

Os contornos do ativismo judicial no Brasil

O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes

DIOGO BACHA E SILVA

Sumário

Introdução. 1. Pressupostos de uma metodologia historiográfico-jurídica. 2. Recepção teórica do conceito de ativismo judicial. 3. A atuação ativista do Poder Judiciário no Brasil. Conclusão.

Introdução

Antes de abordar qualquer temática no campo jurídico, o pesquisador deve observar a realidade concreta que a ela subjaz. Se isso parece mais uma advertência metodológica àqueles que pretendem iniciar uma pesquisa jurídica, em verdade tal assertiva esconde uma necessidade inexorável de que os institutos jurídicos encontram definição no mundo concreto.

Buscar a definição e a conceituação de institutos jurídicos apenas na elaboração teórica a que dá autores diferentes parece encarar o objeto de estudo parcialmente. A definição de qualquer instituto jurídico passa sempre pelo contexto de uso. E, como se sabe, o contexto de uso no mundo jurídico depende, efetivamente, da aplicação que fazem os órgãos públicos.

O objeto de estudo e análise é a busca pelo significado de ativismo judicial. Com efeito, tal expressão implica uma multiplicidade de empregos que dificulta saber quando se está em face de uma atuação ativista ou não do Poder Judiciário. O ponto comum parece ser a necessidade de que o ativismo – ou ainda qualquer outro emprego teórico de institutos jurídicos – precisa ser observada de acordo com sua própria história conceitual.

Diogo Bacha e Silva é mestre em Direito Constitucional pela FDSM, professor da Faculdade São Lourenço, coordenador do Curso de Direito da Faculdade São Lourenço, membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ) e advogado.

Empregar uma história conceitual significa, portanto, antes de qualquer coisa, analisar não como o sentido de uma determinada palavra vinha sendo empregado por autores distintos, mas sim como se aplicava o significado atual em época passadas. O estudo da história conceitual deve abranger uma imanência entre passado, presente e futuro de um léxico.

O intuito do presente trabalho não é definir, de uma vez por todas, o que vem a ser ativismo judicial. É, outrossim, analisar, em nosso contexto de uso, o fundamento da atuação judicial ativista.

1. Pressuposto de uma metodologia historiográfico-jurídica

Durante muito tempo, a historiografia jurídica ficou presa a um estudo anacrônico dos institutos, sistemas e ideias que permeiam o mundo jurídico. Os estudos históricos sempre pretendiam dar primazia a uma visão de validade intertemporal dos conceitos e ideias do Direito. É preciso, no entanto, perceber que o campo semântico dos conceitos jurídicos varia ao longo do tempo. Por trás de uma continuidade aparente, há uma ruptura radical no sentido de cada instituto jurídico. Como exemplo, cita Antonio Manuel Hespanha (2003, p. 19-20) que o conceito de família para o Direito Romano abrangia não somente os laços de parentesco, mas também os criados ou escravos e até mesmo bens que guarneciam as casas.

A partir da perspectiva da História dos Conceitos formulada por Reinhart Koselleck (1992, p. 134-153) não se pode dizer que toda palavra pode ter um conceito e que, portanto, pode ter uma história própria¹. Se antes da formulação teórico-historiográfica dada por Koselleck, o historicismo entendia as ideias em sua positividade – isto é, as ideias eram uma realidade histórica por si própria, cuja existência era objetiva, materializando-se em um tempo e espaço definidos –, com a teorização histórica feita por ele, a ênfase é dada nas palavras e em suas historicidades, tal como utilizada em diferentes momentos e por diferentes atores (BENTIVOGLIO, 2010, p. 117). É preciso salientar que, para a História dos Conceitos, há uma distinção entre palavra e conceito. Toda palavra carrega um sentido que contém um conteúdo. Isso, entretanto, não quer dizer que toda palavra é constituída de um conceito. Para que uma palavra se torne um conceito, é preciso uma teorização, o que demandaria um tempo para isso acontecer (KOSELLECK, 1992, p. 135).

A metodologia utilizada pela História dos Conceitos de Koselleck é a tradução de significados lexicais utilizados no passado para o pre-

¹ No mesmo sentido, Antonio Manuel Hespanha (2003, p. 19) afirma que o significado de uma palavra é sempre relacional, isto é, “o significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência”.

sente. Para tanto, é preciso realizar um estudo diacrônico (SAUSSURE, 2002). Em primeiro lugar, é preciso fazer a redefinição científica dos significados utilizados anteriormente. Em outro momento, os significados lexicais são separados de seu contexto situacional e estudados por uma longa sequência temporal (KOSELLECK, 2006, p. 105). Nessa medida, mostra-nos a metodologia teórica utilizada por Koselleck que um significado sempre tende a desgarrar-se da sua utilização semântica anterior.

