

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DE SEUS SIGNIFICADOS E DA SUA
RELAÇÃO COM O PERFIL DOS MAGISTRADOS**

MARIANA SANGINITO RAMOS DE SOUZA

RIO DE JANEIRO

2016

MARIANA SANGINITO RAMOS DE SOUZA

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DE SEUS SIGNIFICADOS E DA SUA
RELAÇÃO COM O PERFIL DOS MAGISTRADOS**

Monografia final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professor Fábio Perin Shecaira.**

RIO DE JANEIRO

2016

CIP - Catalogação na Publicação

R725a Ramos de Souza, Mariana Sanginito
ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DE SEUS
SIGNIFICADOS E DA SUA RELAÇÃO COM O PERFIL DOS
MAGISTRADOS / Mariana Sanginito Ramos de Souza. -
Rio de Janeiro, 2016.
62 f.

Orientador: Fábio Perin Shecaira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Ativismo Judicial. 2. Significados. 3.
Perfil do Magistrado. 4. Influência. I. Shecaira,
Fábio Perin, orient. II. Título.

CDD 341.256

MARIANA SANGINITO RAMOS DE SOUZA

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DE SEUS SIGNIFICADOS E DA SUA
RELAÇÃO COM O PERFIL DOS MAGISTRADOS**

Monografia final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professor Fábio Perin Shecaira.**

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Professor Fábio Perin Shecaira - Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2016

Aos meus pais, cujo amor incondicional me trouxe até aqui e cujos ensinamentos me guiam diariamente. Sem seu apoio, preocupação e carinho, nada disso seria possível.

Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus pela constante misericórdia e pela vigilância atenta. Sua presença na minha caminhada sempre foi o diferencial para as minhas conquistas, ter a certeza da Tua força me levou mais longe e me levantou nos momentos de tribulação. Se hoje conquisto mais uma vitória é por Tua Glória. Agradeço também aos meus pais, que me apoiaram em todos os momentos difíceis e foram os protagonistas da renovação da minha fé pessoal; vocês são a razão e a inspiração para todos os meus esforços. Sem vocês nada do que conquistei seria possível. Agradeço também à minha família que em todos os momentos me acolheu em seu seio sem se quer me julgar ou me questionar. O amor de vocês me construiu e me fez ver e querer mais. Muito obrigada! Agradeço o meu orientador, pela paciência e cuidado com que cuidou desta pesquisa. Sua dedicação e seu compromisso sempre me inspiraram e certamente os levarei como aprendizado. Por fim, mas não menos importante agradeço à gloriosa Faculdade Nacional de Direito por ter sido palco de tantas conquistas e transformações pessoais. Encerro meu ciclo nesta casa com mais vivência e esperança do que entrei, além da certeza de que mudanças são possíveis e que elas começam em nossos corações. Aproveito para estender esta dedicatória ao meu Feudo Imortal, presente de a Nacional me deu. Vocês me fizeram a diferença na minha vida!

Ubuntu.

(Dizer zulu)

RESUMO

SOUZA. M.S.R de. *ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DE SEUS SIGNIFICADOS E DA SUA RELAÇÃO COM O PERFIL DOS MAGISTRADOS*. 2016. 60 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

O objeto de estudo da presente trabalho são os institutos do ativismo judicial - seus significados e variedades- e os perfis judiciários de sistemas de tradição da common law e da civil law. A partir de uma análise comparativa pretende-se mapear como as origens e institutos de cada, seus históricos, suas trajetórias de consolidação e suas prestações jurisdicionais, influenciam na postura ativa de um magistrado. Pretende-se através do paralelo estabelecido, traçar uma diretriz de soluções aos problemas institucionais nacionais.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Análise comparada. Diretrizes.

ABSTRACT

SOUZA. M.S.R de. JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS OF ITS MEANINGS AND ITS RELATIONSHIP WITH THE PROFILE OF THE MAGISTRATES. 2016. 60p. Monograph (Law Degree) – Federal University of Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

The object of study of the present work are the institutes of judicial activism - their meanings and varieties - and the judicial profiles of common law and civil law systems. From a comparative analysis it is intended to map how the origins and institutes of each, its history, its consolidation trajectories and its jurisdictional benefits, influence the active posture of a magistrate. It is intended, through the established parallel, to draw up a guideline of solutions to national institutional problems.

