

DO MACRO AO MICRO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: CONTRIBUTOS PARA A LEGITI- MAÇÃO DEMOCRÁTICA DA MAGISTRATURA BRASILEIRA À LUZ DE PRÁTICAS JUDICIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU ESTADUAL[†]

André Reis Lacerda

Sumário: Introdução. Capítulo I – Conceituação, contextualização do ativismo judicial e breves notas sobre sua evolução para o entendimento prévio dos tipos de ativismo judicial praticados no Brasil. 1.1. Para uma conceituação prévia de macro e micro ativismos judiciais. 1.2. Noções gerais sobre constitucionalismo, separação de poderes e papel clássico da Magistratura. 1.3 Primórdios do ativismo judicial, referências às fases do ativismo norte americano e algumas notas sobre ativismo em diversas culturas mundiais. 1.4. Judicialização, ativismo judicial e autocontenção judicial. Capítulo II – Pré-compreensão e parâmetros de legitimação democrática da atividade judicial no Brasil. 2.1. Postura da Justiça brasileira pré e pós Constituição de 1988 em relação ao ativismo judicial: breve contextualização. 2.2. A exigência de legitimação do ativismo no Estado Democrático de Direito brasileiro: peculiaridades. 2.3. A atividade contramajoritária e riscos de uma hegemonia judicial. 2.4. Limites da capacidade institucional e riscos de efeitos sistêmicos. 2.5. Parâmetros gerais para a legitimidade do ativismo judicial brasileiro: contributos. 2.5.1. Legitimação constituio-

[†] Relatório apresentado na disciplina de Direito Constitucional, sob regência do Professor Doutor Jorge Reis Novais, como requisito parcial para habilitação no Mestrado Científico em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com extensão na ESMape – Escola da Magistratura de Pernambuco-BRASIL, ano letivo 2011/2012.

nal ou decorrente do desenho institucional. 2.5.2. Legitimação pelo acesso à Justiça. 2.5.3. Legitimação pela forma de investidura. 2.5.4. Legitimação por deliberação e fundamentação. 2.5.5. Legitimação pela transparência, controle e publicidade. 2.5.6. Legitimação pelo procedimento. 2.5.7. Legitimação pela função política e social do magistrado. 2.5.8. Legitimação pela participação popular no processo. Capítulo III – O macroativismo judicial brasileiro e sua legitimidade. 3.1. Macroativismo e suas peculiaridades. 3.2. Os vários macroativismos praticados pelo Tribunais brasileiros em geral, CNJ, STF e Associações de Magistrados: compatibilização com os contributos legitimadores. 3.3. Exemplos de cunho macroativista praticados pelo STF: casos emblemáticos e jurisprudência. 3.4 Casos emblemáticos de macroativismo social praticado pelas associações de magistrados. Capítulo IV – O microativismo Judicial Brasileiro e sua legitimidade. 4.1. Microativismo e suas peculiaridades. 4.2. Tipos de microativismos possíveis praticados individualmente pelos magistrados de primeiro grau estadual com potencial de legitimação social. 4.3. Discussão da legitimidade de casos concretos de microativismo: controle difuso de constitucionalidade por juiz de primeiro grau que, posteriormente, alçaram o STF. 4.4. Caso emblemático e particular de microativismo social que se transformou verdadeiro exemplo de macroativismo: os Centros de Pacificação Social – modelo estimulado pelos Núcleos de Resolução de Conflitos judiciais do CNJ. Conclusões. Bibliografia. Referências de sítios eletrônicos.*[‡]

* Indicações de redação e leitura: O presente Relatório, apresentado como requisito parcial para habilitação no Mestrado Científico em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa foi redigido consoante os padrões convencionados no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, aos 16 de Dezembro de 1990, por Portugal, Brasil, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau, Moçambique e, posteriormente, por Timor Leste. No Brasil, o referido Acordo foi devidamente aprovado no Decreto Legislativo nº 54, de 18 de Abril de 1995. Neste sentido, objetiva-se justificar, a guisa de exemplo, algumas diferenças em relação ao uso do hífen, acentuação de palavras, fusão de

determinados termos, não utilização de trema, dentre outros.

Importante considerar, em adendo, que o objetivo de citado Acordo trata-se, na verdade, de mera tentativa de homogeneização de referências ortográficas nos países que utilizam-se da língua portuguesa como idioma oficial, em função da globalização e também numa tentativa própria de facilitar a comunicação entre os povos. Daí, não se descarta a existência própria de diferenças e nuances específicas a cada país que se utiliza da 'língua de Camões'. Neste aspecto, optou-se neste relatório por utilizar o padrão brasileiro da língua portuguesa, tanto pelo curso ter sido ministrado na Escola da Magistratura de Pernambuco – Brasil, quanto por tal opção ter sido devidamente franqueada pelo coordenador professor Doutor Fernando Araújo, quanto pelo professor Doutor regente desta matéria própria do mestrado em Direito Constitucional.

Esclareça-se, por oportuno, que optou-se por elaborar, em separado, lista de abreviaturas e siglas para se evitar repetições desnecessárias e não aconselháveis quanto ao significado de siglas utilizadas ao longo do texto.

Quanto às obras consultadas, bem como em relação às referências bibliográficas, as mesmas referem-se exclusivamente ao material publicado até a data de apresentação deste relatório escrito, qual seja, novembro de 2012.

Em relação às citações de rodapé, seguiu-se o seguinte padrão: a primeira citação inclui referências completas a autor, título, editora, local data de publicação, com eventual citação de página quando a citação envolver trecho destacado especificamente e sem citação de página quando evocar apenas uma ideia genérica que reflita de certa maneira um pensamento ou expressão notória do autor. As citações da mesma obra que se seguem destacam apenas uma abreviação referencial quanto ao autor, início do título, com referência à edição citada ao final na bibliografia e, eventualmente citando a página específica quando for o caso de citação literal. Todas as citações específicas das obras e de autores de referência foram feitas em notas de rodapé, sendo devidamente dispostas segundo critério numérico ascendente.

Quanto às citações jurisprudenciais, adotou-se o modelo brasileiro de citação por referência de tipo de recurso processual, numeração, data de publicação no Diário da Justiça (quando houver) e eventual indicação do sítio eletrônico do Tribunal próprio. Quanto à pesquisas de programas e práticas diversas em órgãos, institutos e outros por meio da internet, optou-se por fazer a indicação do site com a indicação do dia do acesso.

A bibliografia final contém uma referência mais detalhada de todas as obras citadas no texto, incluindo as editoras, referência a tradutor quando se tratar de obra estrangeira traduzida em se tratando de monografias, bem como, em se tratando de coletâneas, indica o título do artigo, inserido na obra em que está inserida, com indicação da página específica na própria nota de rodapé.

* Lista de abreviaturas e siglas: AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros / art. - artigo / ASMEGO – Associação dos Magistrados do Estado de Goiás / cfr. - conferir / CNJ – Conselho Nacional de Justiça / CPS – Centro de Pacificação Social / CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 / CRP/1976 – Constituição da República Portuguesa / EC – Emenda Constitucional / EUA – Estados Unidos da América / ENM – Escola Nacional da Magistratura / FGV –

INTRODUÇÃO



As discussões envolvendo o ativismo judicial no Brasil têm, frequentemente, ocupado parcela cada vez mais significativa das pautas sociais, discussões acadêmicas e também na mídia. Têm também acompanhado o crescimento das demandas processuais, bem como o alargamento do espectro de competências e da zona de influência do próprio Poder Judiciário nacional como um todo, quando considerado em relação aos demais Poderes da República.

Mais do que uma demonstração de tendência 'proativa' de alguns juízes ou da magistratura considerada institucionalmente, seja na interpretação alargada dos comandos constitucionais, promoção de transformações sociais ou valendo-se de mecanismos de desburocratização da entrega da prestação jurisdicional, grosso modo, a postura ativista, por vezes é confundida com uma ausência de critérios rígidos e definidos para se prolatar decisões judiciais.

A este propósito, muitas vezes até atribuiu-se a este fenômeno uma pecha de verdadeira ingerência indevida do Poder Judiciário em assuntos não afetos à uma 'sua função típica'. Deveria, assim, o Judiciário, segundo uma parcela da doutrina, se ater, tão somente, aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, resolvendo os conflitos de interesses que não esbarrem em assuntos, em tese, cabíveis à esfera da 'política majoritária' – ou seja, a serem decididos por órgãos ou Institui-

ções ungidos por uma pretensa 'legitimidade política e/ou popular'.

Como é curial, o ativismo judicial não se trata de novidade. Se considerado em parâmetros mundiais, muitas discussões envolvendo este fenômeno já tomaram corpo. A este propósito são os exemplos de teorias oitocentistas clássicas sobre Separação de Poderes e estudos seminais vinculados no direito norte americano com base no '*Common law*', a pretexto da doutrina sobre o '*Judicial Review*', propugnada desde o célebre *case Marbury v. Madson* e com prática capitaneada pelo *Chief Justice J. Marshal* em 1803. De lá para cá, os estudos sobre esta temática expandiram-se na proporção do incremento da cultura de 'demandização', em que todo o tipo de questões são levadas à apreciação na esfera judicial. E, nesta mesma perspectiva, somente se incrementaram as discussões sobre a matéria que passaram a envolver gama extensa de assuntos correlacionados como: 'judicialização da política' e 'politização do Judiciário', 'limites e parâmetros dogmáticos' da jurisdição constitucional, 'discrecionalismo judicial', 'interpretação *versus* criação judicial do direito', 'passivismo e autocontenção judicial', 'limites da capacidade institucional do Judiciário', dentre inúmeros outros conceitos. Ainda, assomam-se a esta pauta a temática própria sobre a 'legitimação democrática do controle de constitucionalidade', 'legitimação das decisões judiciais' em geral e da própria função desempenhada pelos juízes.

Em geral, é bom que se ressalve, a maioria dos países que adotam um desenho institucional de Estado Constitucional e Democrático de Direito, seja no modelo americano de culto aos precedentes, seja em relação ao sistema jurídico de família romano-germânica, as decisões judiciais são entendidas em uma conjuntura de decisões complexas em que o Judiciário, caso chamado a se manifestar, não pode simplesmente se desincumbir de tal tarefa. Precisa dar uma resposta adequada e justificada racionalmente, sobretudo nos países que adotam o regime

do '*non liquet*' e/ou princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, como é o caso brasileiro. Ademais, deve-se sempre levar em consideração os parâmetros de todo um arcabouço jurídico, em relação aos quais também estas decisões não podem se afastar.

No limite, entende-se que, para figurar neste conceito, as referidas decisões devam primar por tornar efetivos os dispositivos constitucionais, mesmo que, para tanto, tenham que contornar por colmatação ou integração a falta de regras jurídicas infraconstitucionais específicas. Isto, sobretudo considerando o caráter principiológico e a textura aberta desta espécie normativa superior, numa concepção sempre sistemática, sem que, com isso, se esteja falando necessariamente de 'inovação na ordem jurídica', 'transbordo' da função estatal judicial ou de falta de legitimidade dos magistrados para decidir sobre determinados temas que, *ab initio* e já em tese, seriam infensos à apreciação judicial.

Trazendo a questão para o Brasil, mormente após o período de redemocratização pós ditaduras militares e de promulgação da Constituição Federal de 1988, ressalta-se que grande parcela da doutrina discute sobre uma postura nitidamente ativista por parte do Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça e de vários outros órgãos do Poder Judiciário. Tal avaliação tem por pressuposto as posturas institucionalizadas de Tribunais, associações e unidades judiciárias isoladas ou, até mesmo, o perfil individualizado de muitos magistrados, desde os que ocupam posição cimeira nos órgãos de cúpula de caráter jurisdicional ou administrativo, até os juízes das instâncias singelas, que atuam no *front* do primeiro grau de jurisdição – base da magistratura.

A este aspecto, a literatura mundial e mesmo brasileira, de há muito debatem-se sobre este tão polêmico fenômeno que se cunhou de 'ativismo judicial', pondo em causa a questão quanto aos limites das decisões judiciais, seja sob enfoque pró-

prio quanto aos parâmetros do controle de constitucionalidade ou mesmo quanto *locus* adequado para se tratar questões complexas, antes tidas como sindicáveis apenas na esfera da 'arena política'. A par da imensa gama de trabalhos já produzidos, vislumbra-se ainda a necessidade de se oferecer mais alguns contributos teóricos, e em uma perspectiva relativamente inovadora, em que se pretende conferir maior legitimidade democrática ao ativismo judicial praticado pelos mais diversos órgãos jurisdicionais brasileiros.

Assim é que o objetivo do presente estudo, de forma abrangente e sem pretensão de esgotar-se o tema, posto que trata-se apenas de relatório como requisito parcial de avaliação para este programa de mestrado, em que busca-se trazer alguns conceitos básicos, contextualizá-los, fazer alusão à algumas notas explicativas sobre a evolução deste fenômeno em outras partes do mundo e a breves referências históricas antes de se chegar no desenho institucional encontrável no Brasil. Na sequência, analisar quanto às temáticas correlatas envolvendo a matéria, calcando os contributos de legitimação democrática nas práticas ativistas correntes, bem como demonstrar a ocorrência de tipos específicos de ativismos como o 'macroativismo' e o 'microativismo', que aqui intenta-se criar conceitos próprios – visto até mesmo que não se encontrou paralelo na doutrina.

No Capítulo I, faz-se um ampanhado geral com breves digressões contextualizantes para que se possa, já de início, conceituar o que sejam os tipos denominados 'macro e microativismo judiciais', partindo-se de uma visão geral ou 'macro' que corresponderia às ações dos Tribunais e magistratura enquanto instituições, até se chegar nas ações particularizadas e 'micro', considerando-se as ações pontuais de órgãos jurisdicionais isolados e da própria figura do juiz analisado individualmente. Ao depois, faz-se necessário, sem a pretensão de se construir toda uma cadeia histórica evolutiva, fazer referência a

temas importantes para o entendimento basilar da matéria, como o constitucionalismo, a separação de poderes e ambiente em que surgiu e se desenvolveram as teses sobre o ativismo judicial em outras partes do mundo. Finaliza-se esta primeira parte com um apanhado geral sobre demais conceitos propedêuticos como o do próprio fenômeno do 'ativismo', 'judicialização da política', 'politização da Justiça' e 'autocontenção judicial', de modo a se permitir uma contextualização teórica e demonstrar-se em que ambiente o ativismo se desenvolveu e continua se desenvolvendo para, só então, buscar os contributos propugnados no tema central.

Já no segundo Capítulo, adentra-se propriamente nas condições encontráveis para o desenvolvimento ou não do ativismo no Brasil – tendo como parâmetro o marco histórico da promulgação da Constituição de 1988, assomando-se a algumas considerações prévias e gerais para uma justificativa de legitimação da função judicial tida como ativista no panorama nacional. Para tanto, algumas hipóteses são levantadas. O Judiciário brasileiro se comportava de maneira ativista antes da Constituição Federal de 1988 ou mantinha uma postura geral de autocontenção? Pela conformação do desenho institucional proposto pela Constituição Federal há a necessidade de legitimação da atividade típica do Poder Judiciário? A dita 'atividade contramajoritária' exercida pelo Poder Judiciário compatibiliza-se com o sistema do Estado Democrático de Direito? Há parâmetros mínimos que contribuam para uma maior legitimação democrática da atividade judicial, sobretudo no Brasil? Se sim, quais? O Judiciário deve atuar com consciência de limites de sua capacidade institucional e riscos de efeitos sistêmicos? Qual a postura que deve tomar o Judiciário brasileiro para evitar o transbordo destes supostos limites de forma a não gerar questionamentos invalidantes sobre sua legitimidade? Como pode, na prática, ser canalizada a participação cidadã para legitimarem-se as condutas judiciais eventualmente taxadas de

ativistas?

No Capítulo III, por sua vez, pretende-se adentrar diretamente nas especificidades do tipo denominado 'macroativismo', perspassando-se, já de pronto, pelos contributos genéricos e práticos para sua legitimação democrática. À guisa de referência para o objetivo propriamente do mestrado em Direito Constitucional, que tem como um de seus motes o estudo entre os diversos ordenamentos jurídicos, numa relação primeva entre Brasil e Portugal, tece-se algumas digressões e notas quanto a macroativismos no Direito comparado, sem, contudo, limitar-se apenas aos dois países referidos, mas, mais propriamente, trazendo-se breves exemplos esparços de práticas ativistas espaiadas mundo afora na contemporaneidade. Em outro momento, passa-se a relatar casos de macroativismos praticados institucionalmente por diversos órgãos brasileiros como o Supremo Tribunal Federal - STF, Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Tribunais outros como o Superior Tribunal de Justiça - STJ, Tribunal Superior Eleitoral - TSE e Tribunais Estaduais em geral, além dos praticados pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - ASMEGO. Tudo, com discussão de casos emblemáticos e contrapondo-se os referidos exemplos, sempre com as críticas necessárias sobre se os fatores próprios de legitimação deste tipo de ativismo compatibilizam-se ou não com o desenho institucional do Poder Judiciário brasileiro sob a égide do Estado Democrático de Direito propugnado por nossa Constituição Federal de 1988.

No último, qual seja o Capítulo IV, o objeto de investigação e os comentários especificam-se agora em relação ao 'microativismo' e os fatores contributivos para que tal espécie de conduta ativista se legitime democraticamente no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Também, relacionam-se tipos desta natureza com a necessária discussão sobre sua funcionalidade e riscos sistêmicos, abarcando as condutas dos magistrados con-

siderados pontualmente, sobretudo em sua base de primeiro grau de jurisdição. A par dos exemplos concretos, busca-se tangenciar questão bastante discutida e de interesse prático-social e político, além da necessária, mas singela, investigação científica, no que concerne ao binômio garantia de direitos tidos como fundamentais *versus* 'reserva do possível', numa perspectiva que tenta contrapor, mesmo que superficialmente, a realidade jurídica brasileira com a realidade portuguesa. Discorre-se sobre repercussões do microativismo judicial de caráter ou proposta social – caracterizando-se sua vocação para prática legitimante e, ao cabo, busca-se trazer à colação caso emblemático e particular de microativismo da Justiça brasileira no Estado de Goiás, que acabou por institucionalizar-se e se tornar exemplo de macroativismo: os CPS's - Centros de Pacificação Social.

Ao cabo, posteriormente ao Capítulo 4, expor-se-á singelo rol de conclusões, com vistas a sintetizar os resultados discutidos quanto às hipóteses sobre objetos de investigação levantados neste breve ensaio.

Quanto ao método científico utilizado, trata-se do técnico-jurídico, em que a investigação é exegética, dogmática e, sobretudo crítica de textos normativos, exertos doutrinários, discussões hauridas em sala de aula quando da apresentação oral dos relatórios, além de decisões jurisprudenciais e relatos de casos da atividade prática dos magistrados, devidamente selecionados. No que toca à pesquisa bibliográfica, a mesma é composta por monografias, manuais, capítulos e trechos de obras coletivas, artigos científicos de revistas e periódicos físicos e de sítios na rede mundial de computadores.

Por oportuno, as questões trazidas neste esboço, muitas vezes poderão não ser fonte de concórdia na doutrina. Entretanto, pretende-se, com tal trabalho, debater sobre a postura ativista dos juízes no sistema constitucional vigente no Brasil, levando-se em conta a efetivação de direitos fundamentais por

meio de uma leitura prospectiva da Carta Maior. Além do mais, questionar-se sobre a possibilidade de promoção de transformações sociais por meio da magistratura, de forma a demonstrar que as contribuições das espécies ou tipos de ativismo aqui tratados ('macro e microativismo'), descontados os limites e riscos existentes, permitem dizer que, de forma geral, caminha-se para uma maior legitimação democrática do Poder Judiciário – sobretudo focando-se na Justiça de primeiro grau.

CAPÍTULO I – CONCEITUAÇÃO, CONTEXTUALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL E BREVES NOTAS SOBRE SUA EVOLUÇÃO PARA O ENTENDIMENTO PRÉVIO DOS TIPOS DE ATIVISMO JUDICIAL PRATICADOS NO BRASIL

1.1. PARA UMA CONCEITUAÇÃO PRÉVIA DE MACRO E MICRO ATIVISMOS JUDICIAIS

Entender uma noção geral sobre as práticas ativistas brasileiras perpassa pela observação do desenho institucional entre os Poderes da República, com a conformação dada pela Constituição Federal de 1988, em uma perspectiva em que o Poder Judiciário assuma uma postura de sobrepujamento ou de 'proatividade' quando comparado às funções designadamente 'típicas' exercidas pelos demais poderes. Isto, seja levando-se em consideração a necessidade de se garantir direitos fundamentais¹, pela inércia renitente dos demais Poderes, seja por inter-

1 - Primeiramente, há que se ter em conta, como prescreve o professor Jorge REIS NOVAIS que a definição de 'direitos fundamentais' é relativizável, a depender do contexto e ordenamento jurídico a que está inserido. Veja-se, por exemplo que 'a Constituição Portuguesa consagra a cláusula aberta de direitos fundamentais (art. 16º, nº 1, da CRP)' e que existem também os ditos direitos fundamentais fora da própria Constituição. A toda a evidência, para uma caracterização do que se entende por direitos fundamentais Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra Editora, Lisboa, 2003. pp. 47-48.

ferência cada vez mais acintosa nos espaços tidos como próprios da 'política majoritária', a exemplo das demandas judiciais pela implementação de políticas públicas.

O termo 'ativismo judicial', por assim dizer, é equívoco, plurissignificativo, gerando controvérsias na doutrina. Depende da forma que se percebe o exercício da função jurisdicional e seus influxos, além do que, a caracterização como fenômeno de cunho positivo ou negativo, depende também da corrente teórica que se adote. De acordo com o professor Elival da Silva RAMOS, 'será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema do Poder Judiciário,'² mas sempre fazendo alusão sobre o espaço próprio de atuação da atividade judicial e se deve-se ou não respeitar-se determinados limites.

A par da necessária referência que se irá fazer sobre uma contextualização geral e evolutiva e também com viés comparatístico do ativismo, é bom que se diga, desde logo, que conceitos de 'ativismo judicial', 'judicialização da política', 'politização da Justiça', 'autocontenção judicial' e 'limites de capacidade institucional do Judiciário', dentro da realidade brasileira, acabam por imiscuir-se, gerando confusões terminológicas que precisam de algumas precauções iniciais. Assim, caberá neste primeiro capítulo apenas uma abordagem propedêutica sobre tais temas, de modo a permitir-se que sejam conceituados o 'macro e o microativismos judiciais', para que sejam minimamente contextualizados dentro de algumas breves notas históricas para, só então, desenvolver-se, em capítulos próprios, cada um dos temas propostos e com suas nuances específicas.

A princípio, a judicialização, ou como também é conhecida, 'judicialização da política', 'judicialização da vida', sugere a ampla expansão das atividades do Poder Judiciário para além da conformação atribuída classicamente a sua função. Tal

2 - RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed. Saraiva, São Paulo, 2010. p.104.

abrangência, grosso modo, se daria em virtude do desenho institucional decorrente do modelo constitucional adotado por determinado país. O Judiciário, então, seria chamado a manifestar-se (ou seja, provocado por meio de petição) sobre os mais diversos fatos da vida, ou, para fazer jus à denominação supracitada, também sobre fatos antes tidos como típicos 'da esfera política' ou que seriam comumente decididos nas 'arenas da política majoritária'³, sem que tal fato decorra de uma intenção manifesta de expansão deste poder, como uma decorrência natural de conjunturas históricas e de sistemas constitucionais adotados.

Sobre o ativismo⁴, de outra banda, apenas para mencionar algum de seus aspectos, dada a amplitude do tema, poderia-se se dizer que implica na percepção de que o Poder Judiciário incrementou, deliberadamente, sua esfera de competências com vistas a legitimar seu papel ou mesmo imiscuiu-se, de forma volitiva, na definição de políticas públicas ou garantia de direitos fundamentais, comportando-se de forma expansiva ou proativa na leitura da Constituição, sem que este Poder veja-se como ultrapassando supostas 'linhas demarcatórias da função jurisdicional'.

A autocontenção judicial – tendência de o Judiciário procurar reduzir seu leque de atuação perante os demais poderes (*judicial self-restraint*), em noção tradicional ou estreita da separação de poderes, até mesmo sob um fundamento ideológico-

3 - A referência à política 'majoritária' será comum no corpo deste trabalho, querendo exprimir as zonas de competências e/ou atribuições tipicamente afetas aos Poderes Executivo e Legislativo – que pressupõem a elegibilidade por meio sufrágio universal, regida pelo princípio majoritário, para que seus representantes assumam seus cargos.

4 - Para Elival da Silva RAMOS, a conceituação de ativismo implica em levar em consideração fenômeno extremamente amplo, 'por não se atrelar a um específico sistema jurídico, muito embora se revele mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação dos poderes.' Cfr. *Ativismo Judicial*...p.129.

co de positivismo clássico ou de manutenção do *status quo*.