Em verdade, a História dos Conceitos preocupa-se metodologicamente com as descontinuidades que a semântica dos termos sofre e com os contextos sociais em que são produzidos, admitindo, dessa forma, que os conceitos são sempre transformados pelo contexto e pelo intérprete que os lê. Nessa medida, Marcelo Jasmim (2005, p. 33) leciona que a História dos Conceitos de Koselleck (1992):

“[...] está interessada nos modos pelos quais as gerações e os intérpretes posteriores leram, alterando os seus significados, essas proposições políticas do passado. Neste registro é possível afirmar, rigorosamente, que os conceitos em si não têm história; mas também é possível afirmar, com rigor, que a sua recepção tem. Aliás, é da própria condição de unicidade dos atos de fala ou dos conceitos articulados numa linguagem local que a história conceitual deriva a necessidade de uma história da recepção, já que parte justamente da aposta de que os significados não se mantiveram no tempo e que foram alterados.”

A história conceitual de Koselleck é importante para a interpretação e a exegese de textos jurídicos. É a própria compreensão histórica de um texto que se conjuga com a interpretação linguística para que se façam transformações em novas interpretações de velhos textos (KOSELLECK, 1997, p. 90). A própria interpretação e aplicação do direito como um todo dependem

da consciência histórica do intérprete e da comunidade jurídica.

Como disserta Flavio Quinaud Pedron (2012, p. 82) acerca da importância da contribuição teórica de Koselleck (1997) para o mundo jurídico:

“[...] pode-se aprender que, em cada contexto em que o conceito foi empregado, uma dinâmica político-social estava encenada. O conceito, então, surge para dissolver um problema que se faz presente à comunidade jurídica de cada contexto, adquirindo, a partir desse problema, sua forma de compreensão.”

Essa pequena digressão teórica realizada em torno da metodologia histórica de Koselleck serve-nos para mostrar que o conceito de ativismo judicial é variável, observando-se o contexto político-social em que está inserido. Então, para apreciarmos o conceito de ativismo judicial no Brasil, é necessário elucidarmos o contexto de história social que marca a atuação do Poder Judiciário ao longo do seu espaço de experiência².

Para observarmos o contexto histórico de atuação do Poder Judiciário no Brasil, uma observação faz-se necessária. Não se trata de apresentarmos alguns modelos de atuação do Poder Judiciário ao longo do tempo como se fossem partes de uma história linear, progressiva e acumulativa de experiências. A historiografia jurídica é marcada por rompimentos de paradigmas, por descontinuidades nas práticas

² Para Koselleck (2006, p. 309-310) o espaço de experiência “é o passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados. Na experiência se fundem tanto a elaboração racional quanto as formas inconscientes de comportamento, que não estão mais, ou que não precisam mais estar presentes no conhecimento. Além disso, na experiência de cada um, transmitida por gerações e instituições, sempre está contida e é conservada uma experiência alheia”.

jurídicas e, muitas vezes, por retrocessos. Por isso mesmo, a história do direito precisa ser desmistificadora, transformadora e problematizante das experiências acumuladas (WOLKMER, 2010, p. 21-22). Nesse ponto, advertimos que cada leitura histórica do direito é realizada por um intérprete que, por sua vez, exerce um papel criativo e ativo, absorvendo no presente a leitura do passado (COSTA, E., 2010, p. 47). Dessa forma,

“[...] existem não a história do direito, mas tantas histórias do direito quanto são as narrativas historiográficas que a cada vez se redigem: a história do direito não é o espelho de uma experiência já definida e em si mesmo fechada, mas simplesmente um contraponto linguístico capaz de contrapor todas aquelas narrativas historiográficas (diversas entre si, ainda que incomparáveis) que se organizam em torno de algum *standard* de juridicidade, mesmo que compreendida” (COSTA, E., 2010, p. 36).

A leitura histórica de textos jurídicos não pode passar ao largo da experiência do intérprete. Cada análise histórica contrapõe-se a uma análise histórica anterior. Esse amálgama de concepções e ideias surgidas ao longo do tempo é que possibilitará o diacronismo histórico. Por isso, ressalta-se a importância que a história dos institutos jurídicos seja sempre lida e relida através dos tempos. Na atual quadra, o direito não pode prescindir de uma história crítica.

2. Recepção teórica do conceito de ativismo judicial

A significação atual que se atribui ao termo ativismo judicial tem sua origem na análise dogmática processual da doutrina alemã e nos estudos da ciência política norte-americana. As concepções socializadoras dadas ao estudo do processo civil possibilitam o emprego do termo

ativismo judicial para designar aquele magistrado que, na condução do processo, possibilita a diminuição ou eliminação das desigualdades fáticas entre as partes decorrentes do modelo liberalista. Para Franz Klein, primeiro autor a empregar tal contexto de uso em 1901, as legislações processuais devem reforçar o papel do juiz na fase probatória de forma a permitir que ele apoie as partes mais vulneráveis, tornando-se, assim, um juiz ativista (NUNES, 2009, p. 79-80).