Keywords: Judicial activism. Comparative analysis. Guidelines.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 OS CONCEITOS E ENTENDIMENTOS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	14
1.1 Um breve histórico.....	14
1.2 Os conceitos de Kmiec.....	16
1.3 As percepções de Patrick Devlin.....	20
1.4 O pragmatismo de Richard Posner.....	24
1.5 Observações Gerais.....	27
2 OS PERFIS JUDICIÁRIOS.....	29
2.1 A origem da civil law e da common law.....	29
2.1.1 A civil law.....	30
2.1.2 A common law.....	32
2.2 A análise de Bell.....	34
2.2.1 França.....	36
2.2.2 Alemanha.....	41
2.2.3 Inglaterra.....	46
3 O PERFIL JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SUAS CONEXÕES COM O ATIVISMO.....	50
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o ativismo judicial, seus significados e variedades, a partir de uma exposição conceitual de entendimentos variados, além de estabelecer um canal de comunicação entre tais ideias e a atividade judicial brasileira.

A ponte entre tais conceitos e o Judiciário brasileiro – instituição e magistrados - será feita através de um estudo comparativo que fará referência a alguns dos mais tradicionais judiciários estrangeiros, especificamente a França, a Alemanha e Inglaterra. Os dois primeiros em função das suas similaridades institucionais para com o sistema brasileiro e por serem, as duas, referência estrutural para outras nações devido as duas amplas tradições jurídicas; já a Inglaterra ingressa na lista como representante da *common law* e atuará como ponto contrastante. Para tanto, serão analisados elementos históricos da trajetória de consolidação de cada sistema a fim de extrair a essência do comportamento institucional e descobrir de que forma influencia as prestações judiciais.

O estudo isolado do perfil do magistrado em sociedades de culturas diferentes não é uma ferramenta completa para a análise dos efeitos organizacionais destas. O histórico por trás dos “requisitos” aparentes de um magistrado é que revela o verdadeiro intuito e objetivo destes “aplicadores” do Direito. Desta forma, justifica-se a investigação referente às origens dos Judiciários em estudo.

Apenas através do estudo comparativo entre as estruturas de composição da magistratura (sistemas de ingresso, identidade institucional, organização interna etc), bem como o aparato administrativo do judiciário em países de diferentes tradições jurídicas e o sistema brasileiro, torna-se possível traçar os pontos de distanciamento e analisá-los. Tem-se de toda sorte que a efetividade e os efeitos sócio-jurídicos da prestação jurisdicional só podem ser mensurados a partir da visualização do impacto da (re)produção de direito concretizada nas decisões judiciais.

Algumas problemáticas surgem a partir da dialética proposta. A primeira delas recai sobre a melhor definição de ativismo judicial frente às questões culturais brasileiras e suas urgências sociais; a segunda problemática diz respeito aos critérios utilizados no processo de ingresso e seleção para a magistratura nas diferentes tradições

jurídicas, a fim de determinar como esses fatores moldam a atuação do juiz; a terceira problemática diz respeito ao perfil do magistrado em cada sistema analisado e de que forma este perfil afeta a sua tendência a ser mais ou menos ativista.

De maneira breve, pode-se afirmar que o aspecto cultural é um fator determinante para uma aplicação dinâmica e ativa do Direito. Neste sentido, temos a identificação cultural da *commom law* com a ideia de um direito criado e moldado pelos juízes que muito se deve ao conhecimento da origem destes e como foram selecionados para o cargo. Nota-se que há uma aura de prestígio em torno do ofício de juiz; a nomeação é uma espécie de consagração da carreira jurídica de um advogado ou promotor público¹.

Em contraposição, a *civil law* adotou, como instrumento de materialização da separação dos poderes, um aspecto mecânico à atividade jurisdicional; onde o juiz é, pelo menos de acordo com o discurso oficial, um perito burocrata e sua função restringe-se a encontrar dispositivos legais e aplicá-los a situação fática. Aqui, não há a percepção dos juízes como figuras admiráveis, e até heroicas, apontada em algumas culturas de *commom law*.²

O objetivo geral da pesquisa é fomentar uma discussão acerca do conceito de Ativismo Judicial e suas derivações sem perder de vista as necessidades sociais brasileiras. Visa, também, promover uma reflexão sobre a possibilidade de renovação da identidade da magistratura brasileira e de abertura à inovação judicial em um sistema jurídico restritivo como o nosso, que só vislumbra o dinamismo em uma esfera do poder judiciário, o STF.

A relevância desta pesquisa torna-se evidente ao realizarmos a distância existente entre a realidade jurídica brasileira e a postura de trabalho proposta pelo que ativismo judicial e suas vertentes. A fim de questionar a dinâmica de subordinação à legalidade típica das tradições de Civil Law que culmina em uma relação de servidão entre o juiz e a norma e os impactos que este folclore promoveu na cultura judiciária brasileira.

¹ MERRYMAN, John Henry e PÉREZ, Rogelio Perdomo, **A Tradição da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos de Europa e da América Latina**, Sergio Antonio Fabris Ed., São Paulo, 2009.