Feitas tais considerações preliminares e não exaurientes, ressoa-se que já se pode adentrar primeiramente nos conceitos básicos e centrais do tema a ser desenvolvido, como 'macroativismo judicial, microativismo judicial e legitimidade' no sistema jurídico brasileiro para, em seguida, contextualizá-los, especificá-los um a um, trazendo uma base argumentativa mais consistente nos demais tópicos que se seguem.

Assim, por 'macroativismo judicial' deve-se entender a especificação da ideia central de ativismo judicial, numa perspectiva positiva e com a intenção deliberada de estender seu poder, sua competência, além do sentido e alcance quanto à interpretação de questões não expressamente prescritas na Constituição e nas leis por parte do Supremo Tribunal Federal - STF, Tribunais Superiores em geral, demais Tribunais e Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Associações de Magistrados do Brasil - AMB, para ficar nos exemplos mais característicos, sempre que se vislumbre um cunho 'institucionalizado' destas decisões ou práticas. Isto, como reflexo da 'voz' ou perspectiva de determinado segmento do Poder Judiciário, com âmbito de abrangência nacional, geral, regional, sem se ater aos particularismos de uma decisão isolada apenas ou atuação de um magistrado considerado individualmente. Como já sugerido, repita-se, pretende-se que signifique a visão e o '*modus operandi*' da Instituição como um todo ou de um dos segmentos da Justiça, entendida de modo compartimentada, assim como temos no Brasil as seguimentações da Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Tribunais Estaduais, separados ou não pelos diversos Estados da Federação.

De outra banda, por 'microativismo judicial' entende-se como sendo o reflexo das atitudes ou trabalhos individualizados dos magistrados, seja na concepção de membros isolados de uma Corte de Justiça (Tribunais em geral), representada pelo estilo e conteúdo de seus votos tomados de forma particu-

larizada, seja pelo perfil da justiça do caso concreto realizada pelo magistrado de primeiro grau, em sua atribuição própria em sua Comarca, ou mesmo vara de competência. Assim, considerando-se sua atribuição jurisdicional, em que é chamado a manifestar-se nos processos, seja, até mesmo nos trabalhos de cunho social praticados fora do gabinete⁵ junto à comunidade em que esteja inserido, utilizando-se da imagem criada do Poder Judiciário local, de forma a canalizar a participação popular para a reivindicação de políticas públicas, campanhas educativas, bem como para atividades que contribuam para a solução alternativa de conflitos sociais, evitando-se a judicialização de demandas, bem como contribuindo-se para a legitimação das práticas judiciais, ativistas ou não.

1.2. NOÇÕES GERAIS SOBRE CONSTITUCIONALISMO, SEPARAÇÃO DE PODERES E PAPEL CLÁSSICO DA MAGISTRATURA

Neste tópico, faz-se necessário tecer considerações, mesmo que breves, sobre as origens das teorias constitucionalistas que propugnaram a limitação precípua do arbítrio estatal – considerado na perspectiva absolutista, bem como situar uma concepção primeva sobre a doutrina da 'separação de poderes', com alusão ao papel clássico desempenhado pela magistratura, no plano internacional e local, para se entender o impacto das teo-

5 - Como é curial, no Brasil, centenas de magistrados hoje são até mesmo 'incitados' em cursos de formação e aperfeiçoamento judiciais, além de influenciados por doutrinas vanguardistas sobre o novo perfil que a sociedade espera da Justiça, para que adotem também tendências de cunho social – trabalhando com a comunidade fora do aspecto eminentemente jurisdicional – de modo a evitar-se a judicialização desenfreada de demandas como as medidas conciliatórias, promover conscientização de cidadania, com isso incrementando a credibilidade e legitimidade do Poder Judiciário – numa atividade entendida como 'proativa' e destoante da imagem típica que se tinha do papel do juiz, que, independentemente de não resvalar necessariamente no exercício 'típico' dos demais Poderes, nem por isto deixa de tratar-se verdadeira postura 'ativista' – entretanto, de cunho prático social.

rias e práticas ativistas, de forma a se viabilizar o desenvolvimento de seus fatores legitimantes no hodierno Estado Constitucional brasileiro.

Para o mestre FERREIRA FILHO, 'constitucionalismo' trata-se do 'movimento político e jurídico que visa estabelecer, em toda a parte, regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas'.⁶

O movimento constitucionalista que se quer aqui referir⁷, qual seja o do Estado moderno, por assim dizer, é tido como movimento historicamente referenciado, que partiu de uma concepção política, jurídica e cultural de feição liberal. No limite, além de estabelecer a ideia central de '*Rule of Law*' (Império da Lei) difundiu as ideias hauridas, sobretudo, nas Revoluções Francesa e Americana, além da Declaração de Direitos do Homem e cidadão de 1789, em que se pressupunham a limitação do Poder Absoluto e despótico dos monarcas e imperadores e estabelecendo-se rol positivado de garantias individuais a serem reclamadas quando se configurassem abusos por parte destes governantes. Prenunciava-se, desta forma, e neste momento histórico, uma teoria mais consistente sobre a necessidade de especificação e divisão efetivas das tarefas estatais, mesmo que tal conceito de separação, *a priori*, pudesse remontar à antiguidade clássica⁸.

6 - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 34, ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p.07.

7 - Destaque-se que além do movimento constitucionalista do Estado Moderno, pode-se vislumbrar a ocorrência de um constitucionalismo primitivo até 3.000 anos a.C; HELLER, Herman, *Teoria do Estado*, p. 318, *apud* BULOS, Uadi Lamego, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009. Herman Heller, *Constitucionalismo antigo até o séc. V, constitucionalismo medieval do séc V até o séc. XV* do qual ressei o exemplo da Magna Carta da Inglaterra de 1215 – com Rei João Sem Terra. BULOS, Uadi Lamego. *Curso de ...* p. 12.

8 - NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. 1ª ed. Editora Coimbra. Lisboa. 2011. p. 24. Segundo o eminente professor, no que tange à concepção liberal da divisão de poderes 'é possível encontrar manifestações históricas do princípio da divisão de poderes remon-

Até então, as Constituições não mereciam o destaque que vieram a tomar corpo após verdadeiras revoluções ideológicas que renunciaram sua Supremacia, decorrente de seus caracteres de rigidez e forma de interpretação a que foram submetidas, gerando, posteriormente, a base necessária para construção de teorias como a do 'controle de constitucionalidade' (*Judicial Review* nos países de *Common Law*) e sua 'força normativa'.

No que tange à divisão ou Separação dos Poderes propriamente ditas, a despeito da referência de que tal doutrina já tivesse sido tratada desde o período histórico referido, segundo o professor REIS NOVAIS: "o princípio vem adquirir no processo de luta do movimento constitucionalista liberal contra o Estado absoluto um cariz substancialmente novo. É que só agora se desenvolve e triunfa a ideia da divisão de poderes como especialização jurídica orgânica-funcional, isto é, como repartição, operada através do Direito, de cada uma das funções do Estado pelos seus diferentes órgãos"⁹.

E continua o ilustrado professor advertindo, segundo a concepção montesquieniana em *O Espirito das Leis*, que "a liberdade individual só ficaria protegida caso o poder não estivesse concentrado."¹⁰ Daí, merece a consideração de que, caso os poderes fossem distribuídos por vários titulares, representariam, cada um, uma resistência natural contra os abusos de seus respectivos titulares, do que decorreu a célebre doutrina dos 'freios e contrapesos' (*checks and balances*), deixando assente que *Charles Louis de Secondat – o Barão de La Brede e Montesquieu* – nunca propôs uma separação rígida e estanque entre os Poderes do Governo, porém, renunciou um equilíbrio entre os mesmos, que deveria pressupor independência e harmonia recíprocas.

Em que pesem tais considerações, a hegemonia do Par-

tando às doutrinas de Aristóteles e Platão, e também às práticas das magistraturas romanas ou conforme um Estado estamental.

9 - NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios...* p. 24.

10 - NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios...* p. 25.

lamento era patente, até mesmo por representar as concepções de seus representantes liberais que intentavam, além de querer fazer valer uma 'vontade geral' pela edição de normas vinculantes aos cidadãos, sobretudo, também, fazer com que os demais Poderes a ela se submetessem. Como é cediço, os Governos executivos, na sua tarefa administrativa, ainda representavam os riscos dos ranços autoritários, passando da irresponsabilidade dos detentores de poder de mando à necessidade de efetivação de um princípio de legalidade administrativa, além de um princípio igualitário, em que se combateriam 'a discriminação, os privilégios individuais e o arbítrio dos governantes'.¹¹

No que importa mais de perto ao nosso estudo, o Poder Judiciário, por antes se achar diretamente vinculado ao Poder Executivo, sendo os magistrados nomeados por Monarcas e Imperadores, como é o exemplo histórico da Revolução Francesa, geravam grande desconfiança nos representantes do Parlamento e sociedade, daí a concepção haurida da obra de Montesquieu, muitas vezes confundida, de que o juiz deveria ser o ser inanimado que apenas proferia as palavras sacramentais da lei (*la bouche de la loi*). Na realidade, ao invés da ideia de que o juiz não teria qualquer margem de interpretação ou discricionariedade, o que se queria era evitar-se pressões exteriores sobre a função judicante, dotando a magistratura de independência, somente possível se ela estivesse subordinada à lei, não podendo desviar-se de seus rígidos limites balizadores.

Assim, classicamente, à magistratura foi atribuída a função típica de solucionar os conflitos de interesses por meio da aplicação da lei, quando devidamente provocada a tanto e dentro de um sistema idealizado para lhe conferir imparcialidade. Progressivamente, porém, com a evolução da ideia de 'supremacia da Constituição', seu caráter principiológico, movimentos constitucionalistas e incremento de prerrogativas e garantias institucionais do Poder Judiciário como a independência e

autonomia, pôde-se perceber o conseqüente aumento de seu âmbito de atuação e competências. Tais foram as bases necessárias para a efervecência das práticas ativistas, a partir do modelo norte-americano de controle difuso de constitucionalidade¹², em que entende-se que a bitola da lei, ao menos numa perspectiva tradicionalista, foi ultrapassada para dar lugar à concepção judicial mais aberta e principiológica do que sejam o conteúdo e os objetivos das Constituições em geral.

1.3. PRIMÓRDIOS DO ATIVISMO JUDICIAL, REFERÊNCIAS ÀS FASES DO ATIVISMO NORTE AMERICANO E ALGUMAS NOTAS SOBRE ATIVISMO EM DIVERSAS CULTURAS MUNDIAIS

Chega a ser clássica já a ideia de que o termo 'ativismo judicial', independente de sua prática poder ter ocorrido anteriormente em outras partes do mundo,¹³ tornou-se mais conhe-

12 - O marco simbólico do referido controle é estampado pelo *law case Marbury x Madison* – julgado pela Suprema Corte Americana em 1803 - em que o *chief Justice* John Marshall declarou inconstitucional lei de 1789 em que Marbury – juiz então nomeado, mas não investido no cargo por John Adams (presidente derrotado por Thomas Jefferson e que queria manter sua influência política) se baseou para dizer que seu cargo deveria ser preservado. O Congresso deu apoio a Jefferson e extinguiu os cargos. E caso a Suprema Corte julgasse procedente a ação de Marbury – o presidente não iria cumprí-la, descredibilizando a força do Tribunal. Daí, Marshall declarou, de forma precursora e sagaz, a inconstitucionalidade da lei referida, pois atribuíra competência que estava fora dos limites traçados pela Constituição. Daí, exortou a Supremacia da Constituição e Poder judicial para dar a "última palavra". PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.90 e ss.

13 - Historicamente há referências de tendência judicial ativista desde o juiz francês Paul Magnaud 1840-1926 (*le bon juge*), dos Tribunais de Chateau-Thierry e de Paris – que se celebrou justamente por seu protagonismo judicial frente aos demais poderes da administração francesa em interpretação extensiva de excludentes de criminalidade ou 'atenuantes sociais', ao absolver uma jovem de 23 anos – Louise Menard – fazendo valer uma teoria de estado de necessidade ou absolvição por furto famélico, após a prisão da mesma, por ela ter furtado um pão para si e seu filho depois de 36 horas sem comer. O ativismo consistiu na utilização muito mais de 'juízos de equidade' em franca contraposição ao legalismo tipicamente positivista e

cido no âmbito do direito norte americano e lá tenha se dado o ambiente propício para seu cultivo e difusão. Tem-se que a expressão foi cunhada inicialmente pelo historiador Arthur SCHLESINGER JR em 1947¹⁴ em publicação denominada '*Suprema Corte: 1947*' na célebre revista americana de economia *Fortune*. Ali o ensaísta dizia da relevância de se saber sobre o posicionamento e ideologias que permeavam os votos de cada um dos *Justices* daquela Corte, vez que, descobrindo-se tais tendências, poderia-se ter 'um sinal da forma como o país seria conduzido no futuro'. Neste diapasão, despidendo mesmo demonstrar-se que já era digna de nota a influência das práticas judiciais na vida das pessoas. Tal concepção de ativismo judicial, segundo maioria da doutrina sobre o tema, representa a interpenetração e avanço da Jurisdição constitucional sobre o espaço da política majoritária e, neste aspecto, a referência às suas fases¹⁵ é de suma importância para entender-se o contexto em que se desenvolveu o referido fenômeno.

Em finais do século XIX e início do século XX, pelos estudos de natureza histórica do período entre guerras, é facil-

exacerbado da época. MARQUES, Luiz Guilherme: *Justiça da França – um modelo em questão*, São Paulo, LED, 2001.

14 - SCHLESINGER JR, Arthur. *A Suprema Corte:1947*. Revista Fortune, vol. XXXV, nº1. Jan 1947. p.75/78. Por este artigo, têm-se que o referido autor atribua conotação pejorativa ao termo ativismo judicial, ao tempo em que dividiu os *Justices* por tendências ideológicas, de modo a compartimentalizar suas concepções como ativistas em termos de direitos da liberdade (*Justices* Murphy e Rutledge); ativistas em questões econômicas (*Justices* Black e Douglas), juizes moderados (*Chief Justice* Vinson e o *Justice* Reed) e juizes que praticavam uma autorestrição em deferência aos demais poderes (*Justices* Frankfurter, Jackson e Burton).

15 - O estudioso Christopher Wolfe, elenca as fases do *Judicial Review* na história americana e que acabam por confundir-se com os estudos sobre o ativismo. Segundo ele, haveria uma 'era tradicional' (da promulgação da Constituição americana até o fim do século XIX com uma leitura conservadora do texto e forma moderada de revisão constitucional), 'era de transição' do final do séc XIX a 1937 em que uma prática ativista se destaca e 'era moderna' de 1937 – até a atualidade, em que o ativismo ganha ainda mais força e se acentuam seus estudos. WOLFE, Christopher. *From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: the transformation of judicial review in America*. In: *First Principles Series*, n.2, March 3, 2006.

mente perceptível que a Corte Suprema Americana praticava um ativismo judicial de caráter 'conservador', merecendo destaque a decisão nesta vertente a favor da continuidade da segregação racial no *case Dread Scott versus Sanford* em 1857. Tempos depois, tal tendência ainda se configurou na chamada Era *Lochner* ao invalidar as decisões progressistas do Congresso Nacional, sobretudo na área social. A título de exemplo, para se estimular a economia e ante o *boom* do liberalismo econômico e produção industrial com falta de demanda, que culminaram na quebra da Bolsa de Nova York e posterior política do *New Deal* – o Congresso Americano começou a posicionar leis limitativas de jornadas de trabalho (que antes atingiam patamares superiores a dez horas por dia) com nítido caráter social e a Suprema Corte, em contraposição, decidiu a favor de um direito fundamental à liberdade contratual no chamado caso *Lochner v. New York* – causando insatisfação no Governo daquele país.

Tais tipos de decisões acabaram por influenciar a política monetária do presidente à época, Franklin Delano Roosevelt, a ponto de gerar um temor na Europa quanto à forma que a Justiça Constitucional americana estava sendo conduzida, em verdadeiro prejuízo das referidas legislações de cunho social e podendo estremecer o comércio internacional, suscitando o que a crítica especializada veio a cunhar depois como risco de um 'governo dos juízes' ou 'juristocracia'.¹⁶

O questionamento então passou a ser sobre a vitaliciedade de 'real' ou efetiva¹⁷ dos juízes da Suprema Corte, fato que

16 - Tal conceito será devidamente explicado em tópico em separado, entretanto, vale a referência de estudos seminais sobre ativismo judicial pelo francês Eduard Lambert em que tal crítica foi apresentada. LAMBERT, Eduard. *La lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 2. ed. pref. Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005.

17 - À época, nos Estados Unidos, conduzidos para os cargos de Juízes da Suprema Corte, estes exerciam o cargo até o fim da vida e sem possibilidade de nomeação por parte do Presidente da República.

deixava o Congresso sem poder tomar alguma providência direta, sendo que, em reataliação às decisões judiciais, foi feita emenda Constitucional para que, encerrado o período de vitaliciedade de cada um dos integrantes da Corte, o presidente pudesse nomear os novos membros, o que gerou, até mesmo a visível mudança de posicionamento da Instituição como um todo em períodos subsequentes. Nesta medida, o ativismo judicial, somente veio adquirir realmente um caráter progressista, ao menos em tema de garantia de direitos fundamentais,¹⁸ a partir da década de 1950.¹⁹ A esta época, a Suprema Corte era presidida por Earl Warren, período celebrizado pelo *case Brown v. Board Education* em 1954, em que a segregação racial foi corajosamente proibida por decisão judicial em meio a uma cultura de acintoso preconceito. Entretanto, segundo os relatos históricos, estes dão conta de que tal decisão demorou cerca de dez anos para ser cumprida e efetivada. Assim, como preceitua o professor BARROSO,²⁰ por essa decisão e por várias outras

18 - Conforme referido em sala de aula no programa de Direito Constitucional ESMape/Universidade de Lisboa, os Tribunais Constitucionais desde de Kelsen na Austria, a partir de 1920 e com a ideia retomada depois da 2ª Guerra Mundial, seja na Itália, Alemanha, Portugal, Espanha questionam qual o real papel enfrentado pelas Cortes Constitucionais. O Tribunal Constitucional de Kelsen – não estaria ali para proteger os direitos fundamentais – o Tribunal deveria analisar a inconstitucionalidade orgânica e formal ou não. Entretanto, depois da 2ª Guerra há uma confluência destes dois mundos quanto à parte procedimental e quanto à parte substantiva – que depois tomou corpo – inconstitucionalidade formal com proteção dos direitos fundamentais. Ocorre que, neste diapasão, há o problema de definição do que sejam realmente direitos fundamentais, já que, por vezes também são veiculados por conceitos vagos/ indeterminados. Qual deveria ser o papel do Juiz Constitucional neste aspecto? São temas que merecem maiores digressões. Sobre direitos fundamentais cfr. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

19 - Sob a presidência do Juiz Warren – a Corte Burger promoveu verdadeira virada hermenêutica na Jurisprudência americana, notadamente em tema de direitos fundamentais – com o que o termo ativismo ganhou ainda maior destaque.

20 - São outros exemplos de decisões de caráter histórico e progressista por parte da Suprema Corte Americana os cases *Miranda v. Arizona* 1966 – a favor de direitos fundamentais em processos criminais; *Griswold x Connecuit* 1965 – a favor de proteger-se direitos de privacidade, dentre outros. BARROSO, Luis Rober-

paradigmáticas como *Gideon v. Wainwright* em 1963 (garantia de advogados para acusados em processos criminais), *Miranda v. Arizona* 1966 (direito a não-autoincriminação), *Griswold v. Connecticut* 1965 (direito à privacidade), o fenômeno do ativismo ganhou notoriedade, já que prescindiram da intermediação das instâncias majoritárias, o que gerou forte reação dos outros Poderes e de demais segmentos sociais culminando em uma conotação pejorativa²¹ do termo 'ativismo judicial'.

De lá para cá, o que se observou foi uma crescente influência desta tendência iniciada pela Jurisprudência americana e uma profusão de práticas ativistas e diversificação de desenhos institucionais, sobretudo nos países ocidentais centrados em sistemas democráticos. Os exemplos, aqui elencados apenas de maneira difusa, ainda segundo BARROSO, dão conta que: "no Canadá, a Suprema Corte deliberou sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense"²², o que, como se vê, representa decisão de caso difícil sobre os limites da soberania dos dois países. 'Na Turquia, a Suprema Corte preservou o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico',²³ o que denota que as questões de 'desacordos morais' ou também religiosos estão sendo judicializadas, numa tentativa de se coibir juridicamente os radicalismos. Em Israel, "a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da cons-

to. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In FELLET, Fernandes, André Luiz, DE PAULA, Giotti Daniel, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do Ativismo Judicial*. Editora Jus Podium. Salvador, 2011. p. 232-233.

21 - Por todos, BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In , FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo org. *As novas faces do Ativismo Judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. pp. 225 e ss.

22 - Barroso, Luís Roberto. *No mundo ideal, Direito é imune á política; no real, não*. Revista eletrônica Consultor Jurídico. <http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?> p. 4. Acesso em 10.07.2012.

23 - Barroso, Luis Roberto. *No mundo ideal...* p. 4.

trução de um muro na fronteira com o território palestino."24 Daí, soberania, religião, diplomacia, todos terrenos 'arenosos' e que geram bastante controvérsias foram levados para as Cortes, que manifestaram-se sob postura declaradamente ativista.

Em outro prisma, o ex juiz da Corte Constitucional Alemã, Dieter GRIM, tecendo considerações sobre os potenciais efeitos desta expansão judicial, comenta: "já faz algum tempo, a opinião pública alemã está tomada pela questão de se nas escolas públicas também deve ser ministrada aula de religião islâmica junto da católica e da evangélica (...)".25

Como se pode perceber, a doutrina sobre o tema é bastante variada ao comentar a participação ativa da magistratura em casos como estes, que têm gerado inúmeras controvérsias, na medida em que os limites da Jurisdição Constitucional ou mesmo do papel do Judiciário como um todo têm sido constantemente testados. Neste diapasão, TOURINHO LEAL,26 comenta que no ordenamento constitucional indiano há a previsão para que sua Corte Maior tenha competência para emissão de 'diretivas', que, segundo o autor "são mandamentos voltados à concretização da Constituição". Acrescenta com situações peculiares como no caso *Azad Rikschaw Pullers* em que se decidiu sobre o financiamento aos puxadores de riquixás (os veículos típicos indianos puxados por pessoas) pelo Banco Nacional de *Punjab*, sendo que as decisões judiciais – diretivas – tratam-se de 'mandamentos', verdadeiras 'sentenças aditivas', que chegam ao detalhamento até quanto a forma de se fazer o financiamento. Em outra diretiva, detalha-se ao ponto até mesmo de se "explicitar como os filhos de prostitutas devem ser educa-

24 - Barroso, Luis Roberto. *No mundo ideal ...*p. 4.

25 - GRIM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.p. 103.

26 - LEAL, Saul Tourinho. *A nova face da jurisdição constitucional brasileira*. In FELLET, Fernandes, André Luiz, DE PAULA, Giotti Daniel, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do Ativismo Judicial*. Editora Jus Podium. Salvador, 2011. p. 446.

dos". Ou seja, funcionam como verdadeiras regulamentações de caráter legislativo ou com potencialidade de inovar no ordenamento jurídico feitas pelo próprio Poder Judiciário daquele país. Portanto, com nítido caráter ativista.

No geral, percebe-se que a influência do ativismo americano realmente se espalhou mundo afora e continua a surtir efeito. Isto, sobretudo com as imbricações cada vez mais sutis da globalização, gerando uma tendência mundial sem precedentes no âmbito da cultura jurídica, sendo que tais práticas precisam de paradigmas melhor definidos. Basta lembrar que, não só casos peculiares como estes, como também outros da mais alta relevância político-social são trazidos à baila e gerando impactos para países inteiros e até com repercussões para todo o globo. Assim, é o emblemático caso referido por BARROSO sobre a relativamente recente eleição para Presidente dos Estados Unidos entre os candidatos *Bush versus Gore*, que foi decidida com base em decisão da Suprema Corte, em inquestionável postura ativista.

No Brasil, importa registrar, como será melhor detalhado, que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a postura judicial mostrava-se bastante tímida, insipiente e conservadora, num claro reflexo do ranço haurido dos períodos de 'hiato constitucional democrático' (ditadura militar). Ou seja, o país regia-se por Constituição escrita e sobretudo formal antes da atual CRFB de 1988. Entretanto, a influência do período ditatorial não permitia a pontencialidade efetiva participação cidadã como se vislumbra nos dias de hoje.²⁷

27 - Basta ressaltar o recente caso de iniciativa popular sobre a 'lei da ficha limpa' – Lei Complementar nº 135 – 2010 que, em franco exercício de soberania popular de democracia direta, com a mobilização de milhares de brasileiros, em atitude moralizante de luta contra a corrupção e impunidade, fez-se uso concreto do dispositivo constitucional do art. 61 §2º com apresentação á Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por mais de 1% (um por cento) do eleitorado nacional, distribuído por mais de 05 (cinco) Estados, e com mais de 0,3 % (três décimos por cento) dos eleitores de cada um. Cfr. www.fichalimpa.org.br. Acesso em 30/08/2012.