Para a doutrina processualista alemã, ativismo judicial designaria a possibilidade que o magistrado tem de conduzir a prova dos fatos alegados no processo. Nessa perspectiva, o predicativo “ativista” dependerá da adoção ou não na atuação judicial, do denominado princípio inquisitivo na colheita das provas no processo judicial. A permissão legislativa para que o juiz, de ofício, proceda a essa colheita implicará ativismo judicial. Assim, por exemplo,

“[...] não existe nenhuma conexão entre a atribuição ao juiz de poderes mais ou menos amplos de iniciativa instrutória e a vigência de regimes políticos autoritários e antidemocráticos. A análise comparada mostra, com efeito, que nos principais ordenamentos europeus – respeito a cujo caráter democrático não é possível ter dúvidas sensatamente – se configura uma função ativa do juiz na aquisição de provas relevantes para determinação dos fatos” (TARUFFO, 2006, p. 261)³.

Em verdade, a questão relativa ao poder instrutório do juiz – se é supletivo ou comple-

³ No original: “no existe ninguna conexión entre la atribución al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa instructoria y la vigencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos. El análisis comparado muestra, en efecto, que en los principales ordenamientos europeos – respecto a cuyo carácter democrático no es posible tener dudas sensatamente – se configura una función activa del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la determinación de los hechos”.

mentar ao poder de iniciativa probatória das partes – será apenas uma questão de grau para determinar o menor ou maior grau do ativismo do juiz em determinado ordenamento. No que tange ao atual Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que o Poder Judiciário nacional é ativista em razão da permissão outorgada no artigo 1304 para que o juiz colha as provas necessárias para a instrução do processo. Por mais que a exegese extraída desse artigo seja, como o faz o Superior Tribunal de Justiça, de que a atividade probatória do juiz se opera em conjunto com as partes e não em substituição a elas (STJ, 6ª T., REsp nº 894.443/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/6/2010) ou, ainda, que a iniciativa probatória dada ao juiz deve decorrer de uma relação processual desproporcional (STJ, 1ª T., REsp nº 834.297/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 18/9/2008), tem-se que permitir ao juiz que determine as provas necessárias e valorize-as na sentença atribuirá ao magistrado o predicado de ativista.

Na análise da ciência política norte-americana, ativismo judicial é empregada por Arthur Schlesinger em uma publicação jornalística na *Fortune Magazine* em que analisa a visão jurídica dos componentes da Suprema Corte norte-americana (KMIEC, 2004, p. 1446). Para o articulista, a visão de mundo jurídica que pode ser definida como ativista é aquela em que o julgador não separa o Direito e a Política, e orienta seus julgamentos por resultados, sendo, assim, uma visão aberta do mundo jurídico (KMIEC, 2004, p. 1447).

O modelo ativista analisado e desenvolvido por Arthur Schlesinger é um emprego amplo demais, apesar de não se olvidar que a contribuição do jornalista é importante na medida em que inicia debates acerca da legitimidade da atuação judicial em Estados Democráticos de Direito (KMIEC, 2004, p. 1448). Contudo, segundo sua definição, é difícil, senão mesmo impossível, definir concretamente quando se está em face de uma atuação ativista.

Também, a expressão “ativismo judicial” serviu para denominar a atuação da Suprema Corte norte-americana no período Warren, que se estende de 1953 até 1969. Nesse período, ela modificou a prática política dos Estados Unidos em prol dos direitos individuais, apenas com uma adequada interpretação do caso levado à apreciação judicial (BARROSO, 2012).

Ativismo jurisdicional, portanto, para os conservadores significaria a não observância pelos juízes e Tribunais dos seus limites de atuação, seja

⁴O artigo 130 do Código de Processo Civil tem a seguinte redação: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. O art. 354 do Projeto de Lei do Senado número 166/2010 que institui o novo Código de Processo Civil repete a redação: “Art. 354. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide”.

por meio de um ativismo contramajoritário, seja mediante uma criatividade de jurisdicional exacerbada (MARSHALL, 2002, p. 104). Desse modo, ou se utiliza o termo para criticar uma postura adotada por determinado juiz ou tribunal, ou para elogiar a atuação. De qualquer sorte, a multiplicidade de marcos teóricos ou de visões de mundo jurídico incidentes sobre a análise de determinado autor impede que seja demarcado precisamente o que satisfará todos os teóricos (WOLFE, 1997, p. 37).

A teoria, entretanto, cria sua base de análise a partir da observação da realidade concreta. Não é possível teorização de qualquer temática abstraída das condições concretas de análise, mormente no campo jurídico de aplicação das normas. Bem ciente das limitações epistemológicas, devemos enxergar o ativismo dentro de um contexto de uso. Nesse caso, a análise da atuação Poder Judiciário brasileiro ao longo de sua existência poderá definir o conceito de ativismo em *terrae brasiliis*.

A teoria jurídico-constitucional costuma definir ativismo judicial como uma incursão insidiosa sobre o núcleo de atuação dos demais poderes (RAMOS, 2010, p. 116-117). Em certa medida, a incorporação teórica do tema no direito brasileiro é tributária da noção advinda dos Estados Unidos da América de que ativismo assume uma conotação negativa em que o Poder Judiciário atua impropriamente (BARROSO, 2012).

É preciso ressaltar, todavia, que a atuação do Poder Judiciário assume uma forma diferente na vigência de ordenamentos jurídicos distintos. Assim, além de analisar se o Poder Judiciário é ou não ativista, deve-se perquirir a qual ativismo estamos a nos referir. Para isso, impossível seria a consecução do esforço sem analisarmos a atuação concreta de determinado Poder Judiciário.