² MERRYMAN, John Henry e PÉREZ, Rogelio Perdomo, *Op. Cit.*

Uma exposição clara e sólida das propostas do ativismo judicial, *latu sensu*, permite que o movimento não se restrinja a uma mera problematização idealizada e passe a ter ferramentas de aprimoramento da magistratura brasileira. Tem-se, de maneira mais ampla, este fenômeno como um padrão comportamental do magistrado que permite-se decidir um caso em concreto a partir de parâmetros socialmente estabelecidos ou demandados que não foram positivados; já em sentido estrito, a expressão é dada como sinônimo de “judicialização da política”.

Nota-se que o debate acerca da natureza da atividade do juiz ultrapassa os limites da diferença de aplicar o direito e produzi-lo e envolve conceitos de justo e injusto, os impactos sociais de uma decisão, a manutenção de uma ordem jurídica, a preservação do prestígio e da força de uma lei, a importância da figura do juiz em uma sociedade etc.

Diante da complexidade material do tema e atenta à carência de produção nacional sobre este conteúdo, entendo que a promoção de uma análise neste sentido trará uma compreensão mais palpável acerca das características, e falhas, do funcionamento de cada um dos sistemas apresentados.

A metodologia adotada na produção deste trabalho é a bibliográfica, feita a partir de uma revisão de textos acadêmicos internacionais, bem como a de textos de produção nacional, visando, a partir da comparação, uma proposta de reestruturação institucional.

Apesar de o tema não possuir ampla bibliografia no país, existem obras dedicadas à sua análise, principalmente artigos publicados em revistas, que permitem a elaboração de uma monografia. Sobre o tema, tem-se como base livros, artigos, nacionais e internacionais. Foram consultados os trabalhos especificamente de: Patrick Devlin, Richard A. Posner, John Merryman, John Bell Page, R. C. van Caenegem, dentre outros.

A pesquisa estrutura-se em três capítulos, no primeiro capítulo serão apresentados os principais conceitos existentes acerca do ativismo judicial, bem como suas finalidades e propostas. O segundo capítulo abordará o perfil do magistrado através

da elaboração de um contexto histórico da estruturação institucional dos sistemas da “common law” e da “civil law”, e dos sistemas de ingresso no Judiciário em cada um. Propõe-se através da contraposição entre os modelos que seja identificado um perfil do juiz de common law e que sejam identificadas as benesses de sua atuação para que possam possivelmente servir de parâmetro para a realidade brasileira. Reconhecemos que não há tanta homogeneidade assim dentro de cada grupo e que entre dois magistrados de uma mesma tradição jurídica podem haver diferenças importantes. Já o terceiro capítulo dedica-se a expor esta realidade nacional e as projeções acerca do perfil institucional do magistrado. Além de expor as barreiras institucionais presentes no judiciário brasileiro que impedem o Direito nacional de evoluir fluida e eficientemente frente as questões sócio culturais de uma sociedade jovem e vivaz como a brasileira, afim de que a partir da relativização da nossa mentalidade judicial seja possível vislumbrar um sistema mais adequado e propício ao desenvolvimento comunitário.

1 OS CONCEITOS E ENTENDIMENTOS SOBRE ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Um breve histórico

A ideia de ativismo judicial é consideravelmente anterior à criação do termo “ativismo judicial”. Antes do século XX, a ideia baseava-se em um modelo de atuação onde normas seriam criadas a partir da atividade magistral. Essa liberdade no agir judicial nunca foi pacífica no meio acadêmico ou até mesmo na magistratura em si; juízes como inglês Blackstone, entendiam tal atividade judicial como um dos pilares da common law, outros como Bentham, também inglês, a vislumbravam como uma afronta ao sistema de separação de poderes e uma clara usurpação da atividade legislativa.³

A partir do século XX, o debate sobre a atividade legislativa pela via judicial alcançou a academia e a dividiu em correntes. O período histórico do “New Deal” e a Revolução de 37 marcaram bastante a trajetória do termo “ativismo judicial”. Nesta época, haviam críticas pesadas à constitucionalidade dessa ideia por existir uma constante ameaça de preterição das Cortes às demandas sociais e um favorecimento às

³ KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism**, California Law Review, Vol. 92, No. 5. California Law Review, Inc. Oct., 2004. pp. 1441-1477.

demandas privadas sob o discurso do "devido processo legal". Apenas após o reconhecimento formal da constitucionalidade do modelo econômico adotado pelos Estados Unidos é que o termo em estudo veio à tona e passou a ser disseminado.

Vale destacar que o embate sobre a constitucionalidade do “New Deal” nunca foi abertamente apresentada dessa forma, em vez disso, o foco era o posicionamento do Judiciário perante o novo contexto social da época. Parte da Suprema Corte pendia para um posicionamento mais pro ativo e flexível enquanto outra parte entendia que o papel do Poder Judiciário estava devidamente positivado e bem delimitado, e deveria ser respeitado.