Neste sistema prévio, pode-se atestar que o país ainda ressentia-se de uma cultura de dependência judicial ao Executivo, em franco prejuízo ao princípio da 'separação e harmonia entre os Poderes' que, em tempos não muito remotos no Brasil, chegavam a nomear magistrados sem concurso público ou removiam-nos sob pressão de interesses do Governo. Em adendo, destacava-se a falta de independência do próprio Poder que vivia às voltas com a falta de orçamento²⁸ e estrutura física. Após a promulgação da 'Constituição cidadã', além da busca 'desenfreada' pelo acesso à Justiça, plasmou-se uma crescente cultura de fortalecimento de várias instituições democráticas a exemplo do Ministério Público, das Cortes de Contas, das Procuradorias de carreira, das Defensorias Públicas, corroborada à movimentação de vários organismos da Sociedade Civil que, a par de um novo desenho institucional que se moldava, impulsionaram uma nova postura da magistratura brasileira como um todo. Em curto espaço de tempo e em muitas ocasiões, a magistratura nacional passou a posicionar-se de maneira ativista, como nos dão conta paradigmáticas e recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

1.4. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E AUTO-CONTENÇÃO JUDICIAL

Em regra, todo trabalho que se propõe a analisar as nuances do fenômeno do ativismo judicial em determinado ordenamento jurídico não deixa de fazer menção às diferenças mais sutis entre ativismo judicial e judicialização 'da política' ou 'da vida', até mesmo porque, como desdobramentos de uma mesma realidade, geram dúvidas terminológicas e conceituais ainda não sanadas no presente ensaio e que precisam de maior espe-

28 - Ressalte-se que a despeito do crescimento exponencial das demandas e competências judiciais o orçamento do Poder Judiciário continua às voltas uma limitação a meros 6 % (seis por cento) da receita corrente líquida e que não é mesmo nem motivo de debate pelos Poderes Legislativo e Executivo.

cificação, valendo-se aqui de várias contribuições da doutrina.

A judicialização,²⁹ a princípio, vê-se como temática mais vinculada à questão da expansão da atuação judicial, decorrente de uma maior acessibilidade ao Judiciário e de acordo com o modelo institucional proposto em determinado ordenamento constitucional, geralmente de caráter principiológico. O Ativismo, de outra parte, veicularia, para além da mera conjuntura proposta no que tange à judicialização, uma postura proativa, um protagonismo do Poder Judiciário que, deliberadamente, atue com vistas a assumir competências e tomar decisões antes tidas como cabíveis apenas aos demais Poderes.³⁰

Conforme TATE & VALLINDER, a 'judicialização da política' pode corresponder: "à expansão da jurisdição das Cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço Civil das Cortes ou, ao menos, a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada."³¹

29 - Na conferência de encerramento do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional – 10 anos da ABDCONST – Associação Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba 22 de maio de 2010 com o tema: Os riscos da Hegemonia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. "Fenômeno da ora, no direito brasileiro, constituindo uma transferência de Poder, das instâncias políticas tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo para o Poder Judiciário que passa a dar a última palavra e a ter um grau de protagonismo na definição de questões de largo alcance político, econômico, social e moral. É fenômeno mundial característico das democracias do 2º pós guerra, quando se deu a criação, sobretudo em democracias ocidentais, de Tribunais Constitucionais e controle de constitucionalidade das leis. De certa forma se deu uma vitória do modelo do '*Judicial Review*' americano com centralidade da constituição e supremacia das decisões judiciais, em contraposição a um modelo europeizado prévio de centralidade da lei e do Parlamento."

30 - BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Coutinho, Jacinto Nelso de Miranda, FILHO, Roberto Fragale, LOBÃO, Ronaldo, orgs. Editora Lumem Iures, Rio de Janeiro, 2011. p. 279. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

31 - TATE, C. Neal & VALLINDER, Tobjorn, *The Global Expansion of*

Tal fenômeno, como já mencionado, tem ocorrido nas mais diversas partes do mundo, influenciado por diversos fatores, a propósito da expansão de certos modelos de jurisdição constitucional e 'ondas' de acesso à Justiça,³² já fartamente tratados pela doutrina.

A judicialização, então, segundo esta concepção e amparada nas lições do professor BARROSO, dá-se sobretudo em situações de retração do poder Legislativo e de uma "forma descolamento entre classe política e sociedade civil". Daí, percebe-se uma participação mais intensa do Judiciário na concretização de fins e valores constitucionais 'em que se transforma o Poder Constituinte em Poder Constituído'.³³ A judicialização, decorre de uma 'opção política do legislador constituinte originário', melhor dizendo, do próprio arranjo constitucional na repartição de funções e modelo organizacional em que os Poderes se assentam, sendo que, com determinados 'vácuos' perceptíveis no exercício das competências dos órgãos de Política majoritária, vê-se que, de forma natural, o Judiciário é chamado a 'prestar a sua tutela', em casos, os mais diversos, ainda mais no caso brasileiro, em que percebe-se uma conformação extremamente prolixa da Constituição Federal vigente.

Influência determinante no aumento do fenômeno da 'judicialização'³⁴ pós Constituição de 1988 no Brasil foi, exempli-

Judicial Power. New York University Press. New York, 1997. p. 13.

32 - CAPELLETTI, Mauro e GARTN, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

33 - BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial...* pp. 275 e ss.

34 - Importe ressaltar que neste fenômeno a estrutura extremamente prolixa de nossa Constituição contribui significativamente para a ocorrência da judicialização na medida em que lá são tratados temas os mais diversos, desde os realmente fundantes de um Estado Democrático de Direito até questões minudentes que poderiam, muito bem, ser regulados pela legislação infraconstitucional, veja-se as disposições referentes às competências legislativas e administrativas dos entes públicos, sistema tributário nacional, ordem econômica, criança e adolescente, idoso, meio ambiente, cartórios, pesquisa e lavra mineral, índios, previdência, assistência social, só para ficar nos exemplos abrangentes, para não falar dos casos peculiares que toda

ficativamente, além do acesso à Justiça propriamente dito pelos cidadãos em geral, também a abertura procedimental para uma legitimação pluralista no que tange à ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Sobre os auspícios de estudos como os do professor Peter HABERLE na Alemanha, a doutrina brasileira e, conseqüentemente, os legisladores constituintes pátrios, admitiram que vários legitimados pudessem provocar o controle da Constituição, o que, sem sombra de dúvidas, significa que tal 'abertura procedimental' fez com que acorressem ao Supremo a representação de uma 'ampla gama de expectativas' e vozes da sociedade antes 'represadas'³⁵. O Judiciário, a este aspecto e no limite, não teria outra alternativa a não ser analisá-las uma a uma e oferecer uma resposta judicial fundamentada estas demandas³⁶.

doutrina constitucional brasileira coloca, como o caso de dispositivo de constitucionalidade apenas formal ao se contemplar na Constituição que o Colégio Pedro II no Rio de Janeiro é bem da União (art.242 § 2º da CRFB). Interessante, neste diapasão, fazer nota de uma passagem pitoresca do 'romance-jurídico' e autobiografia *Código da Vida* de Saulo Ramos, que, na condição de parecerista e contribuindo até mesmo com a redação de alguns dispositivos da CRFB de 1988 relatou passagem verídica e pitoresca em que, ao tomar um táxi para participar dos debates da Assembléia Constituinte em Brasília, o taxista comentava, estarrecido, que estava satisfeito com aquele momento histórico, entretanto, estava estarrecido porque ficou sabendo que a Constituição 'não contemplou o interesse específico dos taxistas' e eles compunham uma categoria importante que merecia respeito. Por esta alegoria, percebe-se que a questão é cultural e daí decorre a forma de nosso desenho institucional. Cfr. RAMOS, Saulo. *Código da vida*. Editora Planeta do Brasil, São Paulo, 2007.

35 - Cfr. AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Haberle e a Hermenêutica Constitucional: alcance doutrinário*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2004.

36 - Veja-se que pelo sistema constitucional brasileiro, o art. 5º XXXV da CF determina o que a doutrina chama de 'princípio da inafastabilidade da apreciação judicial', em que 'não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito'. Daí, com o amplo acesso à Justiça e cultura de demandização, tem se testemunhado o exemplo da maior Corte do país ter que decidir centenas de milhares de casos por ano, podendo-se se socorrer apenas de recentes e paleativos instrumentos de 'filragem constitucional' como os institutos da 'repercussão geral' e a 'súmula vinculante'. Enquanto isso, países em que o Ativismo era tido como mais 'acintoso' como os Estados Unidos ou mesmo o próprio Canadá, que não possui um controle de constitucionalidade 'forte' possuem mecanismos de 'filragem' muito mais abrangentes, não só como os institutos do '*stare decises*', mas até o fato de que

Já, em relação ao ativismo propriamente dito, este seria, segundo o modelo proposto ainda pelo citado professor carioca, "a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance", ao que detalha este seu modo de pensar a postura ativista, que se manifesta por meio de diferentes condutas, incluindo:

"i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas."

Portanto, em resumo, estar-se-ia lidando com a concepção de que o ativismo permite uma atuação volitiva, mais ampla e mais incisiva por parte do Poder do Poder Judiciário. A este aspecto, não se chega a um consenso sobre se, neste exercício, estariam os magistrados apenas interpretando e aplicando com maior flexibilidade os dispositivos constitucionais, dando vazão à 'criação judicial do direito', sempre existente na medida em que o legislador primário produz a norma e o magistrado atuaria como espécie de 'legislador secundário'. Assim, numa prática de completar ou colmatar a norma para dar-lhe concre-

as respectivas Supremas Cortes, podem, anualmente, 'escolher' número relativamente pequeno de casos paradigmáticos para decidir e 'literalmente' dispensar a apreciação de todos os demais, sem necessidade de fundamentação quanto à não escolha destes casos não escolhidos. A nosso sentir, tal proposta relativiza-se a depender da cultura jurídica de cada país, sendo que, no Brasil, salvo melhor juízo, não se conformaria a utilização de tal expediente, sobretudo pelo estigma de proximidade de nossa Constituição, crescimento e expectativa quanto a uma cultura de transparência, forma como o 'jogo político' se dá entre as Instituições locais, além da determinação constitucional do referido art. 5º XXX – princípio da inafastabilidade em compatibilidade com o art. 93 IX – que determina a fundamentação de todas as decisões judiciais, tidos, inclusive, como direitos fundamentais do cidadão e, portanto, cláusulas pétreas.

tude ou uma 'exequibilidade' de acordo com o caso concreto, ou até, muitas vezes, 'inovando na ordem jurídica'. Incontrovertida, porém, é a alegação que a atuação de cunho ativista aproveita a existência dos chamados 'vácuos de Poder', decorrentes do fenômeno da judicialização e atual crise ou déficit de legitimidade dos demais poderes, em que o Judiciário, quando delibera por lançar mão deste papel e deste '*modus operandi*', encampa uma condição de protagonista no cenário jurídico a que está inserido.

Por este prisma, vê-se que, para entender o ativismo judicial, somente se pode fazê-lo de forma relacional, contextualizando-o, diferenciando suas nuances nos casos concretos apresentáveis, já que não pode-se formular um conceito padronizado e universal, daí decorrendo a necessidade de se trazer exemplos práticos como para definir-se previamente também o que seria um 'ativismo social'. De outra banda, para termos uma noção mais nítida do que seja o ativismo, necessário também fazer referência a conceitos de fenômenos como a 'autocontenção judicial'³⁷ (*judicial self-restraint*) – que suscita teorias complementares como as dos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário e riscos de efeitos sistêmicos, estas melhor explicitadas em tópicos de capítulos próprios.

Por ativismo social, ideia mais explorada nos contextos de doutrinas específicas sobre 'gestão do Poder Judiciário e conduta dos juízes',³⁸ caracterizariam-se as atividades de caráter

37 - A autocontenção judicial, segundo estudos de Carl SUSTEIN decorreria do que se chama de teorias 'minimalistas'. Cfr. SUSTEIN, Cass R. *One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

38 - Comparativamente ao exemplo do Centro de Estudos Judiciários de Portugal sediado em Lisboa, no Brasil, criaram-se Escolas da Magistratura oficializadas como as dos Estados Membros e o caso da ESMAPE- Escola da Magistratura de Pernambuco, a ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ligada ao STJ) e Escola Nacional da Magistratura (ligada à AMB) que, além de capacitarem juízes e servidores para a atividade judicial em si e antes concernentes apenas aos conteúdos jurídicos, técnicas de decisão e prática forense, hoje vêem-se às voltas com temas ligados à 'gestão de processos', 'gestão de recursos

social dos magistrados fora da atuação propriamente jurisdicional ou fora de suas decisões processuais, almejando e permitindo, sobretudo, a melhoria da 'imagem institucional da Justiça', bem como contribuindo como fator legitimante da atuação deste Poder. Melhor explicando, conduta proativa dos magistrados que se valeriam de seu 'poder institucional' para, por intermédio de seus 'braços políticos', que são suas associações, dos órgãos internos dos Tribunais, de políticas interinstitucionais,³⁹ ou mesmo atuação individualizada dos próprios magistrados, se consiga criar uma cultura e imagem de desburocratização, ética, eficiência e efetividade, de modo a canalizar atividades da magistratura para questões de cunho social e de interesse geral da comunidade. Estas reiteradas práticas, acabam por criar uma consciência coletiva do que seja a missão do Poder Judiciário na efetivação e garantia de direitos constitucionais, fortalecendo-lhe perante a sociedade.

Assim, como será explicitado no temário próprio sobre 'macroativismo' e 'microativismo', destacam-se nesta atividade:

humanos', 'macroeconomia', 'marketing institucional', 'desenho do Poder Judiciário', métodos alternativos de solução de conflitos", dentre outros. Tais temas têm contribuído, sobremaneira, para uma melhor conscientização organizacional e dos papéis a serem desempenhados pelo Judiciário. Paralelamente, vislumbram-se inovadoras iniciativas neste sentido e que colaboram para uma melhor preparação técnica, até para o desempenho deste tipo de ativismo como os convênios firmados entre várias Escolas da Magistratura, Tribunais de Justiça e a Fundação Getúlio Vargas – FGV – que tem ministrado Brasil afora curso de MBA (*Master Business Administration*) em Gestão do Poder Judiciário, com a perspectiva de formar multiplicadores e gestores para tornar o Poder Judiciário mais eficiente. Cf. www.fgvdiretorio.br. Acesso em 03/09/2012.

39 - O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP – à guisa de exemplo, possui departamento próprio ou órgão interno de política interinstitucional criado justamente para melhor seu canal de comunicação com os demais Poderes – seja para negociar a política orçamentária junto à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, tratar de questões estruturais com as prefeituras municipais, relação com setores privados como instituições financeiras e indústrias de modo a pensar formas de se racionalizar o trabalho dos grandes demandantes, além de tratar de questões sobre prerrogativas e direitos dos próprios magistrados até mesmo com o próprio Congresso Nacional e Presidência da República. Cfr. www.tjsp.jus.br. Acesso em 03/09/2012.

'bancos de boas práticas', hoje encontráveis nos mais diversos tipos de Tribunais e que primam por valorizar a atividade judicial que contribua para a efetividade da Justiça; incentive a formação de uma cultura de conciliação pré-processual e de formas alternativas de solução de conflitos; campanhas sociais promovidas pelo Judiciário – como campanhas socioambientais, de incentivo à adoção, de prevenção à criminalidade; participação de magistrados junto à Comissões temáticas para elaboração e revisão da legislação em geral; campanhas educativas de caráter cívico e de resgate de cidadania, sobretudo pela conscientização da população quanto a seus direitos e deveres, dentre outros, no incentivo de práticas de perfil social por parte dos magistrados que se cunhou chamar popularmente no meio jurídico de 'tirar o juiz do gabinete'.

Ao cabo desta primeira fase de conceituações, cabe fazer nota sobre o que significa 'autocontenção judicial', conceito este em plano diametralmente oposto se comparado ao ativismo judicial. Em resumo, seria a tendência do Poder Judiciário de procurar reduzir sua zona de influência ou de atuação perante os demais poderes. Verdadeira postura tradicional de separação de poderes, numa visão estreita do que seria realmente a 'função típica' do Poder Judiciário, de forma a criar uma delimitação mais estanque. Para parte da doutrina, chegaria mesmo a configurar, em muitos casos, a necessária deferência do Poder Judiciário para com as escolhas feitas pela 'política majoritária',⁴⁰ quando vislumbra seus limites de capacidade institucional ou riscos sistêmicos na adoção deste tipo de decisão. Ou mesmo, para os críticos mais ferrenhos, seria a postura 'conservadora' de manutenção do próprio *status quo*.

Para o professor BARROSO,⁴¹ definiria-se a autocon-

40 - Executivo e Legislativo. Cfr. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo...*p. 280. Sobre teorias referentes a um 'minimalismo judicial' Cfr. SUS-TEIN, Cass. *One case at time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

41 - BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo...*p. 280

tenção judicial pela postura da magistratura que:

"i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e iii) abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas".

Ainda para o professor, importa dizer que ativismo e autocontenção figuram em 'binômio' de 'movimento pendular', perceptível na maioria dos países de tradição democrática e que se vêem hoje às voltas quanto à definição dos espaços a serem ocupados e competências para o controle de constitucionalidade.

Transbordando deste espaço de definições e conceituação, entendemos como necessárias e legítimas as posturas ativistas na maioria dos casos que têm ocorrido ao Poder Judiciário. Entretanto, interessante ressaltar que a postura de autocontenção judicial (em determinados momentos limites) muitas vezes é sinônimo de 'prudência' que, em nosso sentir, é 'adjetivo' que deve ser inerente à condição e perfil de qualquer magistrado para não fazer pender a 'balança' para qualquer dos lados, sendo seu real 'fiel', evitando-se também o risco de 'politização'.⁴² Assim, a autocontenção como o próprio nome já sugere, confere liberdade ao magistrado para escolher os momentos em que deve decidir ou retrair-se não decidindo.⁴³

42 - Se entende aqui o termo 'politização' de forma pejorativa. Isto, na medida em que o magistrado, a par de uma conduta ativista e a despeito do 'mito da neutralidade', impossível dada a influência de sua formação pessoal, ideologia, fatores externos como mídia, sociedade e outros, não pode, conscientemente, transpor para suas decisões opções políticas, opiniões pessoais que desconsiderem o sistema de direito, opções partidarizantes ou tendenciosas, de forma a não pressupor a isenção necessária, a esperada imparcialidade e a análise específica dos casos concretos com suas inerentes singularidades.

43 - Sobre a opção pela 'não decisão' e suas teorias decorrentes cfr. Alexander BICKEL em *The last dangerous branch*.

Nesta medida, evitaria-se que, sob o risco de banalizar-se uma postura ativista que pretende-se legítima, positivem-se limites estanques de atuação de cada Poder, ou definição precípua e peremptória de quem pode dar 'a última palavra' sobre as questões constitucionais e, com isso, não se contribuiria para melhor conformar nosso sistema constitucional, que, na prática, poderia muito bem lançar mão de posturas como de 'diálogos institucionais permanentes',⁴⁴ em que todos contribuiriam para melhoria do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO II – PRÉ-COMPREENSÃO E PARÂMETROS DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ATIVIDADE JUDICIAL NO BRASIL

2.1. POSTURA DA JUSTIÇA BRASILEIRA PRÉ E PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988 EM RELAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Conforme decorre da história jurídica brasileira, desde o período republicano, com a Constituição de 1891, a Justiça brasileira adotou mecanismos do controle de difuso de constitucionalidade, ante a inspiração da prática e Consituição americanas trazidas por Rui BARBOSA. Por este sistema, inaugurou-se a possibilidade de todo e qualquer juiz ser 'um juiz constitucional', para usar a expressão cara ao professor BONAVIDES.⁴⁵ Entretanto, na conjuntura positivista, via-se que a aplicação da lei infraconstitucional, até mesmo pela influência dos Códigos, por vezes sobrepuiu a 'força normativa' que se esperava da Constituição. Os juízes, então, na primeira quadra do

44 - Sobre teorias da democracia deliberativa. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento em Ciência Política. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 11.

45 - BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 3ª ed. Malheiros. São Paulo, 2008. p.23.

século passado, limitavam-se a uma concepção formalista do direito sem qualquer atividade proativa.

Assim como as Constituições pretéritas, Constituições brasileiras como a de 1934, a de 1937 (conhecida também como Constituição Polaca) não contribuíam para qualquer desenvolvimento do ativismo, haja vista que editaram-se sob regimes autoritários, em que as referidas 'Cartas' assemelhavam-se ao que Lassale intitulava como Constituições 'folhas de papel',⁴⁶ e sendo que, na prática, o Poder Executivo detinha exclusividade informal da 'última palavra'. A estas, sucedeu-se a Constituição de 1946, também apelidada de 'Constituição Cidadã', posto que trouxe certo alento democrático e dado ter sido promulgada em período de relativa estabilidade institucional, se comparada aos períodos de comando autorista. Aqui, por mais que não haja relatos expressos de que o Judiciário tenha sido perseguido ou tolhido, a postura continuava como de uma cômoda restrição de suas atividades.

Após o golpe militar de 1964, no período intitulado de 'era de chumbo', sobrevieram os atos institucionais que conviveram paralelamente às emendas constitucionais de 67 e 69. Sob uma justificativa de investida no Poder por meio de uma 'força revolucionária', os militares governavam sem qualquer respeito à independência dos demais poderes, que não tinham qualquer legitimidade ou autoridade significativas para coibir os desmandos de prisões ilegais, torturas, desaparecimento de pesso-

46 - "É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as Constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente Legislava por decretos." SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*, Editora Juspodivm, Salvador, 2011 p. 85-86.

as, confisco de bens.

Segundo o professor Daniel SARMENTO, no Brasil: "até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente"⁴⁷ Na realidade, em períodos pretéritos à CF de 1988, a população em geral, nem mesmo tinha consciência de seus direitos, do papel do Poder Judiciário ou mesmo da importância de seus órgãos. Emblemática tal consideração, tanto que, em 1968, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro lançou o livro: 'STF: este outro estranho desconhecido,' circunstância e alusão estas que carecem de maiores comentários.

O desfecho da ditadura militar se deu com um período chamado de 'redemocratização', seguido de uma 'abertura lenta e gradual', em que a própria população brasileira reivindicou sua participação nos destinos da nação, a exemplo do movimento alcunhado de '*diretas já*' – em que se requeria uma eleição direta para Presidente da República. Tal processo político trouxe, com a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88, não só a necessidade de representação política sincera, como a demanda pela efetivação de direitos fundamentais os mais diversos, dada a natureza plural e complexa de nossa sociedade. Doravante, estes sobreditos direitos deveriam ser velados por instituições independentes de caráter eminentemente democrático como o Ministério Público e Defensorias Públicas, além de guardados por um novo Poder Judiciário: autônomo em sua política governativa, orçamentária e administrativa; independente institucionalmente e, sobretudo, mais aberto, vez que enfeixado sob os auspícios de um Estado que se pretendia Democrático de Direito.

Nestes pouco mais de 20 anos pós CRFB de 1988, tam-

bém rebatizada de 'Constituição Cidadã', vislumbra-se um caldo de cultura caracterizado por uma posituação extremamente analítica e prolixa quanto à pauta de valores de nossa sociedade. São ainda sintomáticos os reflexos de um movimento 'neo-constitucionalista'/ 'pos-positivista' (onde se deu nova vida à interpretação dos princípios constitucionais de textura aberta), admissão de 'força normativa'⁴⁸ ao texto constitucional e sua aplicabilidade imediata; incremento das competências constitucionais e efetivação de um 'controle forte' de constitucionalidade, em que cresce o processo de abstrativização de aferição constitucional (processo objetivo), além do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial (art. 5º XXXV da CFRB). Assomados a estes ingredientes, estão ainda uma maior conscientização da população em geral quanto a seus direitos, 'abertura procedimental'⁴⁹ das Cortes e participação intensa de vários organismos sociais. Tais fatores, como é intuitivo, têm gerado verdadeiro movimento de 'acesso à Justiça'⁵⁰, panprincipiologismo⁵¹, constitucionalização abrangente e cultura demandização, caracterizadores de um novo desenho institucional em que o Poder Judiciário pôde se inserir, daí decorrendo o fenômeno da 'judicialização' e, conseqüentemente, permitindo-se o ambiente necessário para o desenvolvimento da postura ativista já referida.

48 - HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991 – preceituando sobre uma 'vontade de constituição'.

49 - Cfr – HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

50 - Por uma concepção geral sobre o acesso à Justiça pode ser consultado na obra homônima *Acesso à Justiça* de Mauro Capelleti e Bryan Gart referido na Bibliografia.

51 - Cfr. STRECK, Lênio. *O panprincipiologismo e a 'Refundação Positivista'*. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Lumen Juris, 2011. p-221-242.