3. A atuação ativista do Poder Judiciário no Brasil

O modelo de atuação do Poder Judiciário do Brasil começa a ser forjado no período colonial. Sob o comando de uma metrópole, a colônia possuía aparelhos executivos, legislativos e judiciários – enfim, todo um corpo burocrático – submetidos são às ordens do rei de Portugal.

No início da colonização, a administração da justiça estava entregue aos senhores donatários, que exerciam a soberania dentro de sua capitania. Exerciam, desse modo, as funções de administradores, chefes militares e juízes. Podiam nomear ouvidores para exercer a função de pacificadores dos conflitos de interesse entre os habitantes da capitania (WOLKMER, 2010, p. 74-75).

O aumento da população e o crescimento das cidades fizeram com que a metrópole instituisse um Poder Judiciário no modelo lusitano. Existia, então, uma primeira instância judicial, composta de juízes ordinários,

ouvidores e juizes especiais. Uma segunda instância com tribunais colegiados agrupava os chamados Tribunais de Relação. Já a terceira instância era composta de um tribunal superior, sediado na metrópole, denominado Casa de Suplicação (WOLKMER, 2010, p. 76-77).

O primeiro Tribunal da Relação na colônia foi estabelecido o da Bahia em 1652. Com o crescimento das capitanias do Sul e o desenvolvimento econômico da região, instalou-se, em 1751, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, cuja competência territorial abrangia Rio de Janeiro, São Paulo, Ouro Preto, Rio das Mortes, Sabará, Rio das Velhas, Serro Frio, Cuiabá, Paranaguá, Espírito Santo, Ilha de Santa Catarina, Goiás e Itacazes (LOPES, 2012, p. 254). Tais tribunais eram competentes para julgar causas, apelos e agravos, em segunda instância. Seus juizes também podiam atuar como juizes de primeira instância.

Obviamente, as fontes do direito utilizadas na colônia eram as ordenações que regiam a metrópole. Segundo Antonio Wolkmer (2010, p. 91), a legalidade colonial foi instituída negando e excluindo radicalmente o pluralismo jurídico nativo, reproduzindo uma normatividade legitimada por uma elite de dirigentes e profissionais do direito que servia aos interesses da metrópole e que moldou uma estrutura jurídica de institutos, legislações, princípios e ideias de matiz centralizador e formalista. Com efeito, até mesmo a independência da colônia não foi capaz de apagar essa tradição. Tal ideologia jurídica agravou-se com a vinda da Coroa para o Brasil (BAHIA, 2009, p. 89).

As primeiras ordenações que vigoraram na colônia foram as Ordenações Filipinas, editadas em 1603 por Filipe II da Espanha (Filipe I de Portugal). Trata-se de uma consolidação do direito real elaborada para agradar aos portugueses. No entanto, tais ordenações apenas se limitaram a consolidar o que já havia nas

Ordenações Manuelinas, de 1521, e também nas Ordenações Afonsinas, de 1446 (LOPES, 2012, p. 255).

As Ordenações Filipinas previram, no Livro I, Título V, parágrafo 5º os assentos da Casa de Suplicação, com inspiração nas Ordenações Manuelinas que previram assentos no Livro V, Título LVIII, parágrafo 1º,⁵ cuja redação é a seguinte:

“[...] quando os desembargadores [...] tiverem alguma dúvida em nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dúvida ao regedor; o qual na Mesa grande com os desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que aí for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o regedor escrever no livro da Relação, para depois não vir em dúvida [...]”

Veja-se, pois, que os assentos previstos nas Ordenações Filipinas são assentos da Casa de Suplicação, última instância do Poder Judiciário, não se confundindo com os assentos previstos nas Ordenações Manuelinas que eram da Casa de Relação, tribunais de segunda instância na organização judiciária portuguesa.

Posteriormente, todo o arcabouço jurídico é transformado pela Lei de 18 de agosto de 1769, a denominada Lei da Boa Razão (LOPES, 2012,

⁵ “E assim havemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho d’algum feito, todos, ou algum deles tiver alguma dúvida em alguma Nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dita dúvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinar, e segundo o que aí for determinado se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que é bom No-lo fazer saber, para Nós logo determinarmos, No-lo fará saber, para Nós nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem ao Regedor como dito é, serão suspensos até Nossa Mercê. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não vir em dúvida”.

p. 256). Em seu parágrafo 4º, a Lei da Boa Razão coloca os assentos em plano superior até mesmo às leis já que sempre devem ser observado: “(...) que os assentos já estabelecidos, que tenho determinado que sejam publicados e os que se estabelecerem daqui em diante sobre a interpretação das leis, constituam leis inalteráveis para sempre se observarem como tais, debaixo das penas estabelecidas”.