Curiosamente, o termo foi utilizado pela primeira vez por uma revista popular em um artigo que propunha uma identificação do perfil dos nove juízes que compunham a Suprema Corte naquela época. No artigo, quatro juízes foram classificados como “ativistas judiciais”; três outros foram classificados como “campeões da auto restrição” e dois foram tidos como moderados pelo autor Arthur Schelsinger Jr. Este é o primeiro registro do uso do termo⁴.

O artigo em questão, apesar de ter sido redigido por uma pessoa alheia ao contexto judicial e de ter falhado em apresentar um conceito satisfatório para o fenômeno, Schelsinger, ao estabelecer os traços de cada corrente, deu início a um debate muito rico acerca da postura que uma Corte, ou um magistrado, pode tomar e as consequências que este posicionamento pode causar.

Em um entendimento mais positivo, apresentado alguns anos depois, o conceito de ativismo judicial passou a ser entendido como um instrumento de realização dos direitos civis e não a forma de deturpação das capacidades judiciais que divulgavam. Para essa corrente, há uma sobreposição de interesses no momento da manifestação do ativismo judicial de um magistrado. E por estarem em uma posição protetora em relação à vontade constitucional, os juízes, deveriam agir de forma agressiva para realizar tal missão.

⁴KMIEC, Keenan D. *Op. Cit.*, pp. 1441-1477.

A primeira aparição do termo em um contexto judicial, foi feita pelo juiz Hutcheson, reconhecidamente utilitarista e naturalmente um defensor do interesse público acima de toda as coisas, no caso *Galloway vs United States*, cujo debate envolvia a aplicação da sétima emenda constitucional americana. A expressão foi utilizada em um contexto meramente de nomenclatura, com um tom até acusatório, já que não acrescentou nenhum elemento argumentativo ou conceitual ao voto proferido. Em seu discurso o juiz refere-se a “princípios anciãos” como contra argumentação, porém não é possível identificar no discurso como estes princípios influem no ativismo empregado, como o ativismo de fato se mostra nocivo, ou até mesmo o que Hutcheson entende por ativismo judicial.

Nas três oportunidades apresentadas, não é possível extrair uma definição clara e coesa do que vem a ser ativismo judicial. O termo aparece em contextos históricos diferentes e é usado com intuítos distintos, mas os seus locutores não foram capazes de captar a essência do fenômeno. O breve histórico apresentado, permite a consideração de que a popularização do termo e a sua divulgação não contribuiu em nada para o processo de definição do conceito; pelo contrário, nota-se que a amplificação do uso contribuiu para turvação do mesmo⁵.

1.2 Os conceitos de Kmiec

Em uma tentativa de suplementação do conteúdo, Keenan D. Kmiec, em “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”⁶, nos apresenta cinco sentidos possíveis para o ativismo judicial extraídos de um estudo do autor acerca da postura da Suprema Corte americana.

O primeiro dos entendimentos seria o ativismo judicial como uma extensão da interpretação do texto constitucional em um contexto de invalidação de políticas propostas por outros segmentos governamentais. Este posicionamento é profundamente ligado ao instituto da separação de poderes, defendido anteriormente por Bentham, mas a inovação das falas apresentadas recai na reflexão sobre a linha tênue que surge entre a

⁵ KMIEC, Keenan D. *Op. Cit.*, pp. 1441-1477.

⁶ KMIEC, Keenan D. *Op. Cit.*, pp. 1441-1477.

segurança jurídica e discricionariedade ilimitada no momento em que uma Corte aplica uma interpretação extensiva do texto constitucional.

Como todo conceito, este também dispõe de pontos fracos em sua fundamentação. A primeira ponderação diz respeito ao papel das Cortes Superiores frente ao texto constitucional: há entendimentos de que estas não deveriam ser a fonte final da vontade constitucional para todos os órgãos governamentais; e há entendimentos contrários onde defende-se a ideia de que a proteção e a interpretação da constituição por estas cortes está positivada na Carta Maior americana.

A segunda ponderação versa sobre a percepção individual perante o texto constitucional; como o intérprete enxerga os limites e as disposições ali presentes, pois, segundo Kmiec, é neste momento que se estabelece a diferença entre uma revisão judicial e uma postura ativista. É uma definição deveras subjetiva por estar atrelada a um debate sobre sentidos constitucionais e interpretação pessoal que não apresenta respostas fáceis, apesar da pertinência.

O segundo sentido é tido como um processo de desprestígio dos precedentes disponíveis. Aqui, a análise é ampliada para o tipo de precedente em jogo. O autor apresenta os tipos: precedentes verticais, horizontais, de matéria constitucional, de matéria estatutária ou as leis comuns.

