica y, por tanto, que la jurisprudencia forma parte de las normas cuya infracción acarrea una consecuencia, esto es, del derecho.[4]

Logicamente, a admissão da atividade judiciária como construtora do direito não lhe permite atuar ilimitadamente, constituindo esta a maior e mais relevante crítica que se faz ao ativismo judicial. O fato de seu fundamento ser legítimo não lhe retira a subordinação como característica, ou seja, a obrigação de se submeter aos ditames legais e agir conforme autorização legal, até mesmo porque "[...] la creación jurisprudencial está en todo momento

[4] Tradução livre: Assim ocorre exatamente com a jurisprudência: seja qual for o qualificativo que se aplique, o ordenamento jurídico estabelece que a sentença que a infrinja poderá sofrer a sanção da anulação, o que somente é possível porque o ordenamento considera que a sentença é antijurídica e, portanto, que a jurisprudência forma parte das normas cuja infração acarreta uma consequência, isto é, o direito.

subordinada a la voluntad del legislador, que con la modificación de un solo término del texto legal puede destruir los más elaborados edificios jurisprudenciales." (OTTO, 1988, p. 303)[5]

2.2. A mudança de mentalidade

Segundo o professor Carlos Bastide Horbach (s/d, p. 82-83), é necessário perceber a existência de três funções distintas relacionadas à legislação, sua elaboração e sua aplicação. Com amparo nas lições de Cezar Saldanha Souza Junior, ele reconhece a coexistência da função juspolítica judicial, por meio da qual se resolvem os conflitos individuais concretos; da função legislativa, que orienta genericamente as condutas da comunidade e produz normas gerais e abstratas; e da jurisdição constitucional, voltada a limitar estas normas, controlando sua constitucionalidade, o que, na opinião deste autor, segundo aquele, compõe um novo poder político, formado por juízes constitucionais.

Então, Horbach conclui que estas três funções distintas demandam uma especialização crescente dos órgãos políticos, além de exigirem uma lógica própria de funcionamento e interação, a qual, se for desrespeitada, gera efeitos nefastos para o Estado de Direito "Isso tanto no sentido de a legislação ou a Constituição limitarem a área de atuação institucional do Juiz, quanto no sentido oposto, com o Juiz imiscuindo-se na legislação e na imposição de preceitos constitucionais" (p. 83)

Este problema é gerado, segundo o autor, por vários fatores, sendo os principais a crise institucional dos poderes e uma crise de mentalidade. A primeira, por conta de se concentrarem no Poder Judiciário as funções jurisdicional e de guarda da Constituição. E a segunda em virtude de os agentes responsáveis por cada um destes níveis de produção jurídica – legislação, jurisdição constitucional e jurisdição – embaralharem as lógicas de funcionamento deles.

Encontrar a causa desta confusão de mentalidades é, na opinião do autor, impossível, uma vez que perpassa a formação jurídica, o recrutamento dos agentes jurídico-políticos e a estruturação das carreiras jurídicas, entre outros. No entanto, é possível apontar alguns indicadores e, segundo ele, o mais evidente e importante é a influência cada vez mais notada no Judiciário brasileiro da chamada "nova hermenêutica constitucional", fundada em um "pós-positivismo", que faz surgir um "neo-constitucionalismo". (p. 84)

[5] Tradução livre: [...] a criação jurisprudencial está a todo momento subordinada à vontade do legislador, que com a modificação de um só termo do texto legal pode destruir os mais elaborados edifícios jurisprudenciais.

Esta tendência de "nova" interpretação constitucional é amplamente criticada por ele e vários outros autores, como por exemplo, o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 151-167), os quais demonstram claramente como os fundamentos e princípios utilizados por esta tendência nada inovam, ocupando-se, tão simplesmente, de repetir princípios e técnicas interpretativas já utilizadas há muito por constitucionalistas clássicos, além de subverter o entendimento do Direito Constitucional, como quando, por exemplo, se intitula a Constituição brasileira de 1988 de principiológica, enquanto ela é notoriamente preceitual, por predominarem as regras.

Os neo-constitucionalistas indicam como fundamentos os princípios da supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis, interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, efetividade, razoabilidade e proporcionalidade, todos já velhos conhecidos do Direito Constitucional. Também calcam-se sobre a força normativa da Constituição e dos princípios, o que igualmente não é novidade, pois não foi somente a partir do advento deste "fenômeno" que a Constituição ganhou status de norma aplicável e cogente.

É por isto que Horbach (s/d, p. 88) conclui que:

> Não sendo a "nova hermenêutica constitucional" uma teoria com traços próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico.

A interpretação promovida pelos adeptos do movimento neo-constitucionalista elastece a norma e seu sentido para qualquer direção, fundamentando-se em um conjunto de técnicas e princípios que, segundo eles, legitimam tal esforço. Por conta disto, comumente conseguem "fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito." (HORBACH, s/d, p. 88)

A isto, somam-se, segundo o autor, dois fatores que completam a confusão no Brasil. O primeiro deles é a ideia de que a interpretação é tarefa simples, com base nas ideias de Peter Häberle, sobre a "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição", na qual não apenas juristas, mas toda a sociedade é chamada a interpretar a Constituição. O problema é que não se filtra a opinião pública, admitindo-se como juridicamente válida e tecnicamente viável toda e qualquer opinião. O segundo fator é a extensão da Constituição, que trata de infinitos assuntos, muitas vezes com preceitos indeterminados. Isto permite constitucionalizar praticamente todos os

assuntos de interesse da sociedade, sem estabelecer muitos limites e garantir, portanto, sua confiança e segurança.