Se antes os assentos constituíam apenas um critério unificador da jurisprudência, com a Lei da Boa Razão eles passaram a ter força de lei, para além de solucionar um caso concreto; tinha força obrigatória para outros casos análogos, sob pena de incidência nas penas cominadas (BAHIA, 2009, p. 88). Como disserta Victor Nunes Leal (1982, p. 50-51):

“Muito informativa é a leitura dessa lei, que o volume reproduz. Por considerar ‘manifesta a diferença’ entre a Casa da Suplicação e as demais Relações, para aquela, instituiu recurso contra os assentos destas últimas. E ficou estipulado que, em caso de dúvida ou violação da lei, a Casa da Suplicação tomaria ‘assento decisivo’ sobre a glosa, dos desembargadores ou do regedor. [...] Acrescentou ainda que ‘os assentos já estabelecidos [...] e os que se estabelecerem [...] sobre as interpretações das Leis’ constituiriam ‘Leis inalteráveis para sempre se observarem como tais debaixo das penas [...] estabelecidas’ (§ 4º).”

Os assentos da Casa de Suplicação, principalmente após o advento da Lei da Boa Razão, serviram como meio para que a instância superior controlasse a interpretação jurídica realizada pelos órgãos jurisdicionais de instância inferior, situadas nas colônias ou até mesmo no Reino de Portugal.

Em verdade, a preocupação que levou à edição da Lei da Boa Razão fora exatamente a interpretação abusiva por parte dos advogados e dos juízes acerca do que entendiam pelo Direito e pela Justiça, segundo consta no próprio pre-

âmbulo da lei (AZEVEDO, 1971, p. 118-119). A preocupação da Lei da Boa Razão, manifestada pela transformação dos assentos em verdadeiras leis, era, sem dúvida, centralizar a interpretação do Direito em torno da Casa da Suplicação, órgão de jurisdição máxima, permitindo um controle jurídico-ideológico de juízes e autoridades do poder público.

Com a declaração de independência em 1822, a dissolução da Assembleia Nacional Constituinte em 1823, o Conselho de Estado⁶ elaborou, sob as ordens de D. Pedro I, um projeto de Constituição que receberia o beneplácito do Imperador em 25/3/1824, data em que se outorgaria a Constituição Política do Império (BAHIA, 2009, p. 91).

A estrutura do Poder Judiciário no Império foi definida no título 6º da Constituição de 1824. Em 1ª instância, eram órgãos do Poder Judiciários os juízes de direito, com competência para aplicar a lei, e os jurados, competentes para pronunciar-se sobre os fatos da causa⁷. Em 2ª instância, a Constituição manteve as Relações, instaladas nas províncias do Império⁸. Como órgão de cúpula, a Constituição de 1824 instituiu, na capital do Império, o Supremo Tribunal de Justiça⁹ com competência para conhecer das

⁶ Sobre o Conselho de Estado no Império, sua configuração, suas competências e a forma de atuação consultar Lopes (2012, p. 308-311).

⁷ Conforme se observa na redação dos artigos 151 e seguintes da Constituição do Império: “Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem. Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei. Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar”.

⁸ Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos.

⁹ Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo

causas por meio da Revista, julgar os delitos cometidos pelos seus ministros, os das Relações, os dos membros do corpo diplomático e decidir sobre os conflitos de jurisdição entre as Relações das Províncias¹⁰.

A magistratura teve papel preponderante na construção do Estado nacional e na afirmação da política imperial (CARVALHO, 2011)¹¹. A importância da magistratura é ainda maior três décadas após a Independência. Muitos dos magistrados ocupavam cargos políticos simultaneamente ao exercício da magistratura. Muitas vezes, ocupavam-se de tarefas de cunho administrativo e político. Tomavam decisões quanto à obras públicas, impostos e outros assuntos (CARVALHO, 2011, p. 174).

Com a reforma judiciária do Império de 1871, os magistrados foram proibidos de exercer qualquer cargo político: buscava-se afastar os magistrados do exercício dos cargos políticos e torná-los afetos apenas às suas funções profissionais. Acerca disso, José Murilo de Carvalho (2011, p. 175) leciona:

“[...] a participação dos magistrados em cargos eletivos causava grandes inconvenientes à administração da Justiça, pois várias comarcas ficavam às vezes por longo período sem seus juizes. Como vimos, os magistrados desapareceram quase por completo da elite política e dedicaram-se apenas a suas atribuições profissionais.”

Quase sintomático da perda de poder por parte dos magistrados no jogo político imperial é a edição do Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, que conferia ao Supremo Tribunal de Justiça a possibilidade da edição de assentos e, na mesma medida, determinava que os assentos publicados pela Casa de Supplicação de Lisboa tivessem vigência, com força de lei, em nosso território¹².

Tribunal de Justiça – composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.

¹⁰ Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

¹¹ Nesse contexto, afirma Antônio Carlos Wolkmer (2010, p. 117): “Mais que um estamento burocrático, a magistratura simbolizava uma expressão significativa do poder do Estado, ungido para interpretar e aplicar a legalidade estatal, garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesses das elites dominantes. Constata-se, pois, o procedimento profissional e político dos magistrados enquanto atores privilegiados da elite imperial, sua relação com o poder político, com a sociedade civil e sua contribuição na formação das instituições nacionais”.