Nos casos de precedentes verticais, é amplamente aceito que posicionamentos contrários aos já estabelecidos nas Cortes Superiores são formas claras de ativismo judicial. Já nos casos de precedentes horizontais, ou seja, posicionamentos estabelecidos na mesma instância, o debate é mais complexo. Apesar da ampla aceitação da teoria do *stare decisis* e a sua aplicação costumeira em diversas cortes pelo mundo, tem-se que a mesma não deve ser utilizada de forma que promova uma estagnação judicial ou uma institucionalização de entendimentos.

A simples quebra do padrão do *stare decisis* não configura per si uma manifestação de ativismo judicial; cabe analisar o conteúdo disposto nos precedentes e o conteúdo ventilado na decisão “ativista”. Essa teoria não deve ser tida como um valor absoluto e deve ser sempre confrontada com os princípios constitucionais disponíveis,

em casos de dissonância o posicionamento deve ser sempre em favor da Constituição. Nesta hipótese, não se trata de um ativismo judicial mas sim uma decisão constitucionalmente ajustada.

Novamente a definição de ativismo judicial jaz sobre uma subjetividade pessoal do intérprete da lei. A partir desta dificuldade os juízes, em sua maioria, tendem a não observar os precedentes horizontais.

Quanto à matéria dos precedentes a lógica é diferente. Há uma hierarquia material estabelecida pelo próprio tribunal. A Corte Superior costuma permitir uma flexibilidade maior aos precedentes da jurisdição comuns, já que a proximidade dos juízes competentes com a realidade social lhes permite maiores adaptações na interpretação. Já as normas de caráter constitucional possuem um sistema menos flexível quanto aos precedentes por se tratar de um texto rígido que restringe as alterações de entendimento à própria Corte. Os precedentes estatutários são peculiares, mais fortes e protegidos já que a interpretação de suas normas está integrada no próprio instituto; assim, uma possível alteração na interpretação culminaria numa reestruturação do próprio estatuto e apenas o Legislativo teria competência para tal. Entende-se por precedentes estatutários os posicionamentos proferidos pelas cortes especializada quanto à interpretação a ser observada na aplicação de normas regimentais.

Apesar de ser um dos conceitos menos controversos sobre ativismo judicial, a identificação do tipo de precedente envolvido na questão é essencial para que essa postura possa ser mensurada ou até mesmo considerada.

O terceiro entendimento posiciona o ativismo como uma atividade legislativa exercida pelos tribunais, a manifestação de uma função atípica do Judiciário. Ainda sob a luz do princípio separatista dos poderes, as maiores críticas a esse tipo de postura dizem respeito a desqualificação dos magistrados para o ofício legislativo e os perigos que a ampliação de atuação do poder judiciário pode trazer. As teses acusatórias são ligadas ao caráter político que envolve a produção de normas e os possíveis confrontos entre percepções de justo e adequado quando passamos a considerar as condições pessoais de cada magistrado tais como: etnia, gênero, orientação sexual, formação, religião, ideologias políticas etc.

A singularidade da questão está no fato de que apesar das inseguranças apresentadas pelos defensores de uma postura legalmente adstrita do Judiciário, e destas serem inegavelmente justas, é evidente que em alguns casos tal atividade atípica promove um resultado extremamente satisfatório e muitas vezes mais adequada do que a via legislativa propõe.

Nota-se que encaixar a discussão sobre ativismo judicial na esfera do “bem agir” ou do “mal agir” induz a uma conclusão muito relativa, pois os entendimentos sobre o que é “bom” e o que é “mau” são inerentes a percepções muito pessoais de quem vê a questão. Ocorre que, mesmo estabelecendo o ativismo judicial como um exercício de uma função imprópria do judiciário, decisões particulares podem ter resultados positivos e se estabelecerem como precedentes.

É palpável no discurso dos aderentes dessa linha de interpretação o sentido pejorativo que empregam ao tratar a questão do ativismo judicial. Apesar de terem o direito de fazer tal manifestação, há de se convir que atribuir um sentido negativo ao termo, ou utilizá-lo como um sinônimo de “má” atuação judicial, promove um esvaziamento do debate e uma deturpação do fenômeno em si. A confusão dos sentidos de expressões díspares dificulta a individualização de cada uma e o estabelecimento do uso mais adequado em um discurso jurídico.