Esta mudança de mentalidade certamente é uma das causas do ativismo judicial no Brasil, vez que não raro o Judiciário, julgando-se legítimo e autorizado a tal, adentra a função legislativa, criando situações, além de absurdas, insustentáveis e plenamente contrárias à segurança jurídica.

2.3. A estrutura das instituições políticas no Presidencialismo

A confusão de mentalidade e atribuições por parte do Judiciário, incluindo a jurisdição comum e a constitucional, é, sem dúvida, uma das causas do ativismo judicial no Brasil.

No entanto, a sua atuação "pró-ativa e legisladora" não decorre apenas da releitura de si mesmo. No Brasil, ela pode encontrar causas também na própria crise institucional dos Poderes Políticos, aqui especificados como o Legislativo e o Executivo, que tornam-se incapazes de exercer com qualidade suas funções.

Segundo o professor estadunidense Bruce Ackerman (2000), em seu artigo *The new separation of Powers*, o modelo presidencialista adotado pelos Estados Unidos foi exportado para outros países, sobretudo da América Latina, os quais o implantaram indiscriminadamente, sem observar suas próprias peculiaridades, o que ele critica duramente.

Para ele, outros modelos de sistemas parlamentaristas, como o alemão, o italiano e o japonês, em sua visão são mais bem sucedidos por se mostrarem mais contidos (*constrained parliamentarianism*) e aptos a atender os três grandes princípios norteadores de uma moderna doutrina da separação dos poderes, quais sejam a democracia, o profissionalismo e a proteção aos direitos fundamentais. (ACKERMAN, 2000, p. 634-637, 663-669)

Para ele, a proposta presidencialista faz com que o Executivo e o Legislativo dividam a função legislativa e sejam dominados por diferentes partidos ou diferentes facções de um mesmo partido, criando um impasse à governança, o qual se traduz em três cenários possíveis. Ou ocorre uma acomodação, caracterizada pelas barganhas entre os dois lados e seus respectivos benefícios; ou há um colapso constitucional, no qual um ou outro poder, no intuito de destruir seu competidor, subverte o sistema constitucional e toma para si a função de legislador, praticando-a com exclusividade; ou pode ocorrer uma crise de governabilidade, caracterizada pelo uso de todas as ferramentas disponíveis a um poder para dificultar o trabalho

do outro, fazendo com que o Legislativo incomode o Executivo e este passe, cada vez mais, a lançar mão de ações unilaterais. (ACKERMAN, 2000, p. 644-647)

Uma vez instaurada a crise, esta se torna um ciclo vicioso, que geralmente induz a um prejudicial fortalecimento do Presidente da República, que vai se transformando em precedentes para os próximos governos e se consolidando cada vez mais. Isto faz com que o Presidente tome cada vez mais decisões difíceis de maneira unilateral – ele efetivamente rompe os impasses legislativos resolvendo os problemas por meio de decretos unilaterais –, sem considerar os diferentes interesses e ideologias representados no Congresso, o qual acaba transformado, por consequência, em um fórum para simples posturas demagógicas. E o autor informa que este cenário não recomendável já ocorre em países como a Argentina e o Brasil e, de uma forma menos patológica, também nos Estados Unidos, a pátria do presidencialismo. (ACKERMAN, 2000, p. 646-647)

Por isto é que, para o autor, o Presidente da República não deve possuir o poder de fazer leis. Isto, porque, a união dos poderes de fazer e de implementar a lei nas mãos de um único órgão pode resultar em tirania. (ACKERMAN, 2000, p. 686)

E a justificativa para isto não são os argumentos de Montesquieu e Madison, nem as teorias de legitimação da democracia, mas sim a especialização funcional. Os políticos eleitos diretamente são naturalmente incapazes de praticar as duas funções, o que faz com que ambas sejam mal desempenhadas, gerando, assim, o pior dos cenários possíveis, qual seja a implementação imparcial e ignorante das leis e a criação de leis pouco técnicas, feitas por assessores, haja vista a falta de tempo dos políticos para se dedicarem com qualidade à feitura das mesmas. (ACKERMAN, 2000, p. 687)[6]

Embora não se possa tomar uma conclusão superficial desta situação, não é difícil deduzir que a elaboração de leis ruins e pouco técnicas abre muito campo para a atuação

---

[6] The more they intervene in the implementation of the laws, the less impartial, and the more ignorant, the implementation will become. Worse yet, the more time politicians spend on bureaucratic politics, the less they will devote to the lawmaking function that only they can legitimately exercise: the elaboration of basic values.
[…]
The result will be the worst of all possible worlds: decisions will be made not by seasoned statesmen or knowledgeable bureaucrats, but by callow flunkies eager to curry favor with their bosses and the special interests that support them.
Tradução livre: Quanto mais eles intervêm na implementação das leis, menos imparcial e mais ignorante, a implementação vai se tornar. Pior ainda, quanto mais tempo os políticos gastam em política burocrática, menos eles vão se dedicar à função de legislar que só eles podem legitimamente exercer: a elaboração de valores básicos.
[...]
O resultado será o pior dos mundos possíveis: as decisões serão tomadas não por estadistas experientes ou burocratas conhecedores, mas por bajuladores ansiosos para agradar seus patrões e os interesses especiais que lhes dão suporte.

judiciária, que passa a ser, inclusive, requerida pela sociedade como forma de solução do problema lançado por seus representantes eleitos. Esta excessiva confiança popular também contribui para a confusão de mentalidade, que fundamenta a visão que o Judiciário tem de si, como autorizado a interferir na legislação, afastando-a, criando-a e interpretando-a da forma como desejar que ela seja lida e aplicada.