Neste período, como se verá, e seguindo a própria tendência mundial, o Judiciário brasileiro, de uma forma geral, assumiu uma postura de verdadeiro protagonismo em vários temas de importância capital na sociedade, tanto por parte do seu órgão de cúpula, o STF, até mesmo em relação aos magistrados de primeiro grau de jurisdição. Os exemplos de cunho ativista são inúmeros e vão, desde decisões sobre limites éticos e debates sobre início da vida, como na autorização para pesquisas com células-tronco embrionárias, até a determinação por 'portarias' judiciais para fechamento de bares e restaurantes⁵² em determinados horários em cidades do interior brasileiro.

Para o 'bem' ou para o 'mal', as críticas ou justificativas para a postura ativista vão depender da forma como a função judicial está sendo utilizada e 'dos olhos de quem enxerga' esta prática. Já contextualizado o fenômeno ativista no âmbito do Poder Judiciário, carece, entretanto, de ser colocado à prova para que a 'tese'⁵³ de sua legitimidade democrática na delimitação proposta, seja corroborada pelos contributos justificadores que se pretendem demonstrar neste relatório.

2.2. A EXIGÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO DO ATIVISMO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO:

52 - Em várias Comarcas do interior de Minas Gerais e até de Goiás, magistrados de primeiro grau, sob a justificativa da necessidade de diminuição dos índices de violência têm expedido portarias judiciais determinando-se o fechamento de bares e restaurantes após determinados horários e proibição de venda de bebidas alcoólicas, em verdadeiro caráter regulamentar da atividade comercial e liberdade de ir e vir, apelidados com pecha de 'toques de recolher'. Ressalte-se que tais portarias são expedidas fora da competência própria e autorizada apenas pelo Estatuto da Criança e Adolescente vinculada somente a menores de idade para proibir a entrada e permanência de menores em determinados locais ou mesmo fora do caso excepcional da legislação eleitoral brasileira que determina a proibição de venda de bebida alcoólica e funcionamento de estabelecimentos comerciais na véspera do dia das eleições.

53 - O termo 'tese' aqui é empregado no sentido de 'teoria', conclusão a que se quer chegar dentro da conjuntura própria deste singelo relatório que, requisitado com um mínimo médio de 60 (sessenta) páginas e dada sua limitação, por óbvio, não se trata de uma tese de mestrado ou doutoramento.

PECULIARIDADES

Apesar de o trabalho como um todo primar pela justificativa das posturas ativistas da magistratura brasileira, tópicos específicos sobre discussões que ponham em causa sua legitimidade democrática são dignos de nota, vez que, além da necessidade para a experimentação do método científico, a temática envolve inúmeras nuances que remetem à contraposição ou corroboração das críticas quanto à expansão do Poder Judicial, seja quanto uma tendência de judicialização da 'política' ou da 'vida', seja na perspectiva deliberada de atuação ativista.

Em primeiro, importante ressaltar que a legitimidade democrática para o fim que aqui se pretende trata-se, de forma simplista, da validade e aceitação das decisões ou práticas judiciais ativistas por parte da sociedade dentro da organização proposta por nosso ordenamento constitucional vigente. Em adição, tal análise, até mesmo por inserir-se em um sistema complexo e de uma sociedade plural, precisa ser flexível a ponto de levar em conta as variadas formas de demanda sociais e, por isto mesmo, a legitimidade deve ser enxergada sob critérios e níveis diferenciados – retirando-se o 'fetiche' de que, em uma democracia, somente teriam validade decisões sob o crivo do princípio majoritário, ou mesmo negando-se o sofisma de que povo estaria apto e onipresente para legitimar todas as decisões a todo momento.

Neste sentido, diga-se que legitimidade não pode significar, necessariamente, uma aprovação prévia de seus atos por mera maioria circunstancial, nem mesmo a atividade judicial pode confundir-se com uma prática 'populista',⁵⁴ apenas para

54 - Há que se ressaltar que hoje o Supremo Tribunal Federal, sobretudo em virtude do julgamento da Ação Penal 470 - vulgarmente conhecida de 'mensalão', vive às voltas com o acompanhamento em tempo real de suas atividades pela maioria da população brasileira. Esta, na ânsia por criar-se uma cultura de fim da impunidade, mormente coibindo-se as práticas 'endêmicas' de corrupção observáveis no Brasil, não podem confundir a necessidade de análise precuciente do caso concreto e

anгрariar a simpatia da opnião pública e perpetuar-se no poder. Tal postura, sobretudo pela imposição de imparcialidade, significa que legitimidade não se confunde com 'fazer a vontade do povo' a todo custo, até mesmo porque o Poder Judiciário precisa ater-se às 'regras do jogo' escolhidas quando da promulgação da Constituição e garanti-las mesmo que, eventualmente, seja contra a opnião da maioria⁵⁵.

Como é cediço, o Judiciário não possui o comando direito das forças armadas e demais instituições de caráter repressivo, nem mesmo a 'chave' dos cofres públicos para fazer valer suas decisões.⁵⁶ Apesar de, em caso de descumprimento das mesmas, excepcionalmente ter que fazer uso de medidas de coação para tanto, com estas restrições, a Justiça fica na dependência dos demais poderes tidos como representativos. Assim é que, por certo, o Judiciário não recebendo uma chamada 'outorga do povo' para decidir ou atuar com base no sufrágio direto, e com a necessidade de contrabalancear a solução dos conflitos de interesse de forma imparcial ou até mesmo anulando a produção legislativa ou os atos executivos incompatíveis com a Constituição, carece, portanto, apenas da justificação de sua 'legitimação' em nosso regime democrático.

Nesta linha de intelecção, já ressaltava o professor Jorge

dar uma 'resposta' à sociedade, com um julgamento que tenha um único e certo desfecho de condenação 'a priori' de todos os envolvidos, indistintamente e sem considerar o devido processo legal e demais direitos fundamentais.

55 - Sobre uma atividade também contramajoritária e que explanar-se-á, referindo-se, por exemplo a Bickel, digna de nota é a alusão que Conrado Hubner faz a esta questão de maneira interessante ao utilizar-se da metáfora de Hayek e Elster, sobre a necessidade de 'precometimento' ao comparar a postura da Justiça constitucional em salvaguardar os valores mais caros estabelecidos pelo poder constituinte originário com a alegoria do clássico Ulisses, na iliada de Homero, que pediu para ser amarrado aos mastros de sua nau – evitando-se, com isso, que sucumbisse às suas paixões momentâneas e fosse seduzido pelo canto mítico das sereias'. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento em ciência política – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, mimeografado. p. 61.

56 - Sobre este tema há discussões na prática judiciária americana sobre o '*self-enforcement-power*'.

MIRANDA, tecendo considerações sobre a atividade do Tribunal Constitucional, mas que serve perfeitamente para nossos propósitos:

"I- Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do Tribunal Constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de-ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática."⁵⁷

Note-se, entretanto, que a atividade e composição do Poder Judiciário variam em função de seus órgãos, repercutindo, também, necessariamente, sobre as formas de justificação de sua legitimidade e das práticas tidas como ativistas. Assim, vez que seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, tem competência até mesmo para processar e julgar o processo abstrato e objetivo de controle de constitucionalidade. Tal processo causa repercussões para toda a nação, além de os Ministros acederem aos seus cargos por 'livre'⁵⁸ nomeação pelo Presidente da República, condicionada à aprovação posterior pelo Senado depois de sabatina. No outro extremo, para os magistrados de primeiro grau, exemplificativamente, é permitido fazer-se apenas o controle difuso de constitucionalidade, enquanto estes juízes só podem investir-se em seus cargos por meio de concurso público de provas e títulos.⁵⁹ Por esta ótica, vê-se que as nuances quanto à consideração da legitimidade do ativismo judicial não devem ser comparadas somente com a legitimidade característica dos demais poderes da República,

57 - MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. tradução da edição portuguesa, p.533.

58 - Consigne-se que a livre nomeação fica dependente apenas dos requisitos constitucionais de figurar entre as idades de 35 e 65 anos e ser dotado 'notável saber jurídico e reputação ilibada' conceitos extremamente fluídos. Art. 101 CRFB de 1988.

59 - Art. 93, I da CFRB. www.planalto.gov.br Acesso em 06/09/2012.

mas, também, considerando-se as variações dentro da própria magistratura, o que importa mais de perto às referências quanto ao 'macro' e 'microativismo'.

Ao cabo, se a legitimidade democrática do Poder Judiciário como um todo decorre, à primeira vista, de nosso sistema constitucional, também as práticas ativistas devem figurar dentro de seus parâmetros, pelo que serão trazidos contributos para tanto, não sem antes fazer-se o devido sopesamento com a realidade, coibindo-se eventuais excessos, para que o fenômeno caminhe por balizas aceitáveis e relativamente objetiváveis.

2.3. A ATIVIDADE CONTRAMAJORITÁRIA E RISCOS DE UMA HEGEMONIA JUDICIAL

No que tange aos questionamentos quanto à legitimidade da atividade judicial, merecem destaque as teorias sobre o papel 'contramajoritário' do Judiciário e os riscos inerentes a esta postura.

Por primeiro, como sugerido, a mais contundente crítica decorrente deste tipo de análise remonta às considerações sobre a legitimidade das decisões judiciais em áreas que seriam tipicamente de 'competência' dos demais poderes e por autoridades 'investidas ou ungidas' pelo sufrágio universal, na esteira do que o autor americano Alexander BICKEL denominou de 'dificuldade contramajoritária' do Poder Judiciário.⁶⁰ De forma mais clara, significa dizer que os juízes, que na maioria dos países, não adquirem seus cargos ou mesmo não exercem suas funções por meio de eleições populares, careceriam de legitimidade como a representativa ou de 'aval popular' para decidir sobre temas que deveriam ser somente resolvidos na esfera da chamada 'arena política'⁶¹. Ou seja, pelas autoridades eleitas

60 - BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

61 - É também de BICKEL a expressão a quando se refere ao Judiciário, sobre uma falta de "terra debaixo dos pés", a pressupor que, por não serem votados

por sufrágio e componentes dos Poderes que têm como justificativa teórica a 'representação de uma maioria política'.

Neste diapasão, segundo advertência proposta em debates pelo Professor Doutor Jorge REIS NOVAIS, tais críticas tentavam evitar o que o célebre francês Eduard LAMBERT denominou de 'governo dos juízes',⁶² ou conforme utilizado pela doutrina o risco de uma 'juristocracia', numa clara alusão análogica aos perigos da ideia platônica de 'governo de filósofos' que, na prática, poderia corresponder a uma atuação 'aristocrática', elitista, a substituir a vontade do povo, que estaria devidamente representada na política. Para o referido autor, ao comentar sobre os primórdios do fenômeno ativista norte-americano: "o sistema de governo, que decorre, nos Estados Unidos, da associação cada vez mais estreita dos tribunais com a direção dos rumos da legislação, foi qualificado de governo pelo Judiciário". E continua, "a conquista da supremacia política pelo Judiciário se realizou, sobretudo, às expensas do poder Legislativo e por uma invasão no domínio do *statute-law*".⁶³

Sobre este aspecto, por óbvio que o risco de hegemonia judicial existiria se, na interpretação da Constituição, fossem considerados apenas como 'melhores argumentos' os justificados racionalmente pelos magistrados nos casos levados à sua apreciação, dada a necessidade de abordagem técnica, fundamentada e análise imparcial. Aqui, não se desconsidera em momento algum, a legitimidade dos demais poderes para lidar

para a ocupação de seus cargos, falta aos juízes a necessária capacidade ou força institucional geradora de responsabilização e criando-se uma rede de proteção apta a melhorar a qualidade da democracia, na medida em que os cidadãos devem preocupar-se mais ao escolher seus representantes. Cfr. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

62 - Obra clássica sobre o ativismo judicial de Eduard Lambert em que o termo ativismo judicial já estava vinculado a uma tendência negativa, posto que representando uma ingerência indevida do Judiciário no Poder Legislativo. LAMBERT, Eduard. *La lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 2. ed. pref. Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005.p.2.

63 - LAMBERT, Eduard. *La lutte contre la législation ...* p. 8 e 16.

com os princípios e demandas sociais – até porque não estão postos em causa. Entretanto, somente não se pode utilizar do argumento de risco de hegemonia judicial, ou 'governo de filósofos' de forma retórica ou mítica, de forma a 'deslegitimar' a atividade judicial que abarque qualquer parcela de discricionariedade.

Magistrados, sem que se falem em 'juízes *Hércules*', 64 devem decidir em ambiente de deliberação que pressupõe levar em consideração o interesse das partes envolvidas, que muitas vezes confunde-se com um interesse coletivo, sempre de forma racional e com possibilidade de controle – seja pelos mecanismos de duplo grau de jurisdição (controle interno) ou até mesmo fazendo-se a revisão da legislação ordinária ou por emenda constitucional (controle externo pelo Parlamento). A não responsabilização política (*accountability*), como ocorre com os detentores de mandatos representativos, por si só, não pode significar a falta de legitimidade judicial, vez que trata-se de uma forma diferenciada de legitimidade.

Acontece que é justamente aí que esbarra o ponto nodal da discussão sobre a legitimidade, já que a mesma não poderia ser entendida apenas como ocorrente no momento de se alçar as autoridades em seus respectivos cargos ou mandatos (especificamente nas eleições periódicas), mas, sobretudo, levando-se em consideração se, no exercício de suas funções, as autoridades em questão estão ou não fazendo valer os comandos constitucionais. Isto, seja tendo em conta os interesses fidedignos das maiorias populares, seja também garantindo direitos fundamen-

64 - Referência metafórica de Ronald DWORKIN – sobre a figura do juiz infalível – que decide em condições ideais de tempo e posicionamento perante o problema, com conhecimento completo das circunstâncias que envolvem o caso e das fontes do direito – numa construção do direito como integridade em uma decisão de caso particular, chegando sempre a uma resposta correta. Cfr. ASENSI, Felipe Dutra. *Algo está mudando no horizonte do direito? Pós-positivismo e judicialização da política*. In: FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. . p. 209.

tais às minorias, que não podem ser descartadas pelo simples fato de se tratar uma minoria, que merece 'igual respeito e consideração', para utilizar um termo próprio de DWORKIN ao fazer a defesa da legitimidade das Cortes na revisão judicial.⁶⁵

A este aspecto, há que se separar o 'jogo político', que tenta sempre cooptar maiorias eventuais para a perpetuação nos cargos públicos ditos então como 'legítimos', da necessária representação popular que deve ser contínua, durante todo o mandato, e apta a exercer o papel cabível a cada um dos três Poderes de interpretar a Constituição agregativamente, sempre de forma a garantir direitos fundamentais a todos, seja considerando os cidadãos individualmente, seja pelos benefícios obtidos pelas políticas públicas.

Assim, a legitimação do Poder Judiciário, sobretudo no cenário encontrável no desenho institucional brasileiro, não depende, em absoluto, de terem seus membros sido eleitos ou não. Ao contrário, decorre do próprio desenho institucional a existência de um Poder que atue no 'contrabalanceamento' das forças políticas e grupos de interesses econômicos e outros, por vezes funcionando como o mecanismo necessário de salvaguarda do espírito constitucional. A esta medida, sustente-se que a Carta Federal brasileira de 1988 foi promulgada sob os auspícios de um ambiente 'democrático de direito', apto a conformar os interesses de todos, maiorias, minorias e até de cada cidadão isolado. De mais a mais, devem-se levar em consideração os 'argumentos' de todos trazidos à discussão com necessidade de resposta técnica e fundamentada, claro que com certa parcela de discricionariedade na interpretação, se considerados os 'casos difíceis' de desacordos morais e conflitos entre princípios. Entretanto, esta prática hermenêutica deve sempre ter como baliza a própria Constituição e o Poder mostrar-se como não propenso a pressões de 'grupos de poder e interesses', como

65 - Cfr. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

as existentes nas 'bancadas' representativas dos Parlamentos brasileiros.

Neste diapasão, a atividade contramajoritária judicial, numa visão procedimentalista, pode representar uma garantia das 'precondições da democracia', na medida em que interfira nos demais poderes, tão somente em momentos excepcionais e para conter a violação de direitos e garantias fundamentais, servindo de guardião da própria Constituição no que tange ao aspecto das 'regras do jogo'. E, indo um pouco mais além, para adotar-se uma visão substantivista, na esteira do que propõe também DWORKIN, funciona também como 'fórum de princípios', sem contentar-se apenas com a garantia de igualdade nos procedimentos. Daí, deve, previamente, fazer escolhas substantivas⁶⁶ sobre as concepções que entende como justas dentro desta mesma democracia.

De outra sorte, a legitimidade da atividade judicial ativista, a despeito de seu caráter contramajoritário justificado e desconsiderando-se os exageros da crítica sobre 'juristocracia', deve também ser contraposta com outros fatores. A este giro, por óbvio que deveríamos ter, na concepção de BARROSO, 'deferência' para com as posições do legislador, 'prestigiando as opções democraticamente votadas', também admitindo uma presunção de constitucionalidade das leis. Mesmo assim, isto não deve retirar do Judiciário seu espírito crítico, calcado em fundamentação racional, com o devido sopesamento dos diversos matizes da dimensão humana', muitas vezes impossível de ser levado a efeito nas regras abstratas legais. Deve-se, portanto, adaptar-se também aos casos concretos nos parâmetros idealizados pelo próprio legislador primário, quais sejam – os propugnados pela representação do poder constituinte originário.

Assim, não é demais falar na prudência de o Poder Judi-

66 - DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 58.

ciário enxergar certos limites em sua capacidade institucional, ter uma noção geral do quadro organizativo social geral para aferir o impacto socioeconômico e político de suas decisões. Além do mais, em certa medida, seria recomendável evitar-se riscos sistêmicos e, por assim dizer, utilizar-se de autocontenção judicial em momentos que entender como convenientes e imprescindíveis para a manutenção desta requerida legitimidade e para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito como um todo.

2.4. LIMITES DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL E RISCOS DE EFEITOS SISTÊMICOS

Os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário também têm figurado como tema ou tópico recorrente na maioria dos trabalhos que tratam sobre o ativismo judicial. Como a própria discussão teórica geral sugere, deve-se, de início, que se discutir se há um papel delimitado a ser exercido pela magistratura? Se, no exercício deste papel, os contornos constitucionais propugnam, especificamente, quais matérias poderiam ser ou não tratadas pelas instâncias decisórias dos Tribunais? Em não havendo esta delimitação precípua, se haveria determinados temas, tidos como técnicos, 'infensos' a uma apreciação do Poder Judiciário? E, por derradeiro, considerando-se não haver barreira formal à tarefa de apreciação judicial de temas que necessitem de suporte técnico ou de outras áreas do conhecimento que não do direito, importa analisar se os magistrados estão preparados para proferir tais decisões. Neste passo, correlatos a estes questionamentos, está a necessidade de se perquirir sobre os possíveis efeitos sistêmicos decorrentes de decisões desta natureza e se caberia, em questões pontuais, falar-se em autocontenção judicial.

Quanto ao papel delimitado ou não da magistratura, em termos gerais, considera-se que tal discussão remonta às teorias

sugeridas sobre a separação clássica ou dinâmica de Poderes, ou mesmo desagua propriamente nos limites do ativismo judicial e teorizações sobre a judicialização da 'política' e 'da vida' já sugeridos.

À guisa de exemplo, o Poder Judiciário, cada vez mais chamado a decidir sobre 'desacordos morais', como referido em sala de aula pelo professor PEREIRA COUTINHO da vetusta Universidade de Lisboa, bem como sobre temas antes tachados como tipicamente afetos às 'instâncias da política majoritária', na realidade, vê cada vez menos um limite categórico,⁶⁷ que o faça refluir de proferir uma decisão, caso seja provocado a tanto.

Sem uma delimitação determinada ou precípua, os temas tidos como técnicos ou científicos, à primeira vista e tão somente por este fator, não poderiam carecer de uma apreciação judicial. Em primeiro e por uma prevenção constitucional, em virtude da alusão feita ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário constante do art. 5º XXXV, que preceitua que 'nenhuma ameaça ou lesão a direito poderão ser afastados da apreciação judicial'. Vencidos os pressupostos processuais básicos ou mesmo condições da ação como 'a possibilidade jurídica do pedido', se, em tese e formalmente falando, o Poder Judiciário é provocado, daí decorre sua inafastável obrigação de oferecer a chamada 'prestação jurisdicional' quanto ao mérito. Deve, portanto, 'compor o conflito' a si apresentado, vez que

67 - Exceção a tal tendência 'judicializante' ou 'ativista' têm sido as áreas denominadas como '*interna corporis*' dos demais Poderes da República -sob pena de ferir-se patentemente e em seu o princípio da separação e harmonia entre os Poderes constante do art. 2º da Constituição Federal brasileira de 1988. À título de exemplo, traz-se à colação o exemplo próprio a que este autor foi submetido quando do exercício da magistratura na Comarca de Mineiros - em que Vereadores locais adentraram com ação constitucional de Mandado de Segurança, solicitando decisão que determinasse a anulação de escolha política e por meio de sufrágio interno de membros de comissões temáticas daquela Casa de leis, sob a justificativa de que as regras próprias do Regimento Interno eram silentes e não observavam uma proporcionalidade recomendada pela Constituição Federal em relação aos membros do Congresso Nacional.

este mecanismo decorre do ordenamento jurídico a que estamos vinculados e também do desenho institucional da Justiça brasileira. Assim, até mesmo para se saber se o tema é eminentemente técnico ou se há contornos jurídicos de análise procedimental ou de conteúdo eminentemente legislativo, somente se o Poder Judiciário for provocado e oferecer sua resposta após análise detida do caso concreto é que se poderá dizer.

Quanto a uma espécie de 'limite político' às decisões judiciais, vale fazer breve ressalva quanto à discussão travada de há muito na doutrina até mesmo por procedimentalistas e substantivistas como já sugerido. Os primeiros, batem na tecla de que as decisões judiciais devem limitar-se a garantir as 'precondições' da democracia ou as regras procedimentais de acesso aos direitos fundamentais. E, por outro lado, os substantivistas, assegurariam que, para além de manutenção de garantias instrumentais, no mérito sobre conflitos entre princípios, seria dever do Judiciário servir como adequado e deliberativo 'fórum de princípios'. Assim, no ensejo tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais, fazer viva a 'vontade de constituição' ou sua 'força normativa', de forma a que todos sejam 'dignos de igual respeito e consideração'.⁶⁸

O certo é que a própria justificativa do primeiro capítulo e alguns itens do segundo, pressupõem, pela dinâmica de 'judicialização da vida e da política' e forma como tem se disseminado as práticas ativistas, dado o limite tênue na configuração dos espaços próprios de cada poder, que não haveria que se falar, *a priori*, de barreiras estanques e facilmente objetiváveis para as práticas e decisões judiciais. Em adendo, a discussão tópica em questão refoge ao objetivo proposto por este trabalho, vez que engloba complexa problemática de fundo sobre toda uma teoria que precisa ser revista quanto à 'separação de

68 - Cfr. Ronald DWORKIN *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

poderes.⁶⁹ Sobre esta, a doutrina mais recente tem se referido em temas de 'diálogos institucionais', críticas sobre os próprios limites do *Judicial Review* e questionamentos quanto à possibilidade e/ou legitimidade do fenômeno do ativismo judicial como um todo tratados aqui de maneira difusa neste relatório.

Questão derradeira versa sobre barreiras à apreciação judicial em questões de cunho eminentemente técnico ou científico. Nesta senda, mesmo sem a existência de limites formais ou categóricos para apreciação judicial sobre tais temas, não há como se desconsiderar a necessidade de tecer certas considerações sobre possíveis limites à capacidade institucional do Poder Judiciário e sobre se os magistrados têm aptidão para decidir sobre temas que envolvam outras áreas do conhecimento que não o direito.

A este giro, uma primeira advertência não colocada pela doutrina em geral que trata do tema dentro do ativismo há que ser feita. Magistrados não julgam 'leis' e 'o direito'. Magistrados julgam pessoas, fatos e circunstâncias da vida, com base nas Constituições, nas leis ou precedentes judiciais, mas nem sempre com previsão expressa em regras legais. Tanto assim que, por vezes, colmatam o sistema com a utilização de 'costumes', sem falar na aplicação e ponderação de 'princípios gerais', geralmente de caráter extremamente discricionários.

Outro ponto, em vários casos o direito 'perpassa' na regulação da questão, mas os magistrados, sem resvalar para decisões arbitrárias ou de 'puro bom senso', acabam se valendo de conhecimentos empíricos ou outras áreas do conhecimento para proferir seus julgamentos. Tanto assim que, em corriqueiras causas envolvendo direito de família como tutela, guarda de filhos e separação judicial, os juízes precisam diuturnamente fazer uso de conhecimentos próprios da sociologia, psicologia,

69 - Tal questão englobaria uma temática própria de 'separação dinâmica de poderes' que é tema próprio de relatório deste autor-acadêmico na UL na matéria ministrada pelo professor Luis PEREIRA COUTINHO.

técnicas de mediação de conflitos, dentre outros, sem que tais matérias tenham, necessariamente, sido ministradas nos cursos de graduação de Direito, ou mesmo exigidas nos concursos públicos de ingresso na carreira judicial.