¹² “Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até à época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio. Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes,

A edição do Decreto nº 2.684 teve um propósito compensatório. Se, em 1871, com a reforma judiciária do Império, os magistrados não poderiam mais fazer parte da elite política, assumindo cargos políticos, pondo-se fim à hegemonia da magistratura na construção do Estado brasileiro, a edição desse decreto possibilitou o retorno da magistratura ao cenário político com um instituto que confere poderes legislativos – ou até mesmo maiores do que uma lei – ao Supremo Tribunal de Justiça.

Um ano depois, veio a lume o Decreto nº 6.142, de 10/3/1876, que visava a regulamentar a edição dos assentos. À semelhança de um preceito legislativo, os assentos poderiam ser tomados em casos apreciados já concluídos visando regulamentar uma matéria jurídica em tese, isto é, destituídos de um caso concreto sob os auspícios do Supremo Tribunal de Justiça. Dessa maneira, o parágrafo único do art. 2º do referido decreto requisitava que, para a edição do assento, “os julgamentos tenham sido proferidos em processos que estejam findos, depois de esgotados os recursos ordinarios facultados por lei” ou, então, “que a divergência dos julgamentos tenha por objeto o direito em tese ou a disposição da lei, e não a variedade da aplicação proveniente da variedade dos fatos”. Comentando tais requisitos, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 224) disserta:

“Desse contexto se pode inferir que: (i) o assento derivava de um procedimento instaurado para interpretação do *jus in thesi*, quando sua interpretação se revelasse controvertida; (ii) ao contrário do atual incidente de uniformização de jurisprudência, que é instaurado na pendência de um julgamento em segundo grau, podendo a tese ao final assentada vir a ser ali mesmo aplicada (CPC, arts. 478 e 479), já o procedimento para a formulação do assento pressupunha que se tratasse de autos findos.”

Os assentos da Casa de Suplicação e do Supremo Tribunal de Justiça permitiam, pois, a fixação de uma interpretação definitiva e vinculante para os demais poderes públicos acerca de qualquer norma que ensejasse dúvidas. Por mais que se queira dizer que tal instituto é decorrência do poder interpretativo pertencente ao Poder Judiciário conferir força de lei às suas razões interpretativas acaba por solapar a própria independência dos demais membros do Poder Judiciário (BAHIA, 2009, p. 92).

No período pré-republicano, há uma opinião geral de que seria necessária a criação de um tribunal superior, de forma a transferir as atribuições do Poder Moderador para ele. Tal intuito contava com a opinião de Dom Pedro II que recomendou a Salvador Mendonça e Lafayette

quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada”.

Rodrigues Pereira, em viagem diplomática ao Estados Unidos da América, que estudassem a organização da Suprema Corte para uma possível implantação no País¹³.

A influência ideológica dos republicanos resultou na edição do Decreto nº 848/1890 que criou o Supremo Tribunal Federal, instalado apenas em 1891. O propósito da criação do Supremo Tribunal Federal era evitar o retorno da Monarquia. Por isso, quando se lê “guarda da Constituição”, leia-se “República” (CRUZ, 2004, p. 210):

“[...] o Supremo Tribunal Federal expôs, desde logo, seu viés antimonarquista. A denegação dos *habeas corpus* propostos por João Mendes de Almeida em 1897 em favor do Centro Monarquista, bem como em favor dos deputados Barbosa Lima e Alcindo Guanabara e do Senador João Cordeiro, por ocasião do atentado de 5 de novembro contra o Presidente Prudente de Moraes, sustenta o raciocínio de que o Supremo nascera como óbice a um contragolpe monárquico” (CRUZ, 2004, p. 211).

A atuação do Supremo Tribunal Federal logo em seus primeiros anos distanciou-se de seu congêneres durante o período imperial, o Supremo Tribunal de Justiça. Logo na sua primeira década de atuação, o Supremo Tri-

bunal Federal tentou afirmar a independência do Judiciário (CRUZ, 2004, p. 214). Não raras vezes, no entanto, a tentativa de afirmação de independência do Judiciário chocava-se com o Executivo, que personificava o “representante das garantias de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social, de cujo fortalecimento dependia a permanência da República” (COSTA, E., 2006, p. 32).

Logo no início da República Velha, com a morte do Marechal Deodoro da Fonseca, assume o vice-presidente Floriano Peixoto. Uma manifestação dos partidários do velho Marechal reivindicava novas eleições presidenciais, contando com apoio de deputados, senadores, jornalistas, militares. O presidente Floriano Peixoto mandou efetuar a prisão de vários manifestantes, decretou estado de sítio por três dias e suspendeu algumas garantias constitucionais (COSTA, E., 2006, p. 29).

Rui Barbosa impetrou *habeas corpus*, o famoso HC nº 300, em que alegava que o Supremo Tribunal Federal seria competente para apreciar a prisão dos indivíduos durante o estado de sítio, uma vez que envolvia questões pertinentes a direitos individuais, bem como analisar os requisitos para a decretação do estado de sítio (BAHIA, 2009, p. 106). A mera interposição do *writ* por Rui Barbosa teria irritado profundamente Floriano Peixoto, que chegou a afirmar que, se o Supremo Tribunal Federal concedesse a ordem, os próprios ministros iriam precisar de um *habeas corpus* (COSTA, E., 2006, p. 30). Talvez por conta da pressão envolvida, os ministros denegaram a ordem por dez votos contra um. Em seus fundamentos, o Supremo Tribunal Federal acabou por decidir que este não poderia se envolver nas funções políticas do Executivo e do Legislativo, mesmo que elas envolvessem direitos individuais, pois será impossível separar questões políticas e direitos individuais (BAHIA, 2009, p. 106).