Em virtude da crise institucional apontada, Ackerman propõe, inclusive, a criação de um novo modelo de separação de poderes, a partir do isolamento de várias áreas, separando, sobretudo, decisões políticas de questões técnicas, quando possível, e realizando-se, assim, uma especialização funcional, que certamente tornará os Poderes mais eficientes.

Como decorrência da especialização funcional, o autor propõe a criação de outros dois poderes, um Poder da Integridade (*Integrity Branch*), responsável pelo controle da corrupção e do clientelismo, e um Poder Regulatório (*Regulatory Branch*), com poderes normativos, uma vez que os órgãos reguladores possuem mais tempo e conhecimento sobre as áreas que regulam do que o Legislativo. (ACKERMAN, 2000, p. 691-693).

Percebe-se, assim, que a nova proposta de Separação de Poderes do autor funda-se na necessidade de funções mais bem desempenhadas, por meio da criação de estruturas mais profissionais, verdadeiramente especializadas no que fazem, somada à necessidade de separação dos poderes de criar e implementar as leis, e ao estabelecimento de um Poder especialmente destinado à fiscalização, o qual combaterá tendências corrosivas do sistema, como a corrupção.

Esta especialização legislativa, embora não seja capaz de alterar mentalidades, pode, ao menos, reduzir o campo de atuação do Judiciário ativista, ao fornecer-lhe normas mais técnicas e precisas, que não exijam esforços de concretização e deem pouca ou nenhuma abertura à complementação no momento da aplicação.

O problema institucional dos três Poderes no Brasil também é objeto de crítica na obra de Cezar Saldanha Souza Júnior (2002, p. 134-135), que observa a existência de outras instituições que também detêm e aplicam o poder, o que hoje leva à existência, na verdade, de uma hexapartição de Poderes e não de uma tripartição.

Segundo ele, as diferentes formas de divisão de Poderes na verdade vinculam-se a diferentes fases da evolução do Estado. Na formação do Estado Moderno, houve a concentração das funções num único órgão, ou seja, o Rei, gerando o sistema de poderes que o autor denominou de executivismo absoluto.

Na primeira fase do Estado Liberal (século XVII), em que se consolidaram as casas legislativas do Parlamento, surgiu a bipartição inglesa dos poderes, conformando-se o executivismo arcaico. Na segunda fase do Estado Liberal inglês (século XVIII), consolidou-se a independência do Poder Judiciário, levando à tripartição de Poderes que acabou sendo relatada por Montesquieu. A esta conformação, o autor denominou executivismo clássico.

Na fase da maturidade do Estado Liberal, a estabilidade exigiu a separação entre Governo e Estado, levando à tetrapartição de Poderes, chamado pelo autor de governamentalismo de elites.

Após isto, o Estado Social emergiu do primeiro pós-guerra, reforçando a separação entre Estado e Governo e impondo a separação também da Administração Pública. Disto resultou a pentapartição de Poderes, chamada por Souza Júnior de governamentalismo pelos partidos (de massas).

Por fim, o Estado Social do segundo pós-guerra foi resultado, segundo o autor, de um consenso político-constitucional sobre valores ético mínimos. Por isto, foi necessário instituir, por meio da Constituição, um órgão para protegê-los de totalitarismos e autoritarismos. O órgão criado foi o Tribunal Constitucional, que levou, assim, a uma hexapartição de Poderes.

Por isso é que, analisando a proposta de Karl Loewenstein de uma nova tripartição, não mais apoiada em critério jurídico – a lei – mas sim em critério político – a decisão política fundamental – SOUZA JÚNIOR (2002, p. 132) discorda de sua viabilidade e propõe uma hexapartição orientada pela divisão de funções de conformidade com os fins do Estado:

> A contribuição de Loewenstein também nos parece insuficiente. [...] Seria interessante reexaminar – na era do Tribunal Constitucional – a pertinência de sua sugestão de três níveis de funções, que apresentamos, com várias adaptações, mediante a seguinte terminologia: as funções vinculadas aos fins últimos do Estado (a de chefe de Estado e a de guarda da Constituição), as funções vinculadas aos fins próximos do Estado (a de administração e a judiciária) e as funções vinculadas aos fins intermediários do Estado (a de deliberação política e a de governo), totalizando seis funções.

O autor vê, portanto, a jurisdição constitucional como um outro poder, além dos clássicos conhecidos. Esta observância doutrinária não está a criar uma situação, mas a observar uma realidade, segundo a qual a estrutura das instituições políticas brasileiras realmente permitiu o crescimento judiciário a ponto de torná-lo um Poder. Este crescimento, que gerou tamanho poder, não adveio da simples aplicação da norma já existente, mas também da sua criação, como exercício de uma função política e determinadora dos rumos políticos do país.

2.4. A desvalorização do Poder Legislativo

Dentre os três poderes institucionalizados, o Legislativo era o de maior destaque, tanto nas obras de teóricos como Montesquieu, Locke e Kant, como na prática, a partir do surgimento do Parlamento. A disposição dos artigos que disciplinam os Poderes na Constituição da República Brasileira de 1988 também permite perceber esta ideologia, vez que o primeiro a ser disciplinado na Organização dos Poderes (Título IV) é o Poder Legislativo.