Não obstante, exige-se cada vez mais uma formação multidisciplinar que pode ser adquirida também até mesmo em cursos de aperfeiçoamento,⁷⁰ já que, desde o exemplo das recentes decisões de cunho ativista do STF até casos corriqueiros na magistratura de primeiro grau, se vêem às voltas com temas complexos e que exigem imensa gama de conhecimentos técnicos não afetos necessariamente ao direito. A este propósito, pode-se ressaltar: 'delimitação de terras indígenas', 'fusões e aquisições de grandes empresas', 'pesquisas com células-tronco', 'uniões homoafetivas' ou mesmo 'fornecimento de remédios ou tratamentos em fase de experimentação', para ficar em apenas alguns exemplos fornecidos pela doutrina.⁷¹

Esta formação multidisciplinar, como já repisado em várias monografias do gênero e sugerido, deve ser característica indelével do magistrado comprometido com o tempo hodierno e mais humanizado. Ciências correlatas como a ciência política, administração, economia, sociologia, psicologia, filosofia colaboram significativamente para formar um magistrado que, não só consiga inteirar-se da complexidade do problema humano em uma visão mais holística, bem como dá-lhe subsídios

70 - Pela dicção dos artigos referentes ao Poder Judiciário na CRFB de 1988 alterados pela EC Nº 45/04, exige-se que as promoções por merecimento de magistrados sejam aferidas por critérios objetivos, para tanto, utilizando-se também os cursos de formação e aperfeiçoamento em instituições de ensino reconhecidos oficialmente. A Resolução nº 126 do CNJ – regulamentou tal matéria e, doravante, para efeito de ascensão na carreira, os magistrados são estimulados a capacitarem-se continuamente em cursos reconhecidos pela ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ligada ao STJ e também criada pela CRFB de 1988 que tem oferecido cursos de caráter multicliplinar, tendente a suprir as lacunas exigidas na atividade laboral dos juízes cada vez mais demandados na 'sociedade complexa'.

71 - Por todos, cfr BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial...*pp.275 ss.

para encontrar formas mais sólidas de se comprometer com a eficiência e o resultado de sua empreitada.

Entretanto, a despeito da possibilidade do incremento de informações à formação do magistrado, duas ponderações devem ser feitas. A primeira é que, em diversos casos, como é curial, será no mínimo prudente que, antes de antes de decidir em casos como tais, os magistrados se valham das *expertises* não só de peritos vinculados às varas ou órgãos judiciários como colaboradores da justiça, como também, em um segundo momento, abrindo à participação prévia de técnicos ou cientistas por meio de audiências públicas ou por *amicus curiae* – com representações significativas da sociedade civil, até mesmo para que o discurso racional de fundamentação das decisões com base no direito, por si só, não signifique a imposição das preferências judiciais e mesmo para que não se interfira de modo equivocado em temas sensíveis da sociedade.

Sob esta perspectiva, ainda vale a advertência que decisões sobre implementação de políticas públicas com vistas a determinar tratamentos de saúde e compra de medicamentos de forma individualizada, decisões que imponham o cumprimento de políticas públicas como a construção de estradas, pontes e redes de saneamento básico, bem como decisões que tratem de política econômica-financeira revisando juros, dentre outros, frequentemente podem gerar riscos e até mesmo colaborar para colapsos dos sistemas econômicos e administrativos.

Os juízes estão acostumados a realizar a justiça dos casos concretos, uma justiça construída mais 'artesanalmente'. Não que os juízes, geralmente, não tenham que determinar a efetivação dos direitos fundamentais requestados. Entretanto, para se decidir em parâmetros 'macro', para me ater à mesma analogia, a 'justiça que tem sido produzida em escala industrial', a par do conhecimento mais geral do panorâma como um todo que envolve a questão, deve-se buscar uma forma de se contemplar estudos que tratem do impacto socioeconômico e polí-

tico das decisões judiciais⁷². Ao mesmo tempo, privilegiar-se a efetivação de ações coletivas dado o seu caráter até mesmo pedagógico, além de incentivar políticas preventivas entre as partes envolvidas, ao exemplo dos Termos de Ajustamento de Conduta – TAC's firmados pelo Ministério Público no Brasil em questões de patente interesse público.

2.5. PARÂMETROS GERAIS PARA A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: CONTRIBUTOS

2.5.1. LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL OU DECORRENTE DO DESENHO INSTITUCIONAL

É corrente na doutrina a justificação da legitimidade das atividades em geral do Poder Judiciário e, sobretudo do controle de constitucionalidade em função do desenho institucional engendrado pela Constituição Federal de 1988. Com o ativismo não é diferente, vez que suas práticas, por mais que gerem discussões quanto aos limites de interferência em temas supostamente como sendo próprios da política majoritária não podem transbordar do que é autorizado pela própria Constituição.

Fazer parte do regime democrático, conforme dispõe a própria Constituição, não significa confundir toda atuação com base em uma justificativa conferida apenas pelo 'princípio majoritário'. Os órgãos do Poder Judiciário são todos estruturados com as prerrogativas inerentes aos cargos como a vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade, justamente para conferir a imprescindível imparcialidade a seus membros, de forma a que este Poder possa tornar, em sua função precípua de 'guardião' da Constituição, efetivos os dispositivos constitucionais, já que dotados de 'força normativa', mesmo que, para

72 - Por todos, cfr. LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Porto Alegre, 2010.

tanto, tenha que anular excepcionalmente certos atos do Parlamento e Executivo. Isto, sem que se fale, inexoravelmente, em detenção da 'última palavra', mas com a consideração de que, justamente fazendo este papel de 'contrabalanço', propugnado desde as teorias montesquieanas de '*checks and balances*', ou mesmo seu papel 'contramajoritário', o Judiciário está com isto garantindo também a própria democracia.

Por estes termos, a legitimidade do Poder Judiciário decorre do próprio sistema constitucional. Tal assertiva se confirmaria numa visão procedimentalista, de garantidor das 'precondições democráticas' ao velar pelas 'regras do jogo', envolvendo os atos de particulares e dos demais poderes, o que os críticos do ativismo não discutem, seja também numa visão substancialista. Sob esta última perspectiva, típica de DWOR-KIN, defende-se aqui neste trabalho que, respeitadas as posturas 'razoáveis' das instâncias da política majoritária em atitude de deferência, o Judiciário não estaria, à primeira vista, limitado para decidir sobre qualquer conteúdo material. Tornando-se 'fórum adequado de princípios', careceria apenas de fundamentar racionalmente suas decisões em um princípio basilar de 'igual respeito e consideração', devendo ter sempre em conta a limitação objetiva das próprias normas constitucionais que, por mais caráter aberto que possam ter, requerem uma interpretação que mantenha a integridade do sistema.

2.5.2. LEGITIMAÇÃO PELO ACESSO À JUSTIÇA

A legitimação do ativismo pelo acesso à Justiça pressupõe duas premissas básicas: a facilitação ao cidadão, por vários canais e mecanismos, para que o mesmo demande em juízo usando da Justiça como um seu '*locus*' adequado e, também, pela própria impossibilidade formal consignada pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário constante no art. 5º XXXV da CRFB de 1988.

No que pertine ao acesso do cidadão propriamente aos canais judiciais, como já relatado, observou-se no Brasil redemocratizado pós Constituição de 1988, verdadeiro movimento de 'demandização' ocasionado, dentre outros fatores:i) pela ampliação da pauta de direitos disposta na Constituição pluralista e nas legislações esparsas, a exemplo de 'novos direitos' como os constantes do Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e Adolescente e Código Ambiental;ii) edição da lei 9099/95 – com a criação dos Juizados Especiais – permitindo a reinvidicação na Justiça de significativa parcela de 'demanda reprimida', vez que se pode pleitear, até mesmo sem advogado, nos casos de limite de alçada até vinte salários mínimos na esfera cível;iii) sobrevalorização de órgãos de defesa de direitos coletivos e difusos da população como o Ministério Público, Defensorias Públicas, Procon's, Conselhos Tutelares da criança e adolescente; iv) maior conscientização de direitos por meio de ampla publicidade na mídia; universalização do ensino superior com a autorização de inúmeros cursos de Direito; v) ampliação e redimensionamento de mecanismos processuais como ações coletivas e remédios constitucionais (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular, mandado de injunção); vi) além da abertura procedimental, como no caso da ampliação do rol de legitimados para a ação direta de constitucionalidade⁷³.

De outra parte, o princípio insculpido no art. 5º XXXV da CRFB de 1988, impede, formalmente falando, a 'não decisão', dado que vive-se em um sistema de *non liquet* em que o Judiciário, quando provocado, é obrigado a se manifestar com argumentos racionais e fundamentados, nem que seja para dizer que tal demanda não é de competência do Judiciário. Nesta medida, ocorrem para a Justiça ampla gama de demandas que

73 - Art. 103 da CRFB de 1988 – com ampliação dos legitimados por influência das teorias do prof. Peter HABERLE sobre a 'sociedade aberta dos intérpretes da Constituição' – por uma abertura democrática, pluralista e procedimental. Cfr. AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Haberle e a Hermêutica...*pp.122 ss.

incitam a magistratura a exercer sua função e acabam por fazer-lhe aumentar sua estrutura, âmbito de atuação em verdadeiro fenômeno de judicialização, por vezes, desencadeando as justificáveis posturas ativistas, posto que dentro dos parâmetros constitucionais e, também, vez que os limites sobre 'quem pode decidir, sobre o que decidir' e como decidir' se tornaram muito tênues, permitindo-se controlar tal postura apenas por meio da aferição dos respectivos casos concretos.

Legitimidade, por assim dizer, fora da visão estreita de que só se confere por 'sufrágio direto' e pelo 'princípio da maioria', mas dentro do sistema democrático constitucional, dá-se, sobretudo, pela 'participação popular', seja em qual medida for, porque demonstra que o cidadão está participando, de uma forma ou de outra, dos 'destinos políticos da nação'. Como é intuitivo, se a população tem, cada vez mais, procurado o Poder Judiciário para reivindicar suas demandas, se as decisões judiciais, mesmo de conteúdo ativista, são efetivamente cumpridas, este sugerido 'aval social' tem, em certa medida, denotado a confiança para que tal sistema continue sendo utilizado – mas claro que sob rígida fiscalização quanto a possível transbordo de limites constitucionais razoáveis.

2.5.3. LEGITIMAÇÃO PELA FORMA DE INVESTIDURA

Da forma de investidura dos juízes conforme propugnada pelo próprio legislador constituinte originário, infere-se que magistrados também exercem, de certa forma, uma função representativa. O poder judicial reflete uma parcela de poder 'soberano', que tem sua forma de exercício também escolhida pela população ao delegar sua 'vontade constitucional' aos parlamentares constituintes que elaboraram os mecanismos e forma como juízes devem ser investidos em seus cargos, suas competências e seus limites formais ou substantivos de forma categórica. O ativismo, bem ou mal, não destoia desta ótica e, no que

tange à forma de composição da estrutura judiciária, comporta ainda uma análise singela sob dois outros prismas.

Quanto aos juízes de carreira, que submetem-se a rigoroso concurso público de provas e títulos com regras devidamente estruturadas pela Constituição, Resoluções do CNJ, Regimentos Internos e editais de Tribunais, vê-se que, a despeito da inexistência de sistema eletivo como é o caso, por exemplo, em determinadas estruturas judiciais como a americana, o acesso a referidos cargos é 'público'. As restrições são apenas profissionais, como o exercício da advocacia por três anos, o que não desnatura seu caráter democrático, posto que a acessibilidade é universal. Em regra, qualquer pessoa, sem distinção de credo, cor, sexo, apenas de idade e nacionalidade, como ocorre também com os mandatos eletivos (mas que podem ser implementados por qualquer um), pode tornar-se juiz. Isto, para exercer o cargo de acordo com as normas vigentes e elaboradas pelos parlamentares constituintes e também de acordo com a conjuntura social e costumes do ambiente em que vive, controláveis por um sistema de revisão judicial e também por órgãos administrativos como Corregedorias e CNJ.

De outra banda, o acesso de magistrados de segundo grau e de Ministros em Tribunais Superiores e as indicações diretas da Presidência para a composição do próprio STF,⁷⁴ ressalva-

74 - Ressaltes-se que a despeito da não legitimação de juízes da alta cúpula, por exemplo, por meio de voto direto, significa apenas que há o aval da própria Constituição democrática para a forma de escolha, carecendo, talvez, de mecanismos mais criteriosos que a mera indicação presidencial e posterior sabatina senatorial. Ou seja, se o fator legitimante ideal não é a indicação direta de outros poderes, pode-se pensar em sistema alternativo que necessite da revisão do sistema. Entretanto, o voto direto para Ministros do Supremo não se afigura viável e nem muito menos indicável pelo risco de tornar-se a Corte como instância populista ou sobrerrepresentativa. A guisa de explanação, há PEC's tramitando no Congresso sugerindo que as escolhas dos dirigentes do Supremo, tenham uma chancela 'bicameral' para contar também com a participação da Câmara dos Deputados ('casa representativa do povo', enquanto o Senado constitui representação dos Estados-membros da Federação), veja-se a PEC nº 342 ainda pendente de votação, bem como provenham de listas emanadas dos demais Tribunais e até mesmo a direção dos Tribunais estaduais seja

das as críticas⁷⁵do 'risco de politização', mas dentro do paradigma dos freios e contrapesos que se imaginou no desenho institucional do Poder, não deixam de representar um certo fio condutor de legitimidade. Assim, já que, para os Desembargadores em Tribunais Estaduais e Federais e Ministros de Tribunais Superiores em geral, há que se respeitar cotas denominadas de 'quintos constitucionais', representando carreiras jurídicas outras que não a magistratura como a Advocacia e o Ministério Público. Segundo teleologia justificadora desta regra, 'quintos' constitucionais (mesmo que vinculados a representantes de categorias técnicas) enfeixam uma 'oxigenação' no Poder Judiciário, trazendo componentes com visões jurídicas mais próximas do povo. A primeira destas classes estabelece-se patrocinando as causas de cada cidadão e, de consequência, é essencial à Justiça, com a missão também de defesa da cidadania (art.133 da CRFB). O Ministério Público, de outra parte e constitucionalmente falando, é o representante da sociedade, do regime democrático e do interesse público (art.127 da CFRB). A este componente, adiciona-se a nomeação por parte dos chefes dos Poderes Executivos (estes eleitos por sufrágio) respectivos que escolheriam, como regra e em listas tríplices, um dos indicados, sendo que, no Supremo Tribunal Federal, a escolha dos Ministros para as vagas abertas já seria de livre nomeação pelo Presidente da República, com posterior sabatina do Senado.

Ao cabo, há que se considerar o exemplo do CNJ que, funcionando como órgão do Judiciário controlando a atuação administrativa, financeira e funcional do Poder Judiciário, nos termos do art.103-B, XIII estipula a indicação legitimante de dois 'cidadãos' para Conselheiros, com nomes encaminhados, respectivamente, pela Câmara e pelo Senado. Assim, reforçada

resultante de escolha dos pares da magistratura.

75 - Para uma visão crítica sobre os critérios de escolha dos Ministros do STF, cfr. Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial*, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 138 e seg.

a participação popular no Judiciário para o incremento de sua sua legitimidade.

Em um paralelo, a legitimidade democrática dos investidos de mandato eletivo existe no momento dos pleitos, não havendo que falar em aferição permanente da legitimidade durante o exercício do cargo em si (veja-se até mesmo pela 'crise de representatividade' das instâncias majoritárias porque passa o Brasil), mas responsabilização apenas pelos meios jurídicos ou deixar-se de votar nos pleitos subsequentes. Raciocínio paralelo deve ser considerado em relação à legitimidade para a postura ativista, já que decorre também do exercício do cargo com todos os controles e limites a ele inerentes, considerando também que a investidura no cargo da magistratura, que mesmo enxergada como indireta, não deixa também de adequar uma certa legitimidade representativa.

2.5.4. LEGITIMAÇÃO POR DELIBERAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO

O processo de deliberação judicial fundamentado constante das decisões jurisdicionais tem ganhado cada vez mais foros de legitimidade. Por legitimidade, neste viés, entende-se a capacidade do Judiciário de corresponder a um 'sentimento constitucional' e popular, incrementando a aceitação de suas decisões pela população com base no aumento de sua credibilidade e não apenas pela imposição das mesmas.

A 'teoria da democracia deliberativa'⁷⁶ parte da concepção de que o 'princípio democrático' não pode restringir-se à escolha dos representantes, devendo envolver também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. Insere-se a esta questão a cultura 'pós-positivista'

76 - São expoentes de teorias de democracia deliberativa – Jurgen HABERMAS numa visão procedimentalista (aberta aos resultados da deliberação) e John RAWLS numa visão substancialista (parcialmente fechada aos resultados).

com necessidade de justificação racional das normas constitucionais ou chamada por ALEXY de 'representação argumentativa'⁷⁷.

Daí, a deliberação implica na própria condição de as partes (e porque não da sociedade nos casos possíveis e que envolvam direitos transindividuais) poderem dialogar previamente ou durante ao processo decisional, o que será melhor abordado em tópicos próprios, mas que podem abranger: a participação das partes pela própria lógica do contraditório (informação e reação adequada); participação em audiências públicas convocadas pelos magistrados; métodos alternativos e eficazes de solução de conflitos como a mediação e a conciliação; ações coletivas; figurar como '*amicus curiae*'; alargamento dos legitimados, por exemplo, para propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CRFB).

Em outra medida, a necessidade de fundamentação⁷⁸ das decisões judiciais decorre do próprio sistema constitucional, como dever fundamental de magistrados e direito de toda a

77 - Segundo esta concepção, mesmo que não adotando a teoria em sua integralidade, as Cortes poderiam justificar seu ativismo em decisões de 'casos difíceis', embora não formados por membros eleitos democraticamente, poderiam deliberar sobre os valores ali subjacentes, desde que seja por meio de uma representação argumentativa. Assim, 'a argumentação jurídica de Robert Alexy nos fornece o ponto de partida para discussões mais específicas e profundas, fornecendo um mínimo de racionalidade que, indiscutivelmente, reduz (embora ainda não por completo) a arbitrariedade das decisões dos problemas jurídicos'. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997. Ainda, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis*. Renovar, Rio de Janeiro, 2005. p. 132.

78 - A fundamentação das decisões dos magistrados, permitem um controle da 'justiça' e 'legitimidade' das mesmas pela análise racional e objetiva de seu iter. Neste sentido, CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por nós os advogados*. Trad. Ary dos Santos. 7 ed. Lisboa: Livr. Clássica, 2004. p.143. "A fundamentação da sentença é, sem dúvida, uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exactamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou".

sociedade conforme inculpido no art. 93 IX da CRFB. Agora, porque o juiz obriga-se a explicitar os motivos pelos quais tomou determinada decisão, tal fato não desnatura a condição de legitimidade que adquirem as decisões. Ao contrário, mesmo com a determinação formal de fundamentação, quanto mais explícita, abalizada e quanto mais forem considerados os pontos levantados no processo, mais legítima a atividade judicial e mais ganha a sociedade com um incremento de racionalidade, que não se limita a técnicas jurídicas prontas, mas absorvem, no mais das vezes, também, o sentimento social, os fatos colhidos nas instruções, considerações de perícias técnicas de outras áreas do conhecimento. Portanto, se colocadas em causa as práticas ativistas, porque podem ser atacadas de transbordar os limites autorizáveis em que o juiz possa decidir, com muito mais razão, para se legitimarem, precisa-se de esforço ainda mais concentrado de fundamentação.

2.5.5. LEGITIMAÇÃO PELA TRANSPARÊNCIA, CONTROLE E PUBLICIDADE

Fatores categóricos que legitimam a atuação ativista da magistratura são a obrigatoriedade de transparência e fiscalização dos atos administrativos dos órgãos da magistratura, além da necessidade de publicidade e controle (dentro das balizas do ordenamento jurídico consitucional) das próprias decisões judiciais.

Entende-se, de início, que o acesso à informação garante a transparência. Daí, no que tange aos atos e órgãos administrativos da magistratura, vincula-se a preceitos legais obrigatórios como a lei de acesso à informação e transparência pública (lei 12.527/1179), lei de responsabilidade fiscal (lei complementar

79 - Lei 12.257 de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso á informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da CRFB de 1988. Cfr. www.planalto.gov.br. Acesso em 07/09/2012.

101/0080) – ambas fortalecendo a possibilidade de aferição e sindicabilidade de contas dos atos e gastos administrativos (inclusive dos Tribunais) por parte da sociedade civil, que tem direito à prestação de contas. Em relação à publicidade das decisões judiciais em si, a sua divulgação é regra que permeia a prestação jurisdicional, envolvendo o acesso a autos, audiências e também divulgação e intimação quanto ao inteiro teor das decisões às partes. O sigilo é encarado de forma excepcional e só possível nos casos constantes expressamente das leis.⁸¹ Ao cabo, a nosso sentir, o maior fator legitimante dos atos judiciais no que tange à publicidade, são, sem sombra de dúvidas, e também numa postura propriamente ativista (de expansão da zona de influência do Poder Judiciário) a divulgação pela mídia dos trabalhos realizados pelos magistrados, associações e Tribunais. Assim, seja por o magistrado hoje se mostrar mais aberto à sociedade e participar de programas de rádio, televisão comentando decisões, leis e outros; escrevendo em colunas jornalísticas e *blogs* na internet; promovendo campanhas sociais de forma a angariar a simpatia⁸² e colaboração da sociedade e, até mesmo colaborando com matérias em sítios eletrônicos de Tribunais, além da realização de audiências públicas no teor de suas decisões, sem contar com a transmissão de julgamentos ao vivo pela televisão, *twitter*, e rádio Justiça,

80 - Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Lei que regulamenta disposto no Capítulo II do Título VI da CRFB de 1988. Cfr. www.planalto.gov.br. Acesso em 07/09/2012.

81 - Art. 155 do CPC – Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I – em que o exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação de cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. Cfr. www.planalto.gov.br. Acesso em 07/09/2012.

82 - Importante considerar que angariar a simpatia pública por parte do Judiciário, como já exposto, não pode significar o chamado 'populismo judicial', sob pena de prejuízo patente ao sistema democrático que pressupõe a imparcialidade do Poder Judiciário, que, ao invés de captar um sentimento social para legitimar-se, acabaria por ser escravo de maiorias contingenciais e momentâneas.

como em relação às sessões do próprio STF em tempo real e sem edições.

Por ricochete, tanto o controle, quanto a transparência e publicidade, geraram maior confiança e credibilidade no Poder Judiciário como um todo, redundando também no incremento de legitimidade até mesmo de decisões tidas como de cunho ativista, vez que estas, a despeito da controvérsia quanto a seus conteúdos, precisam adequar-se também a estes parâmetros objetivos.

2.5.6. LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO

A legitimação dos atos judiciais pelo procedimento deriva, em certa medida, da citada possibilidade de acesso à informação e publicidade ao cidadão e as partes quanto às 'regras do jogo'.

Neste sentido, ao longo mesmo do desenvolvimento do constitucionalismo, construiu-se teorias como de elevação do 'direito ao contraditório', corolário do 'devido processo legal' (cláusula do *due process* nas acepções instrumental e substantiva) como verdadeiro direito e garantia fundamentais, que pressupõe, na visão do professor DINAMARCO,⁸³ não apenas a observância formal de um direito fundamental à participação no processo, mas, também, a possibilidade de 'participação' efetiva das partes, em 'paridade de armas', no processo de construção da decisão judicial.

Para fazer implementar esta garantia, os magistrados em geral, vêm, paulatinamente, desapegando-se da tendência de

83 - "Tal é uma derivação da conhecida *legitimação pelo procedimento*, lançada em sede sociológica política e de valia em relação a todas as áreas de exercício do poder (Niklas Luhman). Mas, na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas processuais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal." DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1. 1999. p. 125.

aplicação sacralizada da lei, para, no caso concreto, utilizar-se desta concepção mais principiológica e de 'efetividade' do direito, como verdadeiro 'escopo da jurisdição'. Tal tendência conferiu maiores poderes ao magistrado, de forma que hoje este agente público pode se valer de recursos corriqueiros de 'instrumentalidade' para a implementação do direito que não deixam de revelar práticas ativistas. À guisa exemplificativa, as tutelas antecipadas (art.273 do CPC), a penhora *on line* (art.655-A do CPC), as tutelas específicas (art.461-A) somente hoje consideram-se positivadas e não há mais questionamento ferrenho quanto ao ativismo judicial neste ponto. Aqui, é bom que se diga, esta situação de estabilização somente é encontrável, posto que, em momento precedente, os juízes fizeram uma leitura prospectiva e sistemática de princípios constitucionais e processuais, de forma a garantir uma distribuição mais equitativa dos efeitos do processo para as partes e sendo que, reflexamente, os legisladores foram impulsionados a trazerem para o ordenamento estas possibilidades não mais questionáveis quanto a sua legitimidade.