¹³ “A ideia de se criar um órgão responsável para zelar pelo bom funcionamento do sistema constitucional antecede à própria República. D. Pedro II, ao despedir-se de dois brasileiros, Salvador Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira, que partiam em missão oficial para os Estados Unidos, em meados de 1889, pediu-lhes que estudassem “com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que, se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria ela melhor. Deem toda atenção a este ponto...” A monarquia não resistiu, mas o objetivo de D. Pedro II de criar no Brasil um órgão à semelhança da Suprema Corte americana, foi logo colocado em prática pelos republicanos” (VIEIRA, 1994, p. 73).

Estaria, dessa forma, criada, à moda brasileira, a doutrina das questões políticas (TEIXEIRA, 2004). Em verdade, como diz José Eleares Marques Teixeira (2004, p. 60-61), a doutrina das questões políticas foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal para evitar um confronto com o poder político, mesmo que à custa dos direitos individuais, utilizando-se, em verdade, do subterfúgio de que não há como separar as questões políticas dos direitos individuais.

A primeira década de atuação do Supremo Tribunal Federal ficou marcada pelo confronto com o Poder Executivo; sua atitude de extrema timidez, fez com que algumas vezes o próprio Presidente da República descumprisse algumas ordens emanadas do Supremo (RODRIGUES, 1991b, p. 50).

Na primeira década do século XX, no entanto, por ocasião da vitória de Marechal Hermes da Fonseca na corrida presidencial em 1910, sob o protesto de Rui Barbosa de que o vencedor seria inelegível, o Poder Executivo passou a praticar um sem número de violências contra direitos individuais, tais como fechamento de jornais, recrutamento de involuntários para o Exército e a Marinha (RODRIGUES, 1991b, p. 32).

Diante do clima de instabilidade política que pairava sobre o território nacional, o Supremo Tribunal Federal passou a ser acionado para resolver questões ligadas ao exercício de poder. A única ação constitucional, prevista na Constituição de 1891, que garantiria os direitos individuais previstos naquela Constituição era o *habeas corpus*. Previsto no § 22º do art. 72 da Carta de 1891, o instituto assumia a seguinte configuração: “Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que o individuo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”.

Obviamente, a redação do instituto, a interpretação de Rui Barbosa¹⁴ e a disposição do Supremo Tribunal Federal para intervir em questões políticas fizeram com que se criasse, por obra pretoriana, a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Se, antes, restrito à proteção da liberdade de locomoção, o *habeas corpus* passou a tutelar todo e qualquer direito, ameaçado ou violado (CRUZ, 2004, p. 215-216).

¹⁴ Rui Barbosa vislumbrou a possibilidade de ampliação no espectro de proteção do *habeas corpus*: “Não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência, de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um destes meios, aí está estabelecido o caso constitucional do “*habeas corpus*”. Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência, que devem concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de ‘*habeas corpus*’? Ilegalidade ou abuso de poder. [...] Coação definirei eu, é a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade do exercício de um direito, qualquer que esse seja” (BARBOSA, 1978, p. 172-173).

A primeira ocasião que o Supremo Tribunal Federal se manifestou pelo alargamento do âmbito de incidência do instituto foi o caso do Conselho Municipal do Distrito Federal, em que o Tribunal concedeu a ordem para que membros de uma determinada facção política pudessem entrar no recinto do Conselho Municipal do Distrito Federal e exercer as funções para as quais foram eleitos (RODRIGUES, 1991b, p. 55-68). Nos anos seguintes, as ordens de *habeas corpus* concedidas pelo Supremo Tribunal Federal abarcaram uma série de direitos individuais, para além da garantia de liberdade de locomoção. Leda Boechat Rodrigues cita a liberdade de imprensa, aí incluída a ordem concedida contra abuso da liberdade de imprensa e a suspensão da publicação de jornais; direitos políticos, tal qual a possibilidade da concessão da ordem para garantir o direito de voto; ordem concedida para possibilitar a propaganda de crença religiosa; liberdade de exercício de profissão, tal como ordem concedida para garantir o exercício da profissão de pescador (RODRIGUES, 1991b, p. 191-213).

Tanto a utilização repressiva como a preventiva do remédio constitucional foi uma constante no período que vai desde o ano de 1910 até o ano de 1926, com intuito de tutelar todos os direitos previstos no catálogo da Constituição de 1891. Referida utilização do *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal foi denominada de aberrante por Pedro Calmon, já que havia uma intervenção do Poder Judiciário nos casos políticos (RODRIGUES, 1991b, p. 68).