No entanto, ele perdeu espaço e prestígio na cena política, o que é atribuído, em boa parte, ao seu sistema de trabalho, fundado em debates, que se protraem no tempo e nem sempre chegam à conciliação e uma solução (CAGGIANO, 2004, p. 4)[7]. Além da demora em responder as demandas sociais e da configuração do diálogo, que muitas vezes, não aponta saída alguma para os problemas, há também o fato de os trabalhos serem públicos e prejudicarem a aprovação do que importa sigilo para ser discutido (FERREIRA FILHO, 2011, p. 302-303).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 35-37) atribui ao que chama de "falência" dos Parlamentos a crise da própria lei, que se traduz na multiplicação desenfreada das leis, que as leva à transitoriedade e incompletude, fazendo com que elas inspirem cada vez menos respeito, além de comprometer a segurança das relações sociais, principal mérito do direito escrito.

Segundo o autor, a falência parlamentar é indiscutível, assim como o prejuízo ao bem comum. Uma vez que os Parlamentos não conseguem atender às demandas sociais a tempo e a contento, em parte em função das próprias normas que regem seus trabalhos, permitindo a ocorrência de manobras e delongas que retardam ainda mais as deliberações, os projetos se atrasam, o que é tido pela opinião pública como a única causa dos males anotados pelo povo.

Além disto, o modo de escolha de seus membros faz com que sejam "[...] pouco frequentados pela ponderação e pela cultura, mas extremamente sensíveis à demagogia e à advocacia em causa própria. Os interesses não têm dificuldade em encontrar porta-vozes

[7] A respeito disto, Assis Brasil (1896, p. 204) já adiantava que, embora um grande número de representantes não fosse condição para um bom resultado, notava-se uma tendência, em todos os países representativos, de se alargar e nunca de diminuir o número de representantes eleitos pelo povo. E isto era condenado por ele, uma vez que "[...] *quanto mais cresce o numero de representantes tanto mais o poder é realmente exercido por poucos.* O ruído, a confusão, a difficuldade de obter occasião de falar e seu ouvido, a impossibilidade de discutir bem e de bem votar annullam completamente a acção dos representantes possuidores de temperamento menos ardente e proporcionam a poucos expertos meios hábeis de fazer passar tudo quanto lhes convem." (Itálicos e grafia do original)

eloquentes, o bem comum nem sempre os acha." (FERREIRA FILHO, 2012, p. 37) Fica, assim, visível o desprestígio técnico e moral a que está submetido o Legislativo atual.

Diante deste cenário, alguns autores buscam estudar os motivos da paralisia legislativa e as possibilidades diante dos novos desenhos institucionais, na busca de resgatar a função legislativa dos Parlamentos e a sua importância no âmbito da Separação dos Poderes.

Segundo Fabiano Santos (2003, p. 205-206), a razão desta paralisia do Poder Legislativo está na falta de institucionalização, causada pela falta de especialização dos membros do Congresso Nacional, vez que os parlamentares não investem em suas carreiras, deixando-se seduzir pelos cargos do Poder Executivo, que lhes proporcionam melhores oportunidades de intervir no processo decisório. Além do próprio problema da falta de parlamentares de carreira, isto também faz com que o Legislativo fique cada vez mais dependente das informações geradas pelos órgãos especializados do Poder Executivo.

Tudo isto faz com que o Poder Legislativo brasileiro entre em um processo de encarceramento ou travamento, assim descrito por Santos (2003, p. 206):

> O Legislativo brasileiro se encontra diante de um "processo de encarceramento ou travamento" (*locked-in process*). Não consegue institucionalizar-se, porque os incentivos à carreira dos deputados apontam para o Poder Executivo como o lócus privilegiado para a intervenção em decisões públicas relevantes, e, ao mesmo tempo, o perfil de carreira não contribui para manter os políticos no Congresso, pois este não está suficientemente institucionalizado, para o que seria necessário que os parlamentares investissem exclusivamente na carreira política.

Para José Murilo de Carvalho (2010, p. 219-220), a desvalorização do Legislativo no Brasil é resultado da inversão da implantação dos direitos fundamentais no país. Segundo ele, aqui foram implantados primeiro os direitos sociais, o que ocorreu em um período de supressão dos direitos políticos e redução dos direitos civis e pelas mãos de um ditador que se tornou popular. Posteriormente, foram implantados os direitos políticos, de uma forma classificada pelo autor como bizarra, porque a expansão do direito de voto ocorreu em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política atuaram de forma meramente figurativa. E, ainda hoje, alguns direitos civis, que deveriam ter sido outorgados ao povo primeiramente, continuam inacessíveis à maioria da população, provocando uma inversão da pirâmide dos direitos.

Na sequência inglesa, ao contrário do Brasil, havia uma lógica que reforçava a convicção democrática, pois as liberdades civis vieram primeiro, garantidas por um Poder

Judiciário independente do Executivo. A partir do exercício das liberdades, expandiram-se os direitos políticos consolidados pelos partidos e pelo Parlamento, para, finalmente, por meio da ação dos partidos e do Legislativo, regulamentarem-se os direitos sociais, que foram postos em prática pelo Executivo. Percebe-se que a base de tudo eram as liberdades civis e que a participação política era destinada, em boa parte, a garantir a sua existência e exercício.

Assim, enquanto em outros países o uso dos direitos políticos servia à consolidação e garantia dos direitos civis, no Brasil, eles não tiveram o mesmo peso, uma vez que os direitos sociais, considerados como grandes conquistas, foram "dados" ao povo antes mesmo de este ter pleno acesso ao direito ao voto. E o foram pelo Executivo, em períodos ditatoriais, em que o Legislativo estava fechado ou era apenas figurativo, criando-se a imagem da centralidade e maior importância do Poder Executivo para grande parte da população.