O quarto posicionamento nos é apresentado de maneira sucinta e é baseado nos métodos interpretativos utilizados no agir das Cortes. Duas vertentes depreendem-se desse entendimento: uma concebe o ativismo judicial como a utilização de dados e informações de forma alheia a outro magistrado em situações similares; e a outra entende que o ativismo se manifesta no resultado diferente de uma questão quando os interpretes se valerem dos mesmos meios de interpretação. Nesta esteira, o diferencial desta vertente está na paridade entre os objetos de análise, ou seja, o ponto de partida é o mesmo porém a conclusão dos processos cognitivos podem divergir. Aqui não há medição do grau de ativismo se não houver um referencial comum entre as situações em cheque.

O quinto e último entendimento é denominado julgamento orientado pelo resultado. Ou seja, ativismo para essa corrente é quando o juiz possui uma motivação ulterior aos aspectos fáticos que parte de um consenso comunitário sobre o que é correto. Aqui o grau de ativismo será medido a partir da distância entre esse consenso e o resultado da prestação jurisdicional. Tem-se que quanto mais distante o resultado da questão estiver do entendimento comunitário sobre o justo para aquele caso, maior é o grau de ativismo do aplicador do direito. O referencial aqui está nas percepções comunitárias sobre as situações cotidianas, então se um juiz direciona seu entendimento na contramão deste referencial há inovação. De todos os entendimentos apresentados este é o que mais se aproxima de um estabelecimento mais concreto do que possa vir a ser ativismo judicial por estabelecer uma limitação conceitual, ainda que possa ser muito difícil rastrear esse motivo ulterior.

Não obstante as vertentes apresentadas por Kmiec, não seria prudente encerrar a discussão e as análises sobre o conceito de ativismo judicial nelas. Pelo tom da narrativa apresentada, nota-se que a definição e a composição da essência do ativismo judicial ainda se mantém em aberto. Neste sentido, a apreciação de outros pontos de vista mostra-se necessária e bem-vinda.

1.3 As percepções de Patrick Devlin

Patrick Devlin em “Judges and Lawmakers”⁷ trabalha o conceito de ativismo judicial a partir de uma interessante distinção conceitual entre “dinamismo” e “ativismo” pelos impactos sociais promovidos por cada um deles, revelando que possuem pesos e significados diferentes e merecem ser alvo de análises atentas.

O autor entende por “ativismo” o emprego de uma ideia retirada de um consenso social em uma decisão judicial e afirma que o sucesso em sua utilização dependerá exclusivamente da simpatia do operador do Direito já que há prévia aceitação comunitária; em contrapartida o “dinamismo” seria o emprego de uma ideia criada fora deste consenso que, para ser difundida, dependerá do entusiasmo do operador e pode vir a macular sua aparência de imparcialidade.

⁷ DEVLIN, Patrick, **Judges and Lawmakers**, The Modern Law Review, vol. 39, 1976.

Devlin em seu discurso posiciona outro conceito como pilar para a realização e ambientação do ativismo, o "consenso". Para ele, consenso em uma comunidade está na aceitação, ou na rejeição, generalizada acerca de um conjunto de ideias; ou seja, o que é, por alguma razão, aceitável para um grupo específico de pessoas⁸. A ligação entre o "consenso", o "dinamismo" e o "ativismo" está na finalidade que cada um se propõe. Neste sentido, as hipóteses de contexto social resultantes de cada uma das propostas seriam, respectivamente: uma proposta de ordem alheia ao que a comunidade alvo julga como "bem" em prol de uma parcela da sociedade até então excluída deste, e uma concretização de uma vontade geral já existente no seio da comunidade.

Como podemos ver, a primeira situação revela um cenário muito mais propício a instabilidades do que o segundo e a narrativa do autor se baseia nisso. Devlin era um conservador com ideias muito bem definidas e enraizadas no século XIX/XX, conseqüentemente sua postura frente a uma contemplação maior das necessidades de parcelas sociais que não estão abarcadas pelo status quo estabelecido não poderia ser outra a não ser a de rejeição

Uma postura ativa no momento de produção de normas seria a simples manifestação de uma atualização destas perante a renovação do que é tido como consenso em uma comunidade; uma postura dinâmica tem como fim causar um impacto neste consenso através da inovação normativa. Nos dois casos, segundo Devlin, o operador emprega ideias que ainda não foram sancionadas pelas fontes formais do direito, mas o ativismo não envolve tanta ousadia ou inovação por parte do operador quanto o dinamismo.

Neste sentido, revela que o sucesso de uma postura ativa ou dinâmica está no julgamento bem calculado do operador do Direito de forma que seja levada em conta a possibilidade de uma reação social hostil e que exista um protocolo de reação a esta. O autor entende que a competência para esta atividade é guardada à política e crítica a participação do Judiciário neste processo.