2.5.7. LEGITIMAÇÃO PELA FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO MAGISTRADO

Parte-se da premissa de que, exercendo os magistrados efetiva parcela de poder soberano do Estado, por intuitivo, exercem uma função política e arvoram-se de uma condição de 'agentes de transformação social'.⁸⁴

A função política ativista em referência pode ser encarada sob inúmeros matizes sem desbordar do arquétipo constitu-

84 - A influência das práticas ativistas no Judiciário brasileiro é tamanha que o tradicional Congresso Nacional da Magistratura, realizado pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, já em sua XXI edição e que será realizada em novembro deste ano no Estado do Pará traz como tema central: *O Magistrado do século XXI como agente de transformação social*. Cfr. www.amb.com.br Acesso em 08/09/2012.

cional. Dentre eles, a interferência do Poder Judiciário na determinação das próprias regras políticas (veja-se decisões de cunho eleitoral que, recentemente, trataram da 'cláusula de barreira' ou da 'verticalização de partidos políticos'⁸⁵), decisões demonstrando a interferência judiciária na definição de políticas públicas como a construção de creches e escolas quando demandado em ações competentes que demonstrem que os recursos vinculados estão sendo aplicados em desvio de função. Em tal medida, o magistrado como agente de transformação social, poderia destinar verbas de transações penais e multas decorrentes de violação a direitos difusos aos Conselhos da comunidade⁸⁶ ou a fundos de reparação⁸⁷ com acompanhamento de sua destinação e coordenação de projetos sociais pelos próprios magistrados; substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito/alternativas acompanhando a ressocialização de pessoas condenadas, além de determinações (não constantes das leis) para demonstrar trabalho lícito e matrícula em instituições de ensino.

Ao cabo, também o poder dos juízes poderia ser canalizado na dimensão de um uso social de melhoria do 'sistema de justiça', de sua estrutura de trabalho e prerrogativas da própria magistratura, como a reivindicação para aperfeiçoamento da legislação⁸⁸ e participação de magistrados em grupos de trabalho como as inspeções carcerárias do CNJ, cumprimento de metas de nivelamento de Tribunais, desenvolvimento do pro-

85 - Cfr. www.tse.jus.br ; www.stf.jus.br Acesso em 09/09/2012.

86 - A instituição de tais Conselhos da comunidade decorre de previsão expressa da LEP – Lei de Execução Penal – 7210/84. www.planalto.gov.br Acesso em 09/09/2012.

87 - Previsão de fundos de reparação de direitos difusos e coletivos na lei da Ação Civil Pública, Lei 7347/85. Cfr. www.planalto.gov.br. Acesso em 09/09/2012.

88 - Os grupos de trabalho formados pelo Congresso Nacional para mudança do Código de Processo Civil e Código de Processo Penal agora, contam com magistrados convidados que, além dos trabalhos para o anteprojeto em si, e a trazida da experiência dos fóruns da ótica de quem aplica o direito, têm discutido as mudanças com a comunidade jurídica em geral em seminários e audiências públicas promovidas nos Tribunais país afora.

cesso judicial eletrônico, campanhas de conciliação, dentre outros, tornando a Justiça mais ágil e eficaz. Além do mais, a perspectiva social judicial também pode ser aproveitada de forma 'macro' (como se verá na discussão do macroativismo) seja por Tribunais, seja por associações ou órgãos administrativos como Corregedorias, Recursos Humanos e CNJ – na medida em que promovem campanhas institucionais de responsabilidade socioambiental, promoção de conscientização pública sobre direitos, gerando patente legitimação social.

2.5.8. LEGITIMAÇÃO PELA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO

A legitimação pela participação popular é a legitimação democrática por excelência e que não demanda maiores digressões. Implica na participação cidadã direta e considerada em si mesma, no que tange à formação do convencimento dos magistrados para a tomada de decisões. A despeito de carecer de parâmetros mais precisos e também de maior conscientização por parte da sociedade plural, é tema específico que também precisa ser melhor abordado de forma a assegurar a corresponsabilidade dos verdadeiros 'titulares do poder constituinte originário' no destino de nossa nação, que não deixa de ser construída dia a dia, também em cada decisão jurisdicional. Ou seja, com a expansão judicial sobre temas que afetam diretamente a todos, a população precisa conhecer melhor o desenho institucional do Poder Judiciário, seus mecanismos de funcionamento, dialogar e colaborar, na medida do possível e conforme permitido pelo ordenamento jurídico, para a efetivação dos seus próprios direitos.

Por este prisma, quanto mais a jurisdição se abre à sociedade, saindo de um modelo 'liberal e individual', de uma postura antes tida como hermética e burocrática por parte do Judiciário, mais legitimidade agrega a suas práticas. Assim, ganha

contornos ativistas na medida em que impulsiona e oxigena a forma de se prestar a jurisdição – que não pode se distanciar do modelo 'democrático participativo.'⁸⁹

Para usar uma expressão cara ao professor Paulo BONAVIDES, o Judiciário precisa insuflar na população um 'patriotismo constitucional'.⁹⁰ Entretanto, a forma de estimular esta legitimação pode partir do incentivo maior ao controle difuso de constitucionalidade, porque realizável pela base da magistratura e mais perto dos problemas imediatos do cidadão. Figuraria como "uma legitimidade reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e o ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo de cidadania".⁹¹ Demais disso, inúmeros instrumentos de participação popular, como sugerido em certa medida em certos pontos deste relatório e a serem trabalhados exemplificativamente nos capítulos subsequentes, denotam uma abertura procedimental e substancial aos influxos populares. Faz-se alusão aqui à própria ampliação dos legitimados para a interposição da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A da CFRB) decorrente da visão aberta e pluralista de HABERLE,⁹² admissibilidade da figura do *amicus curiae*; a participação popular nos métodos alternativos de solução de conflitos; a realização de audiências públicas realizadas pelo Judiciário em temas de grande repercussão social (ouvindo-se a população e levando-se em consideração seus argumentos nas decisões); a abertura de canais de informação e reclamações como Ouvido-

89 - A teorida de uma 'democracia participativa' é amplamente discutida pelo professor Paulo Bonavides em que faz digressões acerca da legitimação de uma Jurisdição Constitucional democrática, tecendo considerações sobre uma magistratura de consciência constitucional e de resistência. Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª ed. Malheiros, São Paulo, 2008.

90 - BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional*...p. 307.

91 - BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional*...p. 325.

92 - HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* (...) p.5 e ss.

rias judiciais, a utilização de ações de impulso por cidadãos como ação popular e de conteúdo coletivo como ação civil pública, todas aptas a defender um interesse transindividual; além da própria adesão social às campanhas institucionais promovidas pela magistratura.

CAPÍTULO III – O MACROATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO E SUA LEGITIMIDADE

3.1. MACROATIVISMO E SUAS PECULIARIDADES

Todo o desenvolvimento até aqui serviu para dar fundamento à legitimidade esperada para as posturas macro e microativistas. Especificamente quanto ao macroativismo, como é curial e em decorrência dos vários aspectos já levantados quanto à temática ativista, se percebe nitidamente que seu conceito não pode ter uma abordagem de uma única dimensão. Isso significa dizer que não se pode fixar um conceito unívoco, nem mesmo um critério estanque. A doutrina, acerca do que este trabalho chama aqui de 'macroativismo', por vezes enxerga de forma diferenciada, várias nuances do fenômeno⁹³em perspectivas⁹⁴como metodológica, processual, dirigista, estrutural, maximalista, cabendo aqui apenas fazer algumas ponderações sobre estas peculiaridades, no sentido de demonstrar que o debate é mais rico e fazer uma contraposição apenas com o conceito de microativismo, conforme já referenciado no Capítulo I.

93 - CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves x Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. p.558-565.

94 - Dada a extensão de critérios e classificações de posturas ativistas que poderiam importar ao tema específico do macroativismo, ao invés de sistematizá-los todos, o que não é o propósito deste ensaio, limitar-se-á a fazer referências pontuais a algumas de suas teorias quando da demonstração exemplificativa dos tipos de macro e microativismos.

Conquanto não haja a definição exata de uma postura ativista, posto que pode envolver estas várias dimensões das decisões ou da postura dos magistrados, pode-se vislumbrar uma ideia central convergente de expansão do poder ou função político-normativa por parte magistrados e Cortes em relação aos demais atores políticos ou da a zona de influência em relação à sociedade.

No que tange propriamente ao 'macroativismo judicial', deve-se entender a superação e especificação do conceito genérico de ativismo judicial, numa perspectiva positiva e com a intenção deliberada de estender o poder, competência, sentido de interpretação de questões não expressamente prescritas na Constituição e nas leis por parte da Instituição como um todo ou entendida de forma mais coesa – como expressão da visão, posicionamento ou '*modus operandi*' dos vários segmentos da magistratura ou das Cortes. Assim, independente do parâmetro de atuação que se queira abarcar, se no aspecto processual, estrutural, dentre outros, reflita uma 'voz' ou voluntariedade de determinado segmento do Poder Judiciário, com âmbito de abrangência nacional, geral, regional. Assim, na perspectiva de órgãos ou entidades como o Supremo Tribunal Federal - STF, Tribunais Superiores em geral, demais Tribunais e Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Associações de Magistrados do Brasil – AMB, para ficar nos exemplos mais característicos, sempre que se vislumbre um cunho 'institucionalizado' destas decisões ou práticas, sem se ater aos particularismos de uma decisão isolada apenas ou atuação de um magistrado considerado individualmente.

Situando melhor o tema e usando como parâmetro apenas uma das dimensões referidas, uma 'perspectiva processual' do macroativismo, valendo-se aqui da classificação proposta por CAMPOS95 ao referir-se especificamente à postura do STF,

95 - CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves x Gilmar Mendes* ...p. 560.

denotando um alargamento do campo de aplicação e utilidade dos processos constitucionais que a ele acorrem. Assim, para o autor esta forma de ativismo judicial, mais afeta ao macroativismo que ora se explora leva em conta, *verbis*:

"i) o uso frequente de sentenças que manipulam no tempo os efeitos das decisões, ii) tentativa de extensão da eficácia vinculante das decisões para os seus motivos determinantes, iii) ampliação da eficácia das decisões em sede de mandado de injunção, iv) a busca pela amplitude do cabimento do instrumento da reclamação, de modo que se possa realizar em seu bojo o controle incidental de constitucionalidade, v) a tentativa, ainda não bem-sucedida, de atribuição de eficácia vinculante também para as decisões tomadas no âmbito do controle difuso, o que se tem denominado de 'objetivização do controle difuso' e, mais por fim, vi) a construção de súmulas vinculantes a partir de decisões que não são reiteradas'.

Por aqui, veja-se que, de um modo geral, o que se percebe é a vontade deliberada de se dar elasticidade à decisão ou práticas judiciais, nesta referida perspectiva 'macro', a exemplo da ideia própria das Súmulas Vinculantes – instituto amplamente questionado antes de sua introdução no ordenamento pela EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário), posto que, a despeito da proposta de estabilidade do sistema e mecanismo de filtragem do volume exorbitante de demandas processuais, não deixa de ter um certo 'caráter normativo' criando limitações às decisões de primeiro grau e demais instâncias inferiores. Entretanto, a crítica que se espousa e que é afeta ao ativismo, não gira mais em torno da edição propriamente das Súmulas, posto que já autorizadas constitucionalmente, mas sim sobre a observância de seus requisitos, como a obrigatoriedade regulamentada de se observar um número significativo e reiterado de prece-

dentes antes de serem editadas, o que, por óbvio, deslegitimaria este tipo de ativismo⁹⁶.

Nesta medida, já que a proposta deste ensaio não é de esgotamento do tema, mas apenas de trazer à discussão as justificativas de legitimação das posturas ativistas, considerando toda a fundamentação sobre a legitimação já referidas, coube neste tópico apenas apresentar algumas das peculiaridades ou viéses do macroativismo para que possam ser melhor esmiuçados e entendidos, quando da exploração dos exemplos práticos. Sobre os contributos de legitimação desta forma ativista em questão, devem-se compatibilizar os fatores elencados no Capítulo II com os casos que serão trazidos à baila nos tópicos subsequentes.

3.2. OS VÁRIOS MACROATIVISMOS PRATICADOS PELO TRIBUNAL BRASILEIRO EM GERAL, CNJ, STF E ASSOCIAÇÕES DE MAGISTRADOS: COMPATIBILIZAÇÃO COM OS CONTRIBUTOS LEGITIMADORES

Exemplo dos mais categóricos de um possível macroativismo praticado pelos órgãos coletivos ou magistratura considerada de forma institucionalizada é o que leva em conta uma postura metodológica. Nesta, pode-se fazer um uso dilargado dos textos constitucionais e legais além de um sentido literal, conservador ou minimalista, ou aplicar diretamente a Constituição sem a ponte legislativa que se esperaria, levando-se as discussões quanto às possibilidades de 'criação judicial do Direito'. Neste diapasão, objetiva-se que a criação judicial do Direito pode ser tida como decorrente do sistema, de realização da

96 - CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves x Gilmar Mendes* (...) p. 561. nota 68 cita o exemplo da Súmula Vinculante nº 11 do STF (DOU 22/08/2008), cuja aprovação foi precedida de apenas um precedente do Pleno e outro da 1ª Turma, distante um do outro por quase dois anos (STF – Pleno, HC 91.952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/12/2008; STF – 1ª Turma, HC 89.459/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02/02/2007).

'justiça do caso concreto' em que o magistrado apenas dá concretude à norma – fazendo o papel autorizado de verdadeiro 'legislador de segundo grau'.

Por esta perspectiva, cita-se o exemplo de CAMPOS quando trata da própria Resolução nº 7 do CNJ, depois confirmada em sede de controle concentrado pelo STF, que tratou da vedação ao 'nepotismo' (RE 579.951/RN)⁹⁷. Utilizou-se de uma aplicação direta dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e eficiência para determinar a proibição de exercício cargos de confiança ou função gratificação de parentes de magistrados ou servidores com atribuições de direção ou assessoramento até terceiro grau e que acabou gerando repercussão para os demais Poderes. No caso vertente, a aplicação ativista da norma constitucional foi ovacionada pela população brasileira em geral que enxergou os mecanismos legitimadores de: conformação do desenho institucional constitucional, transparência e controle do Poder Judiciário, fundamentação no fórum de princípios por meio de uma razão pública, além do próprio fator moralizante que permite que cidadãos em geral possam ocupar os referidos cargos e funções por meio de critérios mais objetivos ou, no mínimo, por seleções impessoais – o que favorece sobremaneira a democracia em sua perspectiva de igualdade.

Na classificação do autor referido acima, antevê-se também uma dimensão estrutural⁹⁸ do macroativismo que pode ser alocada nas posturas, tanto do Supremo, quanto de Tribunais em geral, em temas que antes eram tidos como infensos ou imunes ao controle judicial. Assim, já que tradicionalmente afetos aos espaços da política majoritária, onde utiliza o exemplo do controle dos critérios de validade das medidas provisó-

97 - CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves x Gilmar Mendes* ...p.560. STF – Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandovski, DJ 24/10/2008.

98 - CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves x Gilmar Mendes* ...p.563.

rias editadas pelo Poder Executivo.⁹⁹ Este exemplo, além de emblemático e categórico, é interessante porque demonstra que, além de poder-se discutir a razoabilidade ou não de intervenção judicial em âmbito do Poder que controla a Administração Pública, tal matéria interessa diretamente também ao Poder Legislativo, que se ressentia de um esvaziamento de sua competência e trancamento contínuo de sua pauta. A legitimação desta prática, além da conformação do controle constitucional pela observância das regras estabilizadoras do instituto como a 'necessidade e urgência', observou o reclame por deliberação e fundamentação adequadas, procedimentalização e transparência. Além, permeabilizou-se às expectativas do próprio Poder Legislativo e críticas populares sobre a banalização do instituto das Medidas Provisórias que estavam gerando instabilidade e distorção no sistema.

Já, em relação aos exemplos de Tribunais em Geral (que além da perspectiva estrutural citada) confundem-se, em certa medida, com a fórmula que utiliza-se neste trabalho do 'macroativismo' social. Na concepção de FRAGALE FILHO, ao comentar mais especificamente sobre um tipo macroativismo exercido pelas associações de magistrados, usa da expressão 'ativismo para dentro'¹⁰⁰ - em que também poderia representar: a construção de uma identidade institucional, a defesa de uma democracia corporativa ou a adoção de ações administrativas e judiciais que busquem explicitar os contornos profissionais da função judicial.

Na política institucional de legitimação do poder de uma Corte não específica, pode-se constatar inúmeros exemplos de

99 - STF – Pleno, ADI-MC 2.213/DF, Rel Min Celso de Mello, DJ 23/04/2004.

100 - FRAGALE FILHO, Roberto. Ativismo judicial e sujeitos coletivos: a ação das associações de magistrados. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, FRAGALE FILHO, Roberto, LOBÃO, Ronald (orgs) *Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011. p. 369.

cunho social que pretendem, sobretudo, aproximar-se do cidadão. São corolários desta ideia uma maior acessibilidade aos usuários da Justiça como Ouvidorias e Corregedorias, fornecendo espaços próprios de reclamação e informação, permitindo o controle popular direto, além de campanhas de conscientização de direitos por meio de meios de mídia como rádios locais, redes de TV, realização de audiências públicas para servirem como espaço de pluralização e abertura procedimental, sem contar as inúmeras campanhas como a de valorização dos mecanismos conciliatórios, que trazem uma democraticidade interna às decisões judiciais e permitem que o povo entenda-se como co-detentor da possibilidade de solucionar suas próprias demandas.

3.3. EXEMPLOS DE CUNHO MACROATIVISTA PRATICADOS PELO STF: CASOS EMBLEMÁTICOS E JURISPRUDÊNCIA

No Brasil, os exemplos mais contundentes de 'macroativismo' são aqueles praticados pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já explicado por algumas de suas dimensões acima, vez que a abrangência de suas decisões tem potencialidade de alcançar todos os demais Poderes, sociedade e instâncias judiciais, a temática sempre se vê às voltas com complexas e paradigmáticas matérias de interesse nacional e o caráter das mesmas, geralmente ganha foros de posição institucional da Corte.

Novamente, traz-se à colação exemplos do mestre BARROSO que cita exemplificativamente posturas ativistas da mais alta Corte brasileira nos casos que definiram:

"i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); iv) liberdade

de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso El-Iwanger); v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF), além de diversos outros casos como: extradição de Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF0, questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP0.101"

Portanto, este tópico limitar-se-á a elencar este citado rol não taxativo de situações macroativistas que podem perfeitamente dentro dos fatores já referenciados. Toma-se como parâmetro, por derradeiro, uma de suas decisões jurisprudenciais mais emblemáticas, sob a ótica de Tribunal como 'casa do povo', aproveitando a alegoria utilizada por um de seus próprios Ministros Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3510, conforme é o exemplo de PAIVA¹⁰² sobre o ativismo na discussão da lei de biossegurança e regulamentação de pesquisa médica com células-tronco embrionárias. Merece ser transcrito na íntegra, mesmo que extenso, pela 'eloquência' da decisão na sua autojustificação de legitimidade:

'A Jurisdição constitucional não pode tergi-versar diante de assuntos polêmicos envolvidos pe-

101 - BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. p.231.

102 - PAIVA, Paulo. *Juristocracia*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. p.231.

lo debate entre religião e ciência. É que em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos. Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no Parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional Alemão nos casos sobre o aborto (BVerfGE 3, 1, 1975; BVerfGE 88, 203, 1993). Muito se comentou a respeito do equívoco

de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, com a de quando começa a vida (omissis). O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode sim, ser uma Casa do Povo, tal qual o Parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas (omissis). O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei 11.105/2005, especificamente de seu art. 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional. Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão'.

Como sobredito, a decisão, por si só, se autojustifica quanto a sua legitimidade. No limite, é o que importa ao propósito do trabalho sem entrar nas digressões específicas de moral e filosofia debatidas, posto que o limite até onde o Judiciário pode e não pode apreciar quanto ao conteúdo material já foi considerado nos capítulos precedentes quanto a seus aspectos gerais parametrizadores.

Na prática, a referida decisão emblematisa-se por considerar a própria legitimidade da jurisdição constitucional exposta pela conformação do desenho traçado pela própria Carta Maior; valida-se por deliberar em fórum racionalizante dos argumentos trazidos à matéria; enfrenta a possibilidade dos limites de capacidade institucional com base na oitiva de *experts* (peritos) sobre os temas que refugam ao cotidiano ou formação prévia dos Ministros; abre-se procedimentalmente e de forma democrática ao permitir a participação popular e, mais especificamente, dos amigos da Corte, nas audiências públicas e espaços democráticos de deliberação prévios ao julgamento. Mas não para aí, vai além, quando discorre sobre a ocorrência prática de o caso ter tido realmente uma participação popular e uma visibilidade muito maiores quando discutidos no STF, do que quando levados à efeito no Parlamento. Ou seja, demonstrou uma legitimidade mais intensa quando a questão foi judicializado do que tradicionalmente se esperaria quando a questão foi debatida nos espaços da 'política majoritária'. Assim, não há reparos a acrescentar.

3.4 CASOS EMBLEMÁTICOS DE MACROATIVISMO SOCIAL PRATICADO PELAS ASSOCIAÇÕES DE MAGISTRADOS

Volvendo novamente à vertente do macroativismo social,

as práticas desempenhadas pelas associações de magistrados tomaram outro vulto de ativismo corporativo e social realizado de forma institucional, saindo da categorização estanque e mais comum de limites quanto ao poder de decidir dentro dos processos judiciais e, por isto, carecendo de maior detalhamento.

Da vinculação a uma ideia de 'clube recreativo', espaço de confraternização e socialização de colegas, as associações de juízes passaram a se tornar verdadeiros 'braços políticos' do Poder Judiciário como um todo. Suas pautas agora abrangem uma política proativa de legitimação institucional, aparelhamento do Poder Judiciário quanto à estrutura física e arcabouço de prerrogativas, além do diálogo entre instituições para a melhoria do próprio Sistema de Justiça e legislação, sem falar na reivindicação de políticas públicas, tendo as associações de magistrados como novas interlocutoras da própria sociedade.

Segundo estudo feito por FRAGALE FILHO 'o debate em torno do ativismo judicial extrapolou o espaço da controvérsia jurídica'¹⁰⁴ e por meio da ação das associações, 'torna possível uma outra forma de participação da magistratura no mundo. Ou seja, elas possibilitam uma outra forma de ativismo que não se expressa por meio de decisões judiciais, mas é fundamentalmente construído pelo anonimato da ação coletiva'.¹⁰⁵ Ainda nesta concepção, tem 'o propósito de forjar os traços de uma outra cidadania participativa e emancipadora'.¹⁰⁶

Nesta seara, numa pauta de reivindicação por melhoria do Sistema de Justiça e da legislação pode-se elencar movimentos das associações como para: aparelhar melhor os edifí-

104 - FRAGALE FILHO, Roberto. *Ativismo judicial e sujeitos coletivos: a ação das associações de magistrados*. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de, FRAGALE FILHO, Roberto, LOBÃO, Ronaldo. *Constituição & Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2011. p. 362.

105 - FRAGALE FILHO, Roberto. *Ativismo judicial ...*359.

106 - FRAGALE FILHO, Roberto. *Ativismo judicial ...* 362.

cios dos fóruns, dotando-os de melhor estrutura física e de segurança por meio de conversas permanentes com os próprios Tribunais, bem como reivindicando alocação orçamentária junto aos demais Poderes para tais políticas públicas que acabam por tornar a prestação jurisdicional mais ágil, beneficiando diretamente o cidadão. A outro giro, campanhas como para a simplificação da linguagem forense de forma a facilitar a conscientização e reivindicação de direitos; campanha nacional de conciliação para trazer o cidadão para ser colaborador da Justiça e participar da construção da decisão judicial; movimento para corrigir distorções do sistema como a necessidade de reformas legislativas à vista da preemência da reformulação e atualização de Códigos ultrapassados; ou mesmo a deflagração da mobilização popular para a protocolização, por exemplo, 'lei da ficha limpa' incitada pela AMB, sendo que, de forma reflexa, a legitimação se dá pelo incremento de credibilidade pela reivindicação de pautas que beneficiam a sociedade.

Quanto às políticas sociais associativas, são também inúmeros os exemplos a serem trazidos, mas para ficar com algumas amostras destacam-se: campanhas de adoção como 'Mude um destino', tentando corrigir uma distorção de órfãos que não encontram famílias substitutas e também ficam sem a devida estrutura de amparo estatal (AMB); projetos de responsabilidade socioambiental como encontrável em vários Tribunais do país e também no STJ, que tentam também eliminar o uso de papel para tornar desnecessário o desmatamento; projeto 'Justiça e Cidadania se aprendem na escola', lançado pela AMB, entretanto, encampado por diversos Tribunais de justiça e milhares de magistrados nas escolas de suas respectivas comarcas, ao fomento de um 'jurisdicionado do futuro', mais consciente de seus direitos e deveres.