Por isto, as consequências desta inversão sobre a organização dos Poderes foram, de um lado, a excessiva valorização do Poder Executivo, pois "O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se" (CARVALHO, 2010, p. 221), e, de outro, a desvalorização do Legislativo, despertando cada vez menos interesse da população, seja por suas eleições, por seu funcionamento ou mesmo por seus membros.[8]

A falta de institucionalização e especialização dos parlamentares, associada à imagem de ineficiência e dispensabilidade de seus serviços, somada às denúncias de corrupção, troca de favores e crescimento rápido e extraordinário de seus patrimônios, faz com que a população direcione ao Legislativo um enorme desprezo, desvalorizando-o como instituição, além de desacreditar totalmente os seus membros.

O desprestígio do Poder Legislativo junto à opinião pública é demonstrado por Caggiano (2013, p. 273), que, utilizando dados de pesquisa da Folha on line, indica uma verdadeira depreciação da classe política, vez que 40% dos eleitores avaliam negativamente o Congresso Nacional, 39% consideram regular a sua atuação, e apenas 15% o consideram bom ou ótimo.

---

[8] Quanto ao desinteresse popular pelo Legislativo, Carvalho (2010, p. 222-224) assevera que: "As eleições legislativas sempre despertam menor interesse do que as do Executivo. A campanha pelas eleições diretas referia-se à escolha do presidente da República, o chefe do Executivo. Dificilmente haveria movimento semelhante para defender eleições legislativas. Nunca houve no Brasil reação popular contra fechamento do Congresso. [...] O desprestígio generalizado dos políticos perante a população a população é mais acentuado quando se trata de vereadores, deputados e senadores. [...] O papel dos legisladores reduz-se, para a maioria dos votantes, ao de intermediários de favores pessoais perante o Executivo. O eleitor vota no deputado em troca de promessas de favores pessoais; o deputado apoia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais." (Os grifos foram incluídos)

O descrédito do Congresso Nacional também é demonstrado por Moisés (2010, p. 116), quando conclui seus estudos sobre a confiança dos cidadãos brasileiros na democracia constatando que muitas pessoas julgam este órgão dispensável:

> Não deveria surpreender, nessa situação, que o país seja um campeão de baixos índices de identificação partidária, de avaliação negativa do Congresso Nacional e de incapacidade dos eleitores de lembrar-se dos políticos em quem votaram nas últimas eleições. Nesse contexto, a experiência de práticas de corrupção envolvendo governos, partidos políticos e membros do Congresso Nacional, sem que meios institucionais de controle sejam percebidos como efetivos, ajuda a explicar a escolha que tantos cidadãos fazem de modelos de democracia "sem partidos" e "sem Congresso Nacional".

Desta forma, a desvalorização do Congresso Nacional brasileiro é inconteste, assim como o fortalecimento do Poder Executivo e, indiscutivelmente, do Poder Judiciário, a quem a população costuma direcionar as esperanças e cobranças por melhorias e efetividade na concretização de seus direitos.

O descrédito no Legislativo é um dos indicadores do descrédito da própria democracia e faz com que a população, ao ver a ineficiência das instituições democráticas, demonstre preferência por soluções à margem da lei e das normas democráticas (MOISÉS, 2010, p. 115), as quais podem referir-se ao retorno de governos autocráticos, ao apoio a lideranças carismáticas ou até ao próprio ativismo judicial ilimitado.

Esta desvalorização do Legislativo é, portanto, mais uma causa do ativismo judicial, até mesmo porque em sociedades onde as instituições democráticas funcionam, o controle de constitucionalidade – e o ativismo por ele propiciado – tornam-se desnecessários, sendo inapropriados, segundo o que concluiu Jeremy Waldrom (s/d, p. 1406).

Embora não se possa atribuir o crescimento deste fenômeno unicamente à inércia legislativa, é certo que esta é sim responsável por boa parte da legitimidade que a sociedade concede às decisões judiciais ativistas, elogiando-as. Em certos casos, nem é possível configurar uma inércia legislativa do ponto de vista técnico, haja vista não haver comando constitucional que determine a elaboração de norma para regulamentar o assunto – como no caso das decisões que reconheceram a união homoafetiva como constitucional – mas o desprestígio do legislador, em oposição à alta conta em que a população em geral tem os membros do Judiciário, também a levam a elogiar a atuação deste e criticar a daquele.

Mas é certo que, embora tenha consolidado o seu nome, a atribuição legislativa não é a única que o Poder Legislativo desempenha e, por isto, a falta de bom desempenho nela não

deveria conduzir a críticas massivas à sua atuação. Vera Grillo (2000, p. 25), utilizando-se das lições de Maurice Duverger, informa que a função legislativa não se resume à produção de leis. "Ela transcende esse aspecto: é o controle dos atos do executivo e tem, ainda, funções jurisdicionais."

Por isto, o travamento do Legislativo brasileiro, com o comprometimento da atribuição de legislar, não significa o travamento de todas as suas funções. Também pelo mesmo motivo, o resgate da atividade legislativa não implicará, necessariamente, o resgate de seu prestígio. Como informa Fabiano Santos (2003, p. 207), de acordo com uma abordagem funcionalista, "O Poder Legislativo cumpre diversas funções nas democracias contemporâneas. Entre estas se incluem: o recrutamento da elite, a elaboração de políticas públicas, a legitimação do regime, a expressão de interesses e a formação e fiscalização do governo."