⁸ DEVLIN, Patrick, *Op. Cit.*, p. 2

Devlin, apesar de reconhecer possíveis exceções, afirma que independentemente do histórico de vida de um juiz (sua graduação na faculdade, o tipo de escola que frequentou na juventude ou o que faz de hobby), o padrão vislumbrado é de um homem cuja ambição é apenas servir a lei e não dominá-la. Como um agente de promoção da segurança social, o magistrado, em tempos de mudanças sociais não pode ter seu ofício e seu agir guiado pelos agentes mutantes pois deve ser o referencial para aqueles que sofram alguma "perda" com tais mudanças.

O autor trabalha muito bem as consequências do agir do magistrado e revela a delicada questão da injustiça; para o autor é aí que jaz a problemática das posturas ativas e dinâmicas do judiciário. Devlin estabelece de forma muito clara que o papel social do juiz é manter a paz e a segurança social, além de remover o senso de desfavorecimento. Para exercer tal papel de maneira convincente, o magistrado deve prezar pela aparência de imparcialidade nas suas atuações.

O questionamento é sobre a aparência de parcialidade que ambas as condutas podem transmitir, já que a base para o prestígio e para a autoridade do juiz como indivíduo apto à solução de litígios está na esperança de um tratamento igual e imparcial; o senso de injustiça surge no momento em que um possível "favorecimento" é identificado e o resultado do conflito é imperativo ao "desfavorecido".

A possibilidade de mácula invalida socialmente o resultado da produção de direito, ainda que seja o mais justo. Assim, Devlin se mostra relutante quanto à adoção de uma postura dinâmica nas prestações judiciais pois isto implicaria na revelação de um entusiasmo com a causa e na manifesta acolhimento de um dos pontos de vista apresentados; ou seja, não haveria imparcialidade.

Para o autor, a "aplicação desinteressada" da lei nos casos concretos promove uma segurança social maior no sentido em que promove uma percepção mais clara sobre os resultados possíveis em casos semelhantes. Neste cenário, a frustração pessoal e o sentimento de preterição é diminuído e canalizado para o sistema normativo vigente. Já em um posicionamento dinâmico, por não promover muitos parâmetros comparativos, há um aumento na possibilidade de frustração e da sensação de preterição. É esse senso

de desfavorecimento que, quando compartilhado por muitos, promove o risco de caos social.

Porém, esta não é a única hipótese de instauração do caos. A má interpretação das liberdades oferecidas e defendidas pelo ativismo judicial pode resultar na ilusão de poderes institucionais ilimitados e em um cenário de aprovação do abuso de poder. Patrick entende que quando passam a agitar e alimentar ideias acerca do que é justo e de como é possível melhorá-lo, os juízes, não utilizam as normas com retidão. O perigo temido pelo autor é o da hipótese de a esfera jurídica de uma comunidade ser definida a partir de entendimentos e ideologias particulares de um indivíduo, ou alguns indivíduos.

Essa é a maior objeção apresentada por ele quanto à matéria em estudo: o caráter não democrático que reveste posicionamentos ativistas/dinâmicos e a legislatura judicial. Para ele a concentração da faculdade de modulação de efeitos e consequências de assuntos de forte cunho político nas mãos de um só indivíduo que não goza de uma representatividade legitimada pela própria comunidade fere frontalmente os institutos democráticos a qual a sociedade, no caso britânica, estabeleceu-se.

Por entender que os juízes das cortes não desfrutam de aptidão ou capacidades suficientes para exercer uma atividade legislativa digna, Devlin teme que a aparência de plenitude de poder que os magistrados e o Judiciário carregam possa criar a ilusão de um "atalho" para as realizações sociais. Porém, há chances de que esse "atalho" se consagre como "caminho" por conta da facilidade promovida e de resultado teríamos um contexto de totalitarismo estatal. Há uma ligação com o terceiro entendimento exposto na seção anterior e reconhece-se que ser ativo/dinâmico é uma forma de tomar o lugar do legislador; por isso destacamos que apesar de ser uma manifestação da liberdade magistral ela não é libertária. Os preceitos constitucionais disponíveis e o objetivo de uma prestação jurisdicional mais justa devem ser sempre observados.

Aduz ainda que os aspectos de uma postura ativa ou dinâmica variam de acordo com o tipo de direito da questão. Como bem exposto:

[...] na common law há uma permissão geral para legislação judicial; na lei estatutária não há. Na lei comum o desenvolvimento é permitido, senão esperado; na lei estatutária deve haver, pelo menos, uma presunção de que o Parlamento tem domínio sobre o tema que está a lidar e sobre tudo o que ela queria dizer. (DEVLIN, vol. 39, 1976., Tradução livre)

Apesar dos posicionamentos firmes quanto o dinamismo e o ativismo, Devlin não descarta a utilização dos mesmos em certas situações. A afirmativa acima é um bom exemplo e curiosamente se comunica com o segundo entendimento apresentado por Kmiec, onde as matérias envolvidas na questão definem a amplitude do ativismo. Vejamos que não é uma flexibilidade desregrada, para ele a abertura na interpretação normativa deve atender limites bem definidos. Afinal, sua tese é baseada na premissa de que a interpretação livre dos dispositivos resulta em um cenário de confusão conceitual pouco favorável a uma prestação judicial descente e justa.