Também, pode-se fazer referência a projetos de cunho 'macroativista' que se legitimam pelo próprio benefício direto canalizado para a população, como os encampados por Tribu-

nais estaduais que têm o apoio institucional e parceria de associações de magistrados: 'Justiça Itinerante' (em que há o deslocamento de magistrados e estrutura de apoio para regiões onde não há a presença direta do Poder Judiciário para prestar a jurisdição de forma descentralizada e *in loco*, veja-se em regiões rurais, comunidades ribeirinhas e até silvícolas. Também, para terminar com um exemplo institucionalizado do Estado de Goiás, o projeto de 'Justiça terapêutica'¹⁰⁷ que pretende reinserir usuários de substâncias entorpecentes, a partir de tratamentos e trabalhos de ressocialização, com isto, evitando-se a cadeia de crimes correlatos.

Traça-se, assim, um outro tipo de relação da comunidade com o Judiciário e o conceito de ativismo, enxergado inicialmente com uma conotação pejorativa, posto que inadvertidamente taxado de prática 'usurpadora de funções', dissemina-se no meio jurídico sob matizes significativamente mais defensáveis – se contrapostos aos questionamentos quanto aos limites da decisão judicial.

CAPÍTULO IV – O MICROATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO E SUA LEGITIMIDADE

4.1. MICROATIVISMO E SUAS PECULIARIDADES

A lógica geral do fenômeno denominado aqui neste relatório como 'microativismo judicial', sobretudo quanto aos seus fatores de legitimação, é a mesma parametrizada para o macroativismo já satisfatoriamente descrito. Entretanto, difere-se deste último por uma questão de enquadramento, âmbito e efeito de suas decisões e práticas (mais pontuais e menos abrangentes) e, as vezes, até mesmo por uma questão de grau ou procedimento, vez que certos tipos de decisões ativistas (as consideradas macro) só são possíveis em sede de controle con-

centrado de constitucionalidade, difuso mas com repercussão geral (como no recurso extraordinário de competência do STF) ou só possuem significado externo significativo se forem proferidas em concerto de opiniões¹⁰⁸ de uma Corte ou por meio de uma posição institucionalizada partida de seus órgãos de representação de cúpula. Assim, vê-se que a definição do que seja microativismo e seu entendimento somente é possível numa perspectiva relacional.

Por assim dizer, 'microativismo judicial' reflete posicionamentos, decisões jurisdicionais ou trabalhos sociais individualizados dos magistrados, seja na concepção de membros isolados de uma Corte de Justiça (Tribunais em geral), representada pelo estilo e conteúdo de seus votos tomados de forma particularizada, seja pelo perfil da justiça do caso concreto realizada pelo magistrado de qualquer instância, em sua atribuição própria em sua vara de competência, órgão, Comarca ou Tribunal. Isto, considerando sempre o caráter proativo de suas práticas, em circunstâncias que denotem uma vontade deliberada de expandir o alcance de suas funções jurisdicionais ou como agente de transformação social, não se limitando a uma visão estanque e conservadora quando do exercício de suas competências ou da interpretação da CRFB de 1988.

Pode ser considerado um ativismo praticado de forma 'artesanal', a realização da 'microjustiça' dos casos concretos e limitadas às esferas de competência de seu próprio órgão, geralmente considerado de forma individualizada e pontual.

No que tange ao caráter jurisdicional do microativismo, se vê às voltas com decisões sobre os espaços antes tidos como da 'política majoritária' ou em que hajam desacordos morais também protocolizados até em primeira instância, em que o magistrado poderia ser chamado a fazer controle difuso de

108 - Não é demais lembrar que a externalização da 'opinião' das Cortes manifesta-se por 'maioria de votos' de seus membros, seja do órgão especial, turmas ou pleno.

constitucionalidade como, por exemplo em: 'decisão sobre permissão de aborto de fetos anencefálicos', 'concessão de liberdade provisória em crime de tráfico de entorpecentes', 'progressão de regime em crimes hediondos', 'determinação de efetivação de políticas públicas como o fornecimento de remédios e tratamentos médicos gratuitos pelo SUS', 'questões envolvendo partidos políticos e direito eleitoral fora da disposição legal', até mesmo 'sindicabilidade do mérito de questões de concursos públicos para serem anuladas'.¹⁰⁹

De outro plano, o microativismo social é perceptível sobretudo nas práticas realizadas fora do gabinetes¹¹⁰ junto à Comunidade em que o juiz, utiliza-se da imagem criada do Poder Judiciário local ou a que está inserido, de forma a se canalizar a participação popular para a reivindicação de políticas públicas, campanhas educativas, bem como para atividades que contribuam para a solução alternativa de conflitos sociais, evitando a judicialização de demandas. Assim, contribui-se para uma legitimação do Poder – Estado – juiz, na lógica já explanada quanto ao macroativismo, entretanto, em uma dimensão mais compartimentada.

4.2. TIPOS DE MICROATIVISMOS POSSÍVEIS PRATI-

109 - Ressalte-se que algumas destas questões chegaram, posteriormente, a serem decididas pelo STF em sede de recurso extraordinário ou mesmo em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o rol apresentado deu-se apenas de forma exemplificativa para demonstrar a variedade de questões envolvendo casos difíceis que podem também ser levados para as instâncias inferiores.

110 - Como é cediço, no Brasil, centenas de magistrados hoje são até mesmo 'incitados' em cursos de formação e aperfeiçoamento, além doutrinas vanguardistas sobre o novo perfil que a sociedade espera da Justiça, para que adotem também perfil de cunho social – trabalhando com a comunidade fora do aspecto eminentemente jurisdicional – de modo a evitar a judicialização desenfreada de demandas como as medidas conciliatórias, promover conscientização de cidadania, com isso incrementando a credibilidade e legitimidade do Poder Judiciário – numa atividade entendida como 'próativa' e destoante da imagem típica que se tinha do papel do magistrado, que, independentemente de não resvalar necessariamente no exercício 'típico' dos demais Poderes, nem por isto deixa de ser verdadeira postura 'ativista' – entretanto, de cunho prático social.

CADOS INDIVIDUALMENTE PELOS MAGISTRADOS DE PRIMEIRO GRAU ESTADUAL COM POTENCIAL DE LEGITIMAÇÃO SOCIAL

Sem descer a uma consideração conceitual e exauriente sobre os tipos de microativismos possíveis e também levando-se em conta as referências teóricas e categoricas de fatores legitimantes já explanados, o presente tópico limitar-se-á a fazer uma descrição exemplificativa e prática. Também penderá por uma abordagem generalizante, até mesmo porque, muitos dos exemplos referidos podem, em certa medida, confundir-se com exemplos já explanados de 'macroativismo', posto que a diferença que ora apontamos muitas vezes é apenas de grau ou de âmbito de incidência.

Como exemplos do 'microativismo' – a Justiça proativa realizada no dia-a-dia e pela atuação difusa e individualizada de juízes, sobretudo de primeiro grau, pode-se ressaltar, primeiramente, um dos casos mais emblemáticos e que muitas vezes gera controvérsias – que é o da determinação de prestação positiva de políticas públicas para um suposto resguardo de direitos fundamentais¹¹¹. Um dos exemplos mais característicos é o da conformação do direito fundamental e constitucional à saúde (na categoria dos direitos fundamentais de 2ª dimensão no âmbito dos direitos sociais do art. 6º da CRFB) *versus* capacidade orçamentária estatal quando solicita-se ao Poder Judiciário ordem mandamental para fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos gratuitos pela rede pública de saúde.

A controvérsia gerada, resvala na ponderação de interesses, sempre observável, em que – de um lado se tem reivindicações tidas como razoáveis de medicamentos constantes de

111 - O termo 'direitos fundamentais' aqui é enxergado na perspectiva do que propôs conceitualmente o professor REIS NOVAIS, em seu compêndio *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.p- 49-54.

lista12ou resoluções do Sistema Único de Saúde - SUS, com previsibilidade, significando que o Executivo deveria se municiar, preventivamente, com quantidade suficiente de medicamentos para fornecê-los para a população carente) em face – de outro lado – das alegações de extrapolação da capacidade financeira do Estado, sendo que, quando chegam a ser analisadas pelo Supremo Tribunal precisam ser adequadas ao que propõe o princípio da 'reserva do possível'.¹¹³Também são na mesma teleologia as decisões que, muitas vezes, determinam a realização de exames, tratamentos ou compra de medicamentos ainda em fase experimental, sem a segurança necessária atribuída pela comunidade científica ou mesmo de valores vultosos a

112 - Observe-se que o exemplo dado por Luis Roberto Barroso leva em consideração o fornecimento de remédios 'não constantes' das listas do SUS ou mesmo tratamentos médicos no exterior e ainda em fase experimental. Sobre este ponto, há que se considerar que o exemplo dado, geralmente vivenciado por juízes de primeiro grau, aqueles que laboram 'no chão da fábrica' para utilizar uma expressão recorrente da ciência da administração, os conflitos são gerados mesmo com os remédios e tratamentos normais, corriqueiros do dia-a-dia, mas que faltam constantemente das políticas públicas do Poder Executivo, sendo que não são feitas licitações a contento e os recursos que deveriam ser destinados á saúde, quando não mal geridos, são insuficientes porque concentrados nos entes autônomos com maior compatibilidade orçamentária como Estados e União, quando não são desviados. Neste aspecto, em que pese a patente intervenção, as próprias secretarias de saúde ao prestar informações em mandados de segurança se valem sempre do argumento da 'reserva do possível', ao tempo que, informalmente, muitas vezes relatam para os pacientes que acorrem a estes espaços públicos que só irão tomar providências se houver determinação judicial – o que, por óbvio, percebe-se que há um incentivo ou uma necessidade para a prática de ativismo judicial.

113 - "A reserva do possível (*Voerbehalt des Moglinghen*) pressupõe que os direitos fundamentais não consagram, apenas, uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), contendo, também, um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Quer dizer, se, por um lado, a atribuição de formular e concretizar políticas públicas é tarefa típica das funções legislativa e executiva, de outro, é dever do Supremo Tribunal Federal – fiscalizar, em sede de controle abstrato, o efetivo cumprimento das liberdades públicas e dos direitos revestidos de conteúdo programático, delineados na Carta maior. A 'reserva do possível' reside justamente neste ponto: verificar se os direitos constitucionais, a exemplo daqueles de segunda geração – direitos econômicos, sociais, culturais – estão sendo respeitados pelo Poder Público, o qual tem o dever constitucional de os concretizar.' BULOS, UADI. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

serem obtidos no exterior – o que levaria a questionamentos sobre a razoabilidade na interpretação dos direitos e garantias fundamentais da Constituição por parte do Judiciário e críticas ferrenhas ao ativismo exercido neste sentido.

Na perspectiva do professor Ingo SARLET, a 'reserva do possível', em casos como tais não pode servir de anteparo para a obrigatoriedade constitucional dos demais poderes, o que como sustentado, fomenta o tipo de ativismo que os demais Poderes acabam por criticar, leia-se:

"Outro problema a ser considerado diz respeito à gratuidade dos serviços de saúde prestados pelo poder público e às relações entre o sistema de saúde prestados pelo poder público e às relações entre o sistema de saúde pública e os assim designados planos de saúde privados, já que se revela como sendo de difícil sustentação, ainda mais num país como o Brasil, caracterizado por tanta desigualdade social, que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito de 'reserva do possível'. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais'¹¹⁴.

Sobre este aspecto, deixando para tecer maiores considerações sobre a legitimidade do ativismo de forma prática em

114 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, mínimo existencial e direito privado*. In. Revista de Direito do Consumidor nº 61, janeiro-março de 2007, p. 90 e ss.

decisão sobre este mesmo tema em tópico subsequente, importante se fazer uma advertência sobre a necessidade sempre presente de se perquirir sobre o que se entende por 'direitos fundamentais'. Isto, já que seu conceito é equívoco e depende do sistema constitucional que se está a examinar,¹¹⁵ sendo estes, de forma geral,¹¹⁶ identificados pelo professor REIS NOVAIS como 'posições subjetivas jusfundamentalmente protegidas pelas normas constitucionais que são designadas entre nós, por direitos, liberdades e garantias'.¹¹⁷ Também, como se há de considerar neste trabalho' posições subjetivas que têm o grau de determinabilidade suficiente para se imporem aos diferentes poderes constituídos de forma juridicamente vinculativa e judicialmente controlável com recurso a parâmetros de controlo

115 - Com base em estudos de SANTOS, "nos países tidos como periféricos e semiperiféricos, como estávamos atrasados em termos da efetividade das gerações de direitos fundamentais, em relação ao ativismo experimentado, os Tribunais passaram a assumir a sua corresponsabilidade política na atuação providencial do Estado. A distância nestes países entre a Constituição e o direito ordinário é enorme. Daí a constatação de que no Brasil o ativismo vem ganhando espaço e muitas vezes mostrando uma postura 'agressiva' na defesa de direitos fundamentais – sobretudo na primeira instância". Cfr. SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma democracia de alta intensidade: renovar a teoria crítica e renovar a emancipação social*. São Paulo: Bontempo, 2007.

116 - REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra Editora, Lisboa, 2003. "Há em todo o caso, elementos comuns a todas as normas de direitos fundamentais: em todas, como é próprio das normas constitucionais, há a imposição ao Estado ou às entidades públicas – enquanto destinatários primários dos direitos fundamentais – de particulares deveres jurídicos de fazer, de não fazer, ou de suportar, de todas as normas de direitos fundamentais resultam para os particulares, enquanto titulares dos direitos fundamentais, directa, ou indirecta ou reflexamente, imediatamente ou de forma diferida, real ou potencialmente, situações de vantagem relacionadas com a possibilidades de fruição de bens juridicamente protegidos por estas normas; por último, e por força da sua consagração constitucional ou da sua importância, que as referidas obrigações estatais quer as situações individuais de vantagem são excluídas da disponibilidade das maiorias políticas conjunturais, ou seja, tanto do legislador ordinário, quanto, embora já num outro plano, do próprio legislador constitucional. p.53.

117 - REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003. p. 49.

deduzíveis da Constituição'.¹¹⁸ Entretanto, as discussões próprias sobre direitos fundamentais carecem, como é curial, de maior dimensionamento e análise mais profunda, o que refoge aos propósitos deste breve ensaio – até por sua delimitação temática e de espaço.

A outra medida, no plano do microativismo social, em termos de posturas proativas dos magistrados fora do âmbito decisional, mais propriamente como forma de reforço institucional local, agente de transformação social, reivindicação de políticas públicas e de melhoria do próprio sistema de justiça pode-se elencar: i) a mobilização de políticas preventivas com apoio popular para campanhas de informação à população quanto a seus direitos e deveres (em escolas, programas de rádio, faculdades e TV); ii) projetos locais de reinsersão social de egressos do sistema prisional, projetos piloto de formas não adversariais de solução de conflitos (como os Centros de Pacificação Social e os Núcleos de Solução e Resoluções de Conflitos); iii) realização de mutirões de cidadania coordenados por juízes individualmente em suas Comarcas; iv) trabalhos junto às comunidades carentes para se permitir um maior acesso à Justiça criando-se projetos de 'Justiça Itinerante' em locais que não sejam sede de Comarca; v) campanhas preventivas de combate ao tráfico de drogas e de pessoas e de pedofilia; vi) realização de audiências públicas em temas que afetem toda a comunidade local, a exemplo de questões ambientais; vii) rea-

118 - REIS NOVAIS, *As restrições não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora p. 49. Daí, importante considerar, na concepção de equivocidade da designação a direitos fundamentais, assim como considerou o eminente professor que 'a utilização indiferenciada da expressão direitos fundamentais pressupõe a consciência, que a que se dá como adquirida, de que sob uma tal designação se abrigam posições, situações, faculdades, competências, deveres e obrigações muito diversificadas. Desde logo, e para o que nos importa, é possível detectar nesta variedade uma diferenciação gradativa de força de resistência jurídica que se projecta, diretamente, numa elasticidade das margens e possibilidades de intervenção restritiva por parte dos poderes públicos e, indiretamente, numa diferenciação correspondente da intensidade do controlo judicial que sobre elas incide'. p.49.

lização de convênios com a representação dos demais poderes estatais locais permitindo a melhoria das condições de atendimento dos jurisdicionados com a cessão de equipamentos, servidores, instituição de núcleos de práticas jurídicas de faculdades dentro dos fóruns; viii) participação em núcleos de aperfeiçoamento de legislações e comissões de elaboração de Códigos, colaborando na elaboração de projetos de lei de matérias que não sejam de iniciativa propriamente do Poder Judiciário, de forma a colaborar com o sistema de Justiça como um todo.

Nesta esteira de intelecção, fez-se menção a estes exemplos de práticas ativistas sociais, que não se confundem com o padrão discutido pela doutrina em geral que busca focar uma espécie de ativismo limitada apenas ao supostos 'transbordos dos limites de sua competência jurisdicional' ou mesmo nas discussões afetas ao controle de constitucionalidade, o que se considerou neste trabalho, entretanto, deixando-se assente que o fenômeno do ativismo hoje comporta inúmeras outras dimensões que necessitam de debate na academia.

No que pertine à legitimação das condutas acima elencadas, entende-se que hoje pode-se vislumbrar um novo perfil de magistrado, proativo, que saiu da condição hermética e burocratizada, permitindo a participação popular nos procedimentos e conferindo maior acesso à jurisdição, além de sair de uma condição de inércia em todos os sentidos (até mesmo no impulso processual) para responsabilizar-se por uma entrega da prestação jurisdicional mais efetiva.

O ativismo, em termos de determinação de políticas públicas, legitima-se pelo caráter argumentativo racional, associado à letargia e renitência dos demais poderes em dar concretude à CRFB de 1988, pelo procedimento público e de contraditório que se confere durante a decisão, pelo efeito pedagógico. Entretanto, deixa-se assente que, nestes casos, deve-se privilegiar a conformação de ações coletivas para que não se caia no risco dos limites de capacidade institucional do Poder Judi-

ciário e também quanto aos riscos de efeitos sistêmicos, envolvendo as políticas públicas de saúde e as questões orçamentárias.

Quanto à legitimação dos exemplos 'socioativistas' citados, para além da conformação com um desenho constitucional em que os demais poderes não reclamam deste tipo de ativismo, não se sentindo ameaçados quanto a seus espaços de competência, a quase totalidade, conta com a participação popular direta em maior ou menor medida, daí o aval social legitimante e inerente às mesmas.

4.3. DISCUSSÃO DA LEGITIMIDADE DE CASOS CONCRETOS DE MICROATIVISMO: CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE POR JUIZ DE PRIMEIRO GRAU QUE, POSTERIORMENTE, ALÇARAM O STF

Em primeiro plano, cumpre trazer decisão atinente à situação supradescrita para demonstrar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o caso de determinação de concretização de política pública na área da saúde por meio de decisão judicial de primeiro grau, confirmada pela Corte Suprema.

Importante, a este aspecto, que considerou-se na referida decisão que deve-se dar cumprimento efetivo às normas constitucionais e 'expectativas' legítimas da sociedade, mesmo que haja pendência de regulamentação infraconstitucional, em verdadeira admissão do ativismo. No caso, um exemplo de 'microativismo', posto que pautado em decisão pontual de magistrado de instância singela, a despeito de, posteriormente ter subido à máxima instância, mas que não desnatura o caráter 'micro', se considerarmos que foi em sede de controle difuso de constitucionalidade e que a análise é pontual. Veja-se o relatório do Ministro Celso de Melo:

'O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à

generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art.196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus do HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado." 119

Quanto ao conteúdo material da decisão em si, não merece maiores considerações o fato de tratar-se de esfera que deveria envolver competência tida como precípua do Poder Executivo, até mesmo porque a própria decisão admite implicitamente seu caráter 'substitutivo de funções', cabendo, entretanto, maior argumentação propriamente quanto à necessidade ou a legitimidade desta atuação ativista em casos como tais.

A despeito da circularidade dos argumentos e até repetitividade, importa notar neste julgado, que o próprio STF considera que, na ponderação de valores para o fim de se garantir direitos fundamentais estampados na Constituição, a referida decisão, não apenas é necessária, como a intervenção excepcional do Judiciário é válida e se autolegitima, posto que está 'cumprindo promessas' feitas pela Constituição à sociedade.

A par das teorias que elecam este papel do Judiciário como 'guardião de promessas' – para utilizar as palavras de GARAPON,¹²⁰ importante se fazer um alerta para não se correr o risco, influenciado cada vez mais pelo fenômeno da própria judicialização, de enxergar-se o Poder sob uma perspectiva 'messiânica', salvacionista ou mesmo da 'juristocracia'¹²¹ advertida por LAMBERT. Ou seja, a legitimação do ativismo judicial perpassa, não pela consideração de que o Judiciário seja a encarnação da voz popular ou mesmo sempre 'a última trincheira' a que o povo possa recorrer, mas sim, como sendo de 'um dos' intérpretes qualificados do texto constitucional, entretanto, com permeabilidade popular suficiente a dar vazão aos ditames ali consignados, conforme os vários parâmetros já referidos neste ensaio.

No caso concreto em debate, a garantia do direito fundamental à saúde deve ser preservada não por si só, mas pautan-

120 - GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

121 - LAMBERT, Eduard. *La lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 2. ed. pref. Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005 p. 8 e 16.

do-se no fundamento de que houve uma consideração séria e deliberada de atendimento de uma determinação constitucional compatibilizada com o sistema e numa ponderação de valores que deve resistir à análise rigorosa do princípio da proporcionalidade¹²².

Ser um dos intérpretes do texto constitucional significa, por evidente, que as decisões tomadas nas outras instâncias de poder não podem simplesmente ser desconsideradas, que deve haver um permanente 'diálogo institucional' entre os Poderes, as vezes, quando necessário, em atitudes de autocontenção para não se macular os limites de capacidades institucionais ou de efeitos sistêmicos como já sugerido, ou mesmo fazendo-se sempre uma interpretação adequada e abalizada do texto constitucional, sem se descuidar da necessidade de respeito ao princípio da separação de poderes – seja na visão dinamizada ou mesmo na visão clássica montesquieana.

Caso emblemático e bastante recente remonta à decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro – encampando inúmeras decisões de juízes de primeiro grau (inclusive em que o autor teve a oportunidade de decidir neste sentido em 2009, em sede de controle difuso de constitucionalidade na área criminal) – determinando a inconstitucionalidade do art. 44 da lei 11.343/06 (lei de combate às drogas). Tal regra impedia que juízes concedessem liberdade provisória para quem, apenas em tese, respondesse pela acusação de tráfico de substância entorpecente. A decisão foi de 7 x 4 pela declaração de inconstitucionalidade, sobretudo porque violou o princípio da 'não culpabilidade', impedindo que o juiz faça o exame da intenção da lei cotejando-o com o caso concreto, em patente desvirtuamento de individualização de casos, criando um regime de 'prisão preventiva obrigatória' e ou presunção de uma culpabilidade

122 - Sobre os parâmetros do princípio da proporcionalidade, cfr NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. 1ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

'*ab ovo*'. Por óbvio, o simples fato de uma pessoa ser acusada por crime desta natureza não o faz presumir ser portador de todos os requisitos necessários para que fique segregado – sendo que, tal ideia, por si só – já remonta a absurdo conceitual, viola o princípio constitucional da não culpabilidade e devido processo legal e remete a ideia de Estado Totalitário da época das 'prisões para averiguações'.

A título de argumentação adicional, no caso de qualquer pessoa estar na referida situação, o juiz não pode deixar de apreciar o pedido de liberdade provisória sem que se fale em negativa automática e abstrata simplesmente pela proibição legal que, no caso, sabemos inconstitucional. Em se configurando que o acusado precisa realmente ficar segregado, ou seja, não tendo bons antecedentes, trabalho lícito, residência fixa e atentando contra a ordem pública, aplicação da lei penal ou instrução processual, cabe, logicamente, decretar-se sua prisão preventiva conforme os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro.

Assim, sustente-se que não irá se resolver o problema do tráfico de drogas no Brasil simplesmente retirando direitos e garantias individuais em abstrato, fomentando uma cultura que temos de 'lei e ordem' em que são votadas alterações não sistematizadas em leis esparsas e códigos, como se o discurso populista de 'prisão' a todo custo no plano formal, propalado indistintamente, fosse resolver o problema, que sabemos ser 'endêmico', social, educacional e, principalmente, cultural. Nestes termos, a postura judicial, se tachada de ativista – significa amadurecimento institucional e em franca defesa das garantias constitucionais fundamentais do cidadão.