Além disto, o Parlamento é o órgão representativo por natureza, já que esta foi a primeira de suas funções, aquela que motivou o seu surgimento histórico. Por isto, ele também é o espaço próprio para a participação política (CAGGIANO, 2004, p. 10).

Quanto a isto, já dizia Assis Brasil (1896, p. 197), que "[...] a primeira condição de um bom congresso é representar fielmente a opinião nacional.", acrescentando que apenas um congresso onde todas as opiniões têm voz é capaz de produzir uma lei adequada, que exprime a média do sentimento nacional, e que somente quando uma lei com esta qualidade é executada, é que o povo tem o governo que merece.

A história do Parlamento como instituição, bem como dos seus membros como representantes do povo, confunde-se com a história do Parlamento inglês. Segundo narra Hanna Fenichel Pitkin (2006, p. 18-24), a palavra representação era utilizada inicialmente, nos séculos XIII e XIV, para caracterizar objetos inanimados e imagens, somente passando a ser utilizada para designar a atuação de uma pessoa por outra nos séculos seguintes.

Concomitantemente a esta evolução linguística, ocorreu a própria consolidação da figura dos membros do Parlamento, compostos por cavaleiros e burgueses, como representantes de suas comunidades. Inicialmente, eles atuavam como autoridades que assumiam, em nome dos membros de suas comunidades, a obrigação de pagar os impostos cobrados pelo rei e, posteriormente, passaram a ser utilizados pelas comunidades também como um meio de apresentar suas queixas ao rei.

Aos poucos, os membros do Parlamento foram sendo reconhecidos como pessoas capazes de promover o interesse de suas comunidades, bem como de comprometê-las, sobretudo com o pagamento de tributos e, ao identificar semelhanças entre as reivindicações de

suas comunidades com as daquelas representadas por outros membros, passaram a se unir e atuar conjuntamente, reconhecendo-se como um corpo único. Passaram, a partir daí, a ser realmente chamados "membros" do Parlamento e reconhecidos como representantes políticos.

O próprio Parlamento que, de início, reunia-se esporadicamente, atendendo a chamados do rei, consolidou-se como instituição e passou a ser permanente, com membros efetivos, eleitos ou designados para a função própria de representar. Como consequência da atuação dos representantes como um corpo unificado, consolidou-se a ideia de que, embora eleito por sua comunidade, cada membro do Parlamento atuaria para a nação como um todo.

Esta unificação dos representantes e institucionalização do Parlamento ocorreu, segundo Pitkin (2006, p. 22-23), entre os séculos XIV e XVII, por meio de um processo gradual de reconhecimento dos representantes como tais e de identificação de suas funções.[9]

E a institucionalização do Parlamento inglês serviu não apenas à consolidação do órgão como instituição política, mas também para a consolidação de uma oposição válida ao rei, capaz de reivindicar os direitos e interesses de pessoas que até então não tinham tido qualquer oportunidade de participar do poder. (LOEWENSTEIN, 1970, p. 59-60)[10]

---

[9] Do século XIV ao século XVII, houve um desenvolvimento gradual da ação unificada de cavaleiros e burgueses no Parlamento. Eles descobriram que tinham queixas comuns, e começaram a apresentar petições comuns, em vez de apresentar apenas petições separadas. Eles passaram a ser chamados de "membros" do Parlamento. Essa ação conjunta avançou passo a passo com uma consciência crescente de si mesmos como um corpo único. Os parlamentos duravam mais, os membros eram reeleitos e, assim, passavam a conhecer uns aos outros e a trabalharem juntos. Sua ação conjunta frequentemente era em oposição ao Rei, e, agindo como uma corporação, eles encontravam força para oporem-se ao Rei. [...] No século XV, à medida que os Comuns passaram a atuar como um corpo unificado, os membros do Parlamento ocasionalmente eram mencionados como, em conjunto, "procuradores e delegados de todos os condados (...) e de todas as pessoas do país" (Chrimes, 1936: 131; a citação é de 1407). Eles começaram a se ver, e a serem vistos, como aqueles que "vinham pela comunidade do lugar" [...] Essa ideia ainda é compatível com a visão segundo a qual cada membro fala por seu distrito particular; o grupo, assim, erige-se no equivalente de toda a nação. A elaboração adicional de que cada membro do Parlamento atua para a nação como um todo veio ainda mais tarde. Esse princípio foi reconhecido no início do século XVII [...]

[10] Nas palavras do próprio autor: "Solamente en Inglaterra, el parlamento se elevó a la categoría de separado e independiente detentador del poder, representando los intereses financieros y territoriales. Sin estar totalmente dominadas por la corona y en frecuente oposición a ella, estas capas sociales aspiraron a una legítima participación en el proceso del poder. En virtud de un sabio autocontrol, el parlamento, como institución, superó el período del despotismo de la familia Tudor. De nuevo por razones totalmente determinadas por el ambiente, el Parlamento triunfó finalmente sobre la prerrogativa real en la Revolución puritana y en la *Glorious Revolution*, elevándose al puesto de detentador central del poder en la nueva sociedad estatal, que quedó así convertida en <<constitucional>>." (Os destaques são do original)

Tradução livre: "Somente na Inglaterra, o parlamento subiu para o posto de titular do poder separado e independente, representando os interesses financeiros e territoriais. Sem estar totalmente dominadas pela coroa e em frequente oposição a ela, estas camadas sociais aspiraram uma legítima participação no processo de poder. Em virtude de um sábio autocontrole, o parlamento, como instituição, superou o período do despotismo da família Tudor. Mais uma vez, por razões totalmente determinadas pelo ambiente, o Parlamento finalmente triunfou sobre a prerrogativa real na Revolução Puritana e na Revolução Gloriosa, subindo para a posição d e detentor central do poder na nova sociedade estatal, que foi, assim, convertida em <<constitucional>>."