Como já exposto, o autor possui uma fala bastante direcionada ao conservadorismo, tendo um tom ansioso em prol da manutenção do status quo e até mesmo um certo desdém pelas causas de minorias sociais, haja visto seu histórico pessoal. Isto não implica na exclusão da adoção do seu ponto de vista por pessoas que não correspondam ao seu nível de conservadorismo, os ideais e os debates levantados quanto a conceituação de ativismo e dinamismo não estão atrelados a quaisquer concepções sociológicas. Em nome do debate, faz-se necessária a exposição de um ponto de vista menos polarizado e aqui passamos a trabalhar a teoria de Posner.

1.4 O pragmatismo de Richard Posner

Richard Posner em “Pragmatic Adjudication”⁹ apresenta a ideia de pragmatismo judicial que seria um posicionamento livre e ativo do juiz frente a uma questão judicial. Para o autor, o cerne da ideia de pragmatismo judicial é o melhor resultado futuro que uma decisão judicial pode ter, e para que isso ocorra deverão ser trabalhadas concomitantemente as ideias progressistas aplicáveis e o zelo pelas experiências passadas. De forma que haja uma consistência e não uma submissão ideológica.

⁹ POSNER, Richard A. **Pragmatic Adjudication**. *Cardozo Law Review*, Journal Articles. University of Chicago Law School, 1996.

O primeiro conflito que o autor revela em sua teoria diz respeito à vagueza que o termo "pragmatismo" carrega. Pois a sua aplicação na via judicial não pode ser encarada como uma simples derivação do pragmatismo filosófico, já que este posicionamento conduz a um contrassenso. O autor (POSNER, 1996, p. 3) revela que, filosoficamente, pragmáticos não abraçariam a ideia de um julgamento pragmático sendo possível até que defendessem a aplicação restrita do sistema normativo.

O pragmatismo filosófico não dita o que é pragmatismo jurídico ou qualquer outra posição de cunho jurídico. Mas pode desempenhar um papel paternal em relação às teorias pragmáticas da lei, incluindo a teoria do julgamento pragmática (POSNER, 1996, p. 20, tradução livre)¹⁰

Neste sentido, a vagueza conceitual e o contrassenso supracitados encaminham o debate para uma postura de autodeterminação do movimento pragmático na esfera judicial.

Ronald Dworkin surge como um dos maiores críticos ao posicionamento apresentado por Posner por vislumbrá-lo como um agir "anárquico", onde os precedentes e os significados positivados seriam desconsiderados. Para o filósofo, o juiz tem o dever de manter a consistência quanto aos valores resguardados por magistrados anteriores de forma que suas autoridades fossem respeitadas; uma verdadeira ode aos precedentes judiciais. A uniformidade de entendimentos e prestação judicial só poderia ser quebrada no caso de haver conflito entre a linha interpretativa, e principiológica, apresentada e a seguida pelo magistrado; neste caso, outras fontes normativas poderiam se invocadas a forma que o conjunto histórico legal fosse respeitado.

A fim de compreender melhor a lógica envolvida por trás de uma prestação jurisdicional pragmática, Posner ventila um perfil breve do ator de cada uma das vertentes trabalhadas: o juiz positivista e o juiz pragmático. O primeiro é tido como aquele que além de acreditar que o texto normativo dispõe de total capacidade para embasar uma decisão, acredita que nenhum direito ou dever deve ser promovido se não estiver delimitado em um texto positivado e busca zelar pelos entendimentos proferidos

¹⁰ IDEM

anteriormente; já o segundo, não possui nenhuma vinculação com a manutenção de entendimentos pretérito, tem sua preocupação voltada ao resultado prático no momento da aplicação da norma e suas possíveis consequências. A relação estabelecida com os precedentes é apenas como uma fonte de conhecimento pois possui uma prioridade diferente do aplicador positivista.

Posner reconhece que uma postura pragmática em casos que versem sobre matérias não previstas pode ter um resultado contrário da proposta ideal, por influência das condições pessoais do magistrado; neste contexto um posicionamento positivista se mostra mais estável e previsível, promovendo até um estado de "bem comum". Em contrapartida à estabilidade ofertada, há uma dependência frente à vontade legislativa em solucionar a lacuna existente o que, para o autor, no contexto de um poder Legislativo passivo tal como o americano, acaba por direcionar a solução para o Judiciário.