Leda Boechat Rodrigues chega a afirmar que a doutrina brasileira do *habeas corpus* foi a maior construção jurisprudencial feita no Brasil. Segundo a historiadora, o mérito há de ser dado ao Ministro Enéas Galvão (RODRIGUES, 1991b, p. 17). Com efeito, não há dúvidas de que a doutrina brasileira do *habeas corpus* foi serviente para a proteção de muitos dos direitos in-

dividuais proclamados na Constituição de 1891. Talvez sem a ampliação da utilização do *habeas corpus* feita pelo Supremo Tribunal Federal tais direitos ficariam à mercê da discricionariedade em sua concretização pelos poderes públicos nos mais diversos níveis da República. Contudo, é preciso ver que tal prática jurisprudencial buscou influenciar o jogo político.

Em verdade, se a ampliação do espectro de incidência de uma ação constitucional tal como feita pelo Supremo Tribunal Federal na doutrina brasileira do *habeas corpus*, de um lado, amplia a possibilidade de proteção dos direitos individuais ameaçados e violados, de outro, essa ampliação coloca o Supremo Tribunal Federal como controlador do jogo político, pretendendo submeter o Poder Legislativo e o Executivo à interpretação fixada diante das violações de direitos.

Em hipótese alguma se está a defender que os direitos individuais violados devem ficar à mercê da própria sorte. Apenas queremos ressaltar o viés político-jurídico que tal prática expõe. De fato, sob a argumentação de proteção aos direitos individuais, muitas vezes se escondem objetivos pragmáticos e ideológicos de controle sobre os demais poderes republicanos.

A atuação do Poder Judiciário, pelo que se demonstrou, foi marcado por períodos de descontinuidade entre a ocupação deste no ponto mais evidente do jogo político, tal como se demonstrou com os assentos e a construção do Império, e a completa obscuridade participativa na política com a doutrina das questões políticas logo no início da República Velha.

Esse caminhar, no entanto, demonstra que o Poder Judiciário sempre teve um fetiche no controle dos demais poderes. O ativismo não é nenhuma novidade em nosso contexto político-social. Até bem pode ser no plano teórico, mas não o é novidade no plano prático jurisprudencial.

Conclusão

A posição de proeminência do Poder Judiciário no contexto jurídico e político atual não é fruto exclusivamente de uma nova principiologia ou teoria constitucional moderna. Em verdade, teorias jurídico-constitucionais que creem em uma suposta proeminência do Poder Judiciário no jogo democrático descendem de uma ideologia jurídica. De fato, há uma crença generalizada no seio da teoria jurídica de que o Poder Judiciário é capaz de dar conta dos anseios sociais.

No entanto, por mais que se pregue que referida teoria é fruto de um ideário moderno advindo da Constituição Federal de 1988, viu-se que o ativismo judicial – tal como se entende hoje em dia –, ao menos em *terrae brasiliis* é consequência de quase dois séculos de atuação de nosso órgão responsável para julgar os litígios individuais. Há, com evidência, um desvirtuamento do Poder Judiciário no Brasil na medida em que ele conflita com os demais poderes.

Devemos, antes de tudo, reconhecer que em nenhum momento o Poder Judiciário foi tido pela própria Constituição de 1988 como responsável pela condução dos destinos de nossa comunidade política. Aqueles que pregam que é o Poder menos perigoso ou, então, que é o mais capacitado, em geral, colocam-no sob um perigoso fardo. Todos os sucessos ou fracassos da comunidade política não serão compartilhados igualmente pelos indivíduos de nossa sociedade, mas serão inteiramente atribuída ao Poder Judiciário.

De qualquer modo, nunca é demais lembrar que o próprio Poder Judiciário poderá ser responsável pelos retrocessos de políticas conquistadas democraticamente pela sociedade. A história é repleta de erros cometidos pelo Poder Judiciário. Esta pequena digressão histórica e teórica sobre o ativismo judicial no Brasil dá-nos conta de que nem sempre a atuação judicial é o melhor remédio para os males sociais.

Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no Direito Processual Civil. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 74, p. 115-143, 1971.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARBOSA, Rui. *República, teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira constituição republicana*. Petrópolis: Vozes, 1978.

- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.
- BENTIVOGLIO, Julio. A história conceitual de Reinhart Koselleck. *Dimensões*, Espírito Santo, v. 24, p. 114-134, 2010.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006.
- COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Breve histórico do Supremo Tribunal Federal e do controle de constitucionalidade brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 2003.
- JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 57, p. 27-38, fev. 2005.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004.
- KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução de Wilma Patrícia Maas. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2006.
- _____. *Historia y Hermenéutica*. In: _____. GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Paidós, 1997.
- _____. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 134-146, 1992.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do S.T.F. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 73, 2002.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.
- PEDRON, Flavio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal tomo I: defesa das liberdades civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991a.
- _____. *História do Supremo Tribunal Federal tomo III: doutrina brasileira do habeas-corpus (1910-1926)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991b.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 24. ed. São Paulo: Cultrix, 2002.
- TARUFFO, Michele. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 29, p. 249-271, 2006.

TEIXEIRA, José Eleares Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?*. Maryland: Rowman & Littlefield, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.