4.4. CASO EMBLEMÁTICO E PARTICULAR DE MICRO-ATIVISMO SOCIAL QUE SE TRANSFORMOU VERDADEIRO EXEMPLO DE MACROATIVISMO: OS CENTROS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL – MODELO ESTIMULADO

PELOS NÚCLEOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS JUDICIAIS DO CNJ

Exemplo notório e interessante de microativismo social e que merece destaque, em apartado, é o caso dos Centros de Pacificação Social no Estado de Goiás, posteriormente abarcados por uma política de institucionalização de métodos conciliatórios e preventivos de demandas, abarcados posteriormente até mesmo por uma regulamentação disposta na Resolução nº 125 do CNJ.

Referem-se a iniciativas microativistas de cunho social de magistrados de primeiro grau no Estado de Goiás, sendo que, pela capacidade mobilizadora e pelo alcance que o projeto tomou, este acabou por se tornar verdadeiro exemplo de prática macroativista social. À guisa de maior elucidação, traz-se à colação trecho de monografia referente ao tema e que é fruto de experiências¹²³ eminentemente práticas e no desempenho da magistratura:

"Centros de Pacificação Social, na realidade, tratam-se modelos de solução alternativa e não adversarial de conflitos que estimulam a participação social no âmbito paralelo da Justiça. Ou seja, prescindem da jurisdicionalização das demandas, porque os problemas que necessitam de acordo expresso, são levados aos CPS's de forma opcional e re-

123 - Há que se ressaltar, apenas a título de consideração que o projeto em referência foi implantado em 38 Comarcas do Estado de Goiás, depois de as experiências sociais no exercício da magistratura terem sido maturadas em projetos pilotos isolados. Em adendo, teve-se a oportunidade de experiência própria e prática do autor-aluno na implantação de 03 (três) unidades por Comarcas distintas, sobretudo vinculadas a núcleo de práticas jurídicas de Faculdades de Direito – o que gerou incentivo de grande valia a estudantes interessados em aprender na prática colaborando com a Justiça. Demais disto, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás institucionalizou o projeto em nível Estadual e também foi encampado pelo CNJ e Associação dos Magistrados Brasileiros que criou grupo gestor de implantação – no qual tivemos a oportunidade de participar.

solvidos, em regra, de forma pré-processual, com mera documentalização para fins de garantia e com valor de espécie de título 'extrajudicial'. Constituem-se em verdadeiros 'braços sociais do Poder Judiciário', porque implementados inicialmente sob a chancela judicial e coordenação de um juiz gestor, auxiliando na função precípua do próprio Poder, qual seja solucionar conflitos de interesses, além de reduzir significativamente o contingente de demandas que poderia acorrer ao Judiciário.

Valem-se de voluntários da Justiça, ou seja, colaboradores sem remuneração, devidamente cadastrados, selecionados após atender a certos requisitos e permanentemente treinados, acompanhados por juízes gestores que coordenam atividades dos Centros, comunicando e prestando contas dos trabalhos aos Tribunais e suas respectivas Corregedorias de Justiça.

A guisa de exemplo, os CPS's desenvolvem trabalhos como: bancas permanentes de conciliação pré e endo processuais, atividades de prevenção à criminalidade, campanhas educativas de prevenção e fiscalização aos danos ambientais e ao consumidor, proteção aos interesses da infância e juventude, mutirões de cidadania, prestação de serviços de informação e defensoria jurídica em convênio com núcleos de práticas jurídicas de faculdades de Direito e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), acompanhamento de trabalhos afetos ou designados aos Conselhos da Comunidade conforme a Lei de Execuções Penais (LEP), bem como em serviços comunitários e toda a sorte demandas em que não haja necessariamente reserva de jurisdição. Tudo, sob o fundamento de criar-se uma conscientização

coletiva de que a própria população pode ser parte da solução de seus problemas, em tributo ao princípio democrático de substrato constitucional.

Para a concentração e organização de suas atividades básicas, utilizam-se de espaços públicos ou de interesse social como edifícios de fóruns, faculdades e prédios públicos, que servem-lhes de base para disseminar a referida cultura de pacificação social na solução de demandas, por meio de métodos inovadores e eficazes de práticas de gestão.

Possuem como meta e missão retirar a burocracia da resposta à solução de conflitos, dando acessibilidade, agilidade, transparência, legitimidade e eficiência às atividades realizadas nos CPS's, tudo de forma gratuita e imparcial.

Para se fazer um paralelo, o próprio CNJ, por meio da resolução nº 125/09 estimulou a criação, pelos Tribunais, de Casas de Cidadania e Justiça, constituindo-se em espaços públicos em que a atividade social do Judiciário seja ressaltada concentrando-se atividades similares às que são desenvolvidas nos Centros de Pacificação Social (CPS's) instituídos em Goiás.

Conforme foi registrado no próprio “banco de boas práticas de gestão judiciária” do CNJ e também quando o referido projeto concorreu e classificou-se como um dos finalistas nacionais para o Prêmio INNOVARE,¹²⁴ fornecido por instituto que tem por finalidade o desenvolvimento de projetos para pesquisa e modernização da Justiça Brasileira, o Centro de Pacificação Social, já funcionava há mais de 08 (oito) anos em Goiás, entretanto, sem

receber esta denominação'.¹²⁵

O que se tinha até então, eram ações isoladas de juízes ('microativistas'), servidores do Judiciário e colaboradores abnegados que pretendiam fazer diferença positiva em suas atividades, promovendo legitimação social e efetividade na solução dos conflitos. Entretanto, a nova feição do projeto, serviu, sobretudo, para consolidar e sistematizar as atividades que tanta aceitação popular alcançaram, além de estimular e despertar liderança e capacidades gestoras nos demais juízes comprometidos com os resultados de seus trabalhos, servindo de multiplicadores das boas práticas perante demais instuições¹²⁶ e sociedade.

Como sustentado, o referido modelo de solução alternativa de conflitos estimula a participação social no âmbito paralelo da Justiça goiana, tendente a criar uma nova cultura na solução de demandas, por meio de métodos inovadores e eficazes de gestão. Isto, de forma a incentivar a solução alternativa e não adversarial de conflitos, por meio de voluntários da Justiça.

Mais especificamente, além da participação popular, espera-se estimular as conciliações endo e pré-processuais em ambiente não necessariamente forense. Também, fomentar a participação judicial dos juízes líderes e gestores em trabalhos

125 - LACERDA, André Reis. *O papel das Escolas da Magistratura na implantação de Centros de Pacificação Social: mecanismos para a melhoria da efetividade da Justiça por meio de métodos alternativos de solução de conflitos e capacitação adequada de juízes líderes e gestores*. Tese de conclusão de Curso. MBA (Master Business Administration) - Programa de Capacitação em Poder Judiciário. Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas, Goiânia, Goiás, Janeiro de 2012. p.18-19. (prelo)

126 - Importante considerar que, durante seu tempo de implementação, o projeto dos Centros de Pacificação Social o apoio logístico e de estrutura do próprio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, e parceiros como Governo Estadual, Prefeituras, Faculdades de Direito, Imprensa, (rádios comerciais e comunitárias, jornais e sites), Associações, Ministério Público (MP), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Defensorias Públicas, Polícias Militar (PM) e Civil (PC), Conselhos da Comunidade, Conselhos Tutelares da Infância e Juventude, Associações de bairros de moradores, Associações comerciais, dentre outros.

de prevenção à criminalidade, aos danos ambientais e ao consumidor, em serviços comunitários e toda a sorte demandas, criando-se uma conscientização de que a própria população pode ser parte da solução de seus problemas. Nesta senda, pode-se evitar a judicialização demasiada de demandas e, com isso, permitir ao próprio Judiciário que decida com mais agilidade e eficiência, porque irá se ocupar de causas cuja natureza não possa prescindir de sua análise direta.

Ao cabo, pode-se dizer que a criação dos CPS's e a institucionalização do projeto que passou a ter sede própria, horário de funcionamento, regimento interno, corpo de voluntários e juízes gestores, parceiros públicos e privados, símbolos e logomarcas patenteadas, campos de atividades a serem desenvolvidas e metas a serem cumpridas, foi determinante para fazer dos CPS's referência na solução de conflitos nas localidades em que instalados, pela presteza e eficiência dos serviços ali prestados. Daí, percebe-se, com nitidez, que as posturas microativistas (ao menos no plano social) acabaram por tomar uma dimensão macroativista, já que encampados inicialmente pelo próprio Tribunal de Justiça, implantando-o em dezenas de Comarcas, incentivado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, além de elencado como modelo de 'boas práticas' pelo Conselho Nacional de Justiça, a ser seguido Brasil afora.

CONCLUSÕES

–1 – Pressupondo-se que o fenômeno do ativismo judicial hoje é visualizável de maneira recorrente no Brasil, delineiam-se dois subconceitos denominados de 'macroativismo' e 'microativismo' judiciais. Por macroativismo entende-se uma concepção institucionalizada de ativismo, em que a intenção deliberada de estender o âmbito de influência do poder e a competências judiciais, seja com uma interpretação prospectiva e alargada da Constituição, além de os demais consectários do

ativismo se darem em uma perspectiva macro, como veiculáveis em um caráter generalizante, em representação de todo um segmento da magistratura, seja por intermédio de um Tribunal, Associações ou grupo de juízes, sem se ater a particularismos de decisões isoladas ou atuação individualizada. Já, por 'microativismo judicial' entende-se como sendo o reflexo das atitudes ou trabalhos individualizados dos magistrados, seja na concepção de membros isolados de uma Corte de Justiça (Tribunais em geral), representada pelo estilo e conteúdo de seus votos tomados de forma particularizada, seja pelo perfil da justiça do caso concreto realizada pelo magistrado de primeiro grau, em sua atribuição própria em sua Comarca, ou mesmo vara de competência. Assim, considerando-se sua atribuição jurisdicional, em que é chamado a manifestar-se nos processos, seja, até mesmo nos trabalhos de cunho social praticados fora do gabinete.

-2 - À guisa explicativa, em reforço dos conceitos de macro e microativismo ora referidos, a judicialização deve ser entendida como ampliação da abrangência judicial face o desenho institucional encontrável no ordenamento jurídico. Uma opção do legislador constituinte em que há a transferência das instâncias de decisão de fatos da política majoritária e vida em geral para as Cortes, alargando-se o seu âmbito de competência, em decorrência natural de uma cultura em que vem sendo formada para além das decisões jurisdicionais clássicas. Nesta medida, diferencia-se em relação ao fenômeno propriamente do ativismo, vez que este representa uma atitude deliberada do Poder ou de um de seus membros de atuar de forma proativa ou em caráter 'progressista', seja interpretando a Constituição e as leis de forma mais dilargada, seja determinando-se a promoção de políticas públicas, tudo em estreita imbricação com a linha tênue da 'política majoritária' e sob o constante questionamento de transbordo dos limites de atuação judicial, como o exemplo de práticas de caráter eminentemente norma-

tivo. A autocontenção, em perspectiva contraposta, reflete-se uma postura de passividade, limitação de atuação ou de deferência para com os demais Poderes da República;

-3 - De um papel limitado que desempenhava a magistratura nos albores dos movimentos constitucionalistas em que, na tendência de se conter o arbítrio estatal, o Estado de Direito se afirmou promovendo uma 'sacralização da lei' em que o juiz devia mostrar-se como seu servo acrítico, sobrevieram as decisões da Suprema Corte americana a prenunciar uma postura proativa que alçou os textos constitucionais a uma centralidade nunca experimentada. De uma postura conservadora até meados da década de 1950, passaram as práticas da Corte indigitada a adentrar nos espaços tidos como afetos à política majoritária e, a partir da tendência de cada um dos votos dos *Justices* cunhou-se a expressão 'ativismo', como a caracterizarem-se posturas ideológicas progressistas ou de auto-restrição. Tais práticas influenciaram o mundo todo e os exemplos são os mais diversos. No Brasil, nas Constituições precedentes, o que se observava era uma cultura de passivismo, hegemonia do Executivo, debilidade da força dos textos constitucionais além de um ranço autoritário em que o Poder Judiciário, muitas vezes, era visto como 'um Poder menor', em patente descrédito de sua independência. Como é cediço, o caráter ativista do STF ou da magistratura como um todo somente se tornou perceptível após a CRFB de 1988, após o período de redemocratização, amadurecimento institucional, fortalecimento de vários canais de acesso à Justiça, decorrente também o fenômeno do ativismo da criação de uma cultura de constitucionalização abrangente, influência pós-positivista, judicialização e outros fatores, sendo que, ante os choques de funções entre os Poderes e constante interpenetração entre política e direito, resultam daí os questionamentos quanto à legitimidade das práticas ativistas;

-4 - Ao se por em causa a necessidade de legitimação democrática das práticas ativistas, apesar da tendência de judi-

cialização e desenho institucional, requesta-se uma 'validação e aceitação' deste fenômeno por parte da sociedade dentro da organização proposta por nosso ordenamento constitucional vigente. O Judiciário representa um Poder e faz parte do próprio sistema democrático, devendo traduzir um sentimento social pela linguagem da constituição sem confundir-se com uma postura populista. De outra parte, para poder funcionar com isenção, por vezes decide contra uma maioria, no entendimento de que precisa garantir 'as regras do jogo', daí decorrendo as críticas quanto a seus limites de atuação. Agora, no questionamento de sua legitimidade, por inserir-se em um sistema complexo e de uma sociedade plural, a análise precisa ser flexível a ponto de levar em conta as variadas formas de demandas sociais e, por isto mesmo, a legitimidade deve ser enxergada sob critérios e níveis diferenciados – retirando-se a crença de que, em uma democracia, somente teriam validade decisões sob o crivo do princípio majoritário, ou mesmo negando-se o sofisma de que povo estaria apto e onipresente para legitimar todas as decisões a todo momento;

–5 - Sobre o papel 'contramajoritário' desempenhado pelo Judiciário e risco de hegemonia judicial, como é curial, sobrelevam as críticas ferrenhas à Justiça Constitucional tentando-se fazer crer que ela, na realidade, além de não essencial, trata-se de uma 'distorção do sistema', na medida que as instâncias representativas é que devem servir de fórum de deliberação nas questões de 'política'. De outra parte, quanto ao ativismo propriamente dito, sua prática torna-se perigosa, já que juízes não prestam contas à população no sentido político-eleitoral. E, a entender-se que não vinculam-se a limites categóricos para uma apreciação judicial, e por faltarem-lhes força institucional ou 'terra debaixo dos pés' o sistema como um todo sofre um risco potencial de sucumbir a uma 'juristocracia' ou 'governo de sábios', a pressupor uma apatia cívica na população, daí decorrendo a necessidade, de controlar-se minimamen-

te esta atividade;

–6 - Na contingência de o próprio Poder Judiciário ter uma consciência apurada dos limites de sua capacidade institucional e possíveis riscos deletérios de suas decisões, acerca desta noção, vale referir-se que, a despeito de não haver, necessariamente e *a priori* temas que sejam infensos à apreciação judicial, apesar de tentar-se criar hodiernamente uma cultura de preparação multidisciplinar do magistrado, este não pode presumir-se demais de si mesmo. Assim, na medida do possível e até mesmo para o fim de legitimação permanente de suas funções, precisa adquirir uma visão mais sistêmica sobre o impacto da prestação jurisdicional porque é responsável, valer-se, o mais das vezes de especialistas das mais diversas áreas, permitir intervenções populares e, até mesmo, autoconter-se quando necessário para a preservação da higidez do sistema;

–7 - Como contributos esparsos de legitimação de práticas judiciais ativistas pode-se elencar: i) uma legitimação constitucional que decorre do próprio desenho conferido aos órgãos judiciais e papel atribuído à magistratura na norma superior como 'um' dos guardiões de seu texto e que traça os princípios gerais do Poder como a compor e velar pelo próprio Estado Democrático de Direito; ii) a legitimação pelo acesso à Justiça incorpora uma permeabilidade popular do Judiciário decorrente de uma constitucionalização abrangente de matérias, legislações garantidoras de direitos 'novos' e coletivos, princípio da inafastabilidade (art.5ºXXXV da CRFB), órgãos veiculadores das pretensões sociais como Ministério Público, Defensorias, além de vias de publicização e transparência; iii) uma legitimidade pela forma de investidura que, de toda sorte, apesar de não viabilizar-se por meio de sufrágio, a função judicial é de acessibilidade universal (mediante o preenchimento de requisitos gerais e abstratos), decorre do propugnado no texto constitucional, justamente para precavendo-se uma atuação imparcial, além dos influxos de participação de carreiras outras, ao

exemplo, da regra dos 'quintos constitucionais', em tese, carregando certa representatividade social; iv) legitimação por deliberação e fundamentação, a compor uma necessidade de que as decisões judiciais permitam contribuição para a formação do convencimento do magistrado, como é o caso do próprio contraditório, além da exigência constitucional de fundamentação para garantir-se seu controle, além de conformar racionalidade e até assentimento pela possibilidade de concordância com os argumentos; v) legitimação por controle, transparência e publicidade, na medida em que a própria idoneidade das decisões judiciais dependem da retirada da pecha de 'hermetismo' com que o Poder Judiciário tradicionalmente sempre foi visto; vi) legitimação pelo procedimento, a configurar a desejável possibilidade de que todos que acorrem ao Judiciário sigam regras pre-estabelecidas, lógicas, razoáveis e em 'igualdade de armas'; vii) legitimidade pela função social e política do magistrado a caracterizar a 'saída do juiz de seu gabinete' para conhecer melhor os problemas da população que julga, buscar soluções alternativas de melhoria do sistema e colaborar na reivindicação de políticas públicas – de forma a colaborar para melhorar a imagem institucional do Judiciário; viii) legitimação pela participação popular que, ante os vários mecanismos como audiências públicas, *amicus curiae*, abertura procedimental, intenta-se viabilizar instrumentos concretos de democracia direta;

–8 - Minudenciando as práticas de 'macroativismo judicial', além de se entendê-las como a superação e especificação do conceito genérico de ativismo judicial, numa perspectiva positiva e com a intenção deliberada de estender o poder, competência, sentido de interpretação de questões não expressamente prescritas na Constituição e nas leis por parte da Instituição como um todo ou entendida de forma mais coesa – como expressão da visão, posicionamento ou '*modus operandi*' dos vários segmentos da magistratura ou das Cortes, importa referir que várias de suas práticas podem ser caracterizadas dentro dos

parâmetros legitimadores supracitados. Ademais, importa caracterizar a abrangência e repercussão de condutas judiciais que, sem descambar para o populismo e demais riscos já prevenidos, sejam recebidas com assentimento social. Assim é que decisões ou práticas não jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal, CNJ, Tribunais Superiores, Associações de Magistrados, consideradas em caráter institucionalizado possam contribuir para a afirmação democrática do próprio Poder. Assim, apenas para ficar em dois singelos exemplos citados, a interpretação direta da Constituição quanto aos princípios do art. 37 *caput* por parte do CNJ (em função normativa) e convalidada pelo STF quanto à vedação do nepotismo e a campanha da AMB "*Mude um destino*" de incentivo à adoção de crianças órfãs e carentes constituem referências de práticas macroativistas que, enquadrados dentro dos contributos mencionados, falam por si sós quanto à agregatividade e legitimação popular perquiridos neste trabalho;

–9 - O tipo específico do 'microativismo', diferencia-se do fenômeno na perspectiva macro tão somente por limites de competência, nível de abrangência, número de participantes e não institucionalização. Como é cediço, acaba por contribuir para a melhoria da imagem institucional do Poder Judiciário, porém de forma pontual e disseminada como visualizável, sobretudo pelas práticas decorrentes dos magistrados de primeiro grau de jurisdição da Justiça Estadual. (mais ligada a competências de cunho eclético e populares como direitos de família, infância e juventude, juizados especiais) A expectativa nutrida é legitimação de práticas isoladas, refletindo a postura de um ou poucos juízes, considerados de forma compartimentalizada e excepcional, entretanto, nem por isto, menos ricos de significado, importância social e peculiaridades. Os exemplos são muitos e vão desde de determinação de fornecimento de medicamentos populares não constantes de listas do Sistema Único de Saúde, perspassando-se por declaração de inconstitucionalidade

dade de leis em controle difuso de constitucionalidade e com adoção de critérios mais proativos de hermenêutica, além de singelas palestras em escolas de crianças sob o mote de conscientizar-se cidadãos 'do amanhã';

–10 – Emblemático, entretanto, é o exemplo da magistratura de Goiás (Estado-membro da Federação brasileira) alçado como Centro de Pacificação Social - CPS, inicialmente tido como configurador de prática microativista por partir de posturas isoladas de alguns magistrados do primeiro grau que atuaram na perspectiva político-social e desburocratizante que coordenavam projetos de acesso à Justiça e Cidadania com a colaboração de voluntários. Veicularam finalidade nitidamente legitimadora do papel da Justiça nas comunidades locais onde foi instalado que, ante a disseminação de seus pontos positivos, acabou por institucionar-se. Abarcou-se como projeto piloto de Tribunal de Justiça e Associação de magistrados local à época, depois passando-se inclusive, a figurar em banco de boas práticas de gestão judiciária do CNJ e Associação Nacional de Magistrados, sendo alcançado até mesmo pela Resolução nº 125 do CNJ que instituiu os 'Núcleos de Solução de Conflitos e Cidadania', a enfeixar os objetivos propugnados pelos Centros de Pacificação Social;

–11 - Em arremate, a par da profusão de doutrinas e monografias que já discutiram e continuam a questionar a temática da Justiça Constitucional, ativismo judicial e seus limites, com o desiderato de se trazer contributos legitimadores para as práticas judiciais ativistas tanto num prisma geral e institucionalizado de classe ou Cortes de Justiça, descendo-se para um plano individualizado e pontual de posturas isoladas de magistrados de qualquer instância e sobretudo do primeiro grau de jurisdição estadual, acabou-se por se esboçar dois novos conceitos ou tipos de ativismo. A despeito de não ser requisito para relatórios, a inovação, mais do que o próprio interesse que o debate suscita por si só, é decorrente da necessidade de se pensar ins-

trumentos que qualifiquem a atuação judicial protagonista por meio de uma justificação coerente, decorrente do próprio desenho constitucional, e convalidação dos atos da Justiça numa lógica de assentimento social a permear o Estado Democrático de Direito e participativo.



BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Princípio da Legalidade*, Polis, III, Lisboa, 1986.
- AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Habermas e a Hermenêutica Constitucional: alcance doutrinário*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2004
- BARROSO, Luis Roberto. *No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não*. Revista eletrônica Consultor Jurídico. :<http://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>. Acesso em 10.07.2012.
- _____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. pp - 225-271.
- _____. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. In

- Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.* Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2011. pp – 275-291.
- _____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 7ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003.
- BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch*. 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009.
- _____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª ed. Malheiros, São Paulo, 2008.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009.
- _____. *Constituição Federal Anotada*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis*. Renovar, Rio de Janeiro, 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por nós os advogados*. Trad. Ary dos Santos. 7 ed. Lisboa: Livr. Clássica, 2004
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves x Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. p.558-565.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- CAPELLETTI, Mauro e GARTN, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A Autoridade Moral da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1. 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 34, ed. São Paulo, Saraiva, 2008.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.
- GRIM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991.
- HUBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2008.
- LACERDA, André Reis. *O papel das Escolas da Magistratura na implantação de Centros de Pacificação Social: mecanismos para a melhoria da efetividade da Justiça por meio de métodos alternativos de solução de conflitos e capacitação adequada de juízes líderes e gestores*. Tese de conclusão de Curso. MBA (Master Business Adminis-

- tration) - Programa de Capacitação em Poder Judiciário. Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas- ESMEG, Goiânia, Goiás, Janeiro de 2012
- LAMBERT, Eduard. *La lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 2. ed. pref. Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005.
- MARQUES, Luiz Guilherme: *Justiça da França – um modelo em questão*, São Paulo, LED, 2001.
- MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese de doutoramento em ciência política – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*, IV, 4ª ed., Coimbra Coimbra Editora, 2008.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. 1ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- _____. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.
- _____. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- PAIVA, Paulo. *Juristocracia*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. pp.499-529.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: con-*

- ceitos, sistemas e efeitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, Saraiva, São Paulo, 2010.
- RAMOS, Saulo. *Código da vida*. Editora Planeta do Brasil, São Paulo, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, mínimo existencial e direito privado*. In. Revista de Direito do Consumidor nº 61, janeiro-março de 2007.
- SCHLESINGER JR, Arthur. *A Suprema Corte:1947*. Revista Fortune, vol. XXXV, nº1. Jan 1947.
- TATE, Neal C. VALLINDER, Tobjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press. New York, 1997.
- STRECK, Lênio. *O panprincipiologismo e a 'Refundação Positivista'*. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Lumen Juris, 2011. p-221-242.
- SUSTEIN, Cass R. *One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Havard University Press, 1999.
- WOLFE, Christopher. *From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: the transformation of judicial review in America*. In: *First Principles Series*, n.2, March 3, 2006.

REFERÊNCIAS DE SÍTIOS ELETRÔNICOS

www.amb.com.br
www.conjur.com.br
www.fgvdireitorio.br
www.fichalimpa.org.br

www.planalto.gov.br

www.tjgo.jus.br

www.tjsp.jus.br