Para fins de esclarecimento quanto à data dos eventos narrados por Loewenstein, a Revolução Gloriosa ocorreu no Reino Unido, de 1688 a 1689.

A unificação dos membros do Parlamento como representantes de toda a nação consolidou o mandato representativo, idealizado por Sieyés (FERREIRA FILHO, 1979, p. 11), em oposição ao mandato imperativo, semelhante ao do direito privado e praticado até a Revolução Francesa (SOUSA, 1971, p. 7). Assim, os parlamentares, ao representarem toda a nação e não apenas determinados eleitores que os escolheram, passaram a poder deliberar livremente, atendendo apenas a suas consciências e dizendo sempre o que era melhor para o todo, ainda que isso fosse contrário à vontade dos que os elegeram, pois não tinham a obrigação de atender a orientações dos mandantes. O mandato representativo é mantido até hoje e é por isso que, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1979, p. 12), os representantes não recebem instruções dos eleitores e não têm que lhes prestar contas quanto ao que decidem.

Para Loewenstein (1970, p. 60), a invenção ou descoberta da técnica da representação foi decisiva para o desenvolvimento político do Ocidente e do mundo, pois foi esta técnica que possibilitou a instituição do Parlamento como um detentor do poder separado e independente do governo, permitindo o compartilhamento do poder, pois "Sin la introducción del principio de la representación, el poder político hubiese permanecido monolítico indefinidamente [...]"[11]

Segundo Assis Brasil (1896, p. 194-195), os primeiros parlamentos foram criados mais pela necessidade de administração, do que de legislação. Por isso, governavam e faziam leis simultaneamente, porque não havia a necessidade de legislar assiduamente, sendo mais relevante manter as regras escritas já existentes, livrando-as de usurpações e violências, do que aperfeiçoar a legislação. Somente quando os atentados tornaram-se mais incomuns, é que a representação do povo especializou-se no seu real destino, que era "declarar o modo pelo qual o povo quer ser governado e administrado, por outras palavras – fazer leis." E, a partir de então, os representantes do povo aperfeiçoaram mais suas funções, podendo passar a chamar seus congressos de Poder Legislativo.

Além disto, por sua natureza e até mesmo pela representatividade popular que lhe é inerente, o Legislativo também é caracterizado pelas deliberações, permitindo-se à sociedade não apenas se fazer representar, como também discutir amplamente as decisões políticas a serem tomadas.

O problema surge quando o Legislativo, que é órgão de representação popular e arena de discussão política por excelência, deixa de exercer tais atribuições, abrindo um vácuo ou simplesmente transferindo conscientemente a discussão para a esfera judiciária, deixando a

[11] Sem a introdução do princípio da representação, o poder político tinha permanecido monolítico indefinidamente [...] (Tradução livre)

cargo dos magistrados as decisões acerca da correção de políticas públicas ou a eleição de qual política a se realizar.

Quando as discussões não são levadas pelos próprios legisladores ao Judiciário, mas por outros agentes e há decisões judiciais que adentram a esfera política, o cenário não melhora muito. Isto, porque a mera aceitação dos resultados impostos pelo Judiciário, muitas vezes de forma pacífica e sem reações legislativas à altura, que promovam, por exemplo, a cassação de decisões políticas consideradas infundadas, impossíveis de concretizar ou incoerentes com os rumos políticos traçados para o país, o que se pode fazer por meio da edição de legislação em sentido oposto, tal qual exposto por Otto (1988, p. 303), já citado, também referendam a atuação do Poder Judiciário como agente político ao invés do Legislativo.

Isto, indiscutivelmente, dá causa ao ativismo judicial e o impulsiona, por consolidar a subversão de mentalidades acerca das funções legislativa e jurisdicional e do funcionamento das mesmas, conforme exposto por Horbach (s/d, p. 82-83), também já citado.

2.5. O Estado intervencionista

Por fim, aponta Elival da Silva Ramos (2010, p. 268-274) também como causa do ativismo judicial, sobretudo de seu impulso no Brasil, o modelo de Estado adotado desde a Carta de 1934: o Estado democrático-social de perfil intervencionista.

Este Estado, que se contrapõe ao absenteísta liberal é um Estado que tudo provê e que em tudo intervém. E tal intervenção quase universal é facilitada pela extensão do texto constitucional, que dispõe sobre quase tudo.

Segundo o autor, ao Poder Judiciário deveria caber, neste modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, talvez em virtude da própria desvalorização do Legislativo e da crise institucional própria do Presidencialismo, já expostos – opinião nossa – é fato que ao Judiciário direcionam-se, de igual sorte ou em maior grau, as expectativas e pressões sociais em busca da "mais célere possível consecução dos fins traçados pela Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras." (RAMOS, 2010, p. 271).

Em função disto, talvez em parte como causa, e em parte como consequência, mais uma vez confundem-se as mentalidades acerca do papel do Judiciário no cenário político e

aumenta-se a prática do ativismo judicial, novamente legitimado pela aceitação – e cobrança – da opinião popular.

Considerações Finais

O ativismo judicial é, sem dúvidas, questão de grande preocupação e discussão na seara política e jurídica. Mas, geralmente, os maiores pontos de debate são a sua legitimidade e validade, e seus pontos positivos e negativos.

Neste estudo, buscou-se, contudo, analisar as causas que permitem que este fenômeno ocorra, sobretudo no Brasil.

Constatou-se que uma grande responsável por sua ocorrência, senão a maior, é a estrutura das instituições políticas do país, bem como a natural crise que as permeia. Embora seja natural o exercício de funções atípicas pelos poderes, incluindo-se aí alguma atuação legislativa do Judiciário, a fim de dar concretude a normas que necessitam da equidade para que sua aplicação seja viabilizada, a estrutura presidencialista e a crise de credibilidade que aflige o Poder Legislativo abrem espaço não para uma atuação esporádica, mas para uma atuação judiciária ativista consistente e recorrente.

Ao desconfiar das instituições democráticas e das respostas – ou falta delas – dadas por estas às demandas sociais e aos apelos pelo cumprimento dos direitos fundamentais, a sociedade busca em meios, muitas vezes, pouco democráticos ou à margem da lei, a solução para seus problemas, incluindo-se dentre estes meios as decisões ativistas.

Este clamor popular, associado à extensão do texto constitucional, que sobre tudo dispõe, e ao formato do Estado, intervencionista e social, que tudo provê e em tudo intervém, legitimam, pelo menos aos olhos dos magistrados, a sua atuação ativista, permitindo-lhes estender, aplicar e interpretar as normas segundo princípios e técnicas muitas vezes mal traduzidos, para cumprirem exatamente o que desejam, mesmo que isto contrarie o texto legal expresso.

Isto causa uma confusão de mentalidades e atribuições, uma vez que se dirigem ao Judiciário questões políticas e decisões sobre políticas públicas sobre as quais não lhe cabe pronunciar e que ele não possui estrutura adequada para resolver, pois não é arena de debate político e não possui acesso ao orçamento público, por exemplo. Além disto, dá aos magistrados a noção de que são o último recurso da sociedade para ver a Constituição cumprida e que sua atuação se impõe, uma vez que estão subordinados ao princípio da inafastabilidade.

Desta forma, transforma-se uma atuação excepcional em regra, e o que é pior, sem garantias, posto não haver limites, pois, muitas vezes, a atuação ocorre justamente afastando os limites legais impostos.

Independentemente de se julgar positivos ou não os julgamentos ativistas, seus efeitos e consequências, a limitação à atuação judiciária é algo necessário, inclusive para preservar a democracia, que, embora não seja um regime perfeito, permanece o melhor que já foi possível estabelecer no Brasil. A Separação dos Poderes e a desconcentração do seu exercício buscou a eliminação do arbítrio e do autoritarismo, sendo dedutível que a sua desconsideração pode permitir o retorno deles.

Mas para isto, é necessário restabelecer a organização e a credibilidade das instituições políticas brasileiras, a fim de que elas realmente se tornem democráticas e consigam responder as demandas sociais, efetivando as funções para as quais foram idealizadas. Ausente o desvio da função, não haverá motivo para a população desviar também o caminho da busca de concretização de seus direitos e o agente ao qual recorrer para tal. E, controlando-se a crise institucional dos Poderes Políticos, certamente será possível diminuir a atuação ativista e controlar a crise que sua disseminação ilimitada vem provocando, porque certamente, neste caso, as crises não são apenas consequências, mas também causas do problema.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review.** v. 113, n. 3, jan. 2000. p. 633-727.

ASSIS BRASIL, J. F. de. **Do Governo Presidencial na República Brasileira.** Lisboa: Companhia Nacional Editora, 1896.

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

BOBBIO, Norberto [trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues]. O Positivismo Jurídico: **Lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. O cidadão-eleitor, jogador com veto no processo eleitoral democrático – aspectos polêmicos e peculiares do cenário brasileiro. Eleições gerais/2010. In: Instituto Victor Nunes Leal (org.). **A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito parlamentar e direito eleitoral.** Barueri: Manole, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. **Minnesota Law Review**, 2007, vol. 91, pp. 1752-1784).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira in **Revista de Direito Administrativo**, janeiro-abril de 2009, p. 151-167.

_____. **A democracia possível.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

GRILLO, Vera Terezinha de Araújo. **A separação dos poderes no Brasil:** legislativo x executivo. Blumenau: Ed. da FURB; Itajaí: Ed. da UNIVALI, 2000.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist:** a commentary on the Constitution of the United States. New York: The Modern Library, 2001.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos in **Revista dos Tribunais**, volume 859, p. 80-91.

KANT, Immanuel [trad. Edson Bini]. **A metafísica dos costumes.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. (Coleção Folha: livros que mudaram o mundo, v. 8)

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. **California Law Review**, 2004, vol. 92, pp. 1441-1477.

LOCKE, John [Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa]. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil:** ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 1999. (Coleção clássicos do pensamento político)

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOISÉS, José Álvaro. Democracia e Confiança: **Por que os Cidadãos Desconfiam, das Instituições Públicas?** São Paulo: Edusp, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de [trad. Pedro Vieira Mota]. **O Espírito das Leis** as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OTTO, Ignacio de. Derecho Constitucional: **sistema de fuentes**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1988, p. 284-303 (Cap. XIII. La creación de derecho por los jueces).

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. **Revista Lua Nova** (on line), São Paulo, 67, 2006. p. 15-47. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>. Acesso em 13.06.2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão.** Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Da Representação Política.** (Dissertação apresentada para concurso à livre-docência de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo, 1971. snt.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder:** uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review in *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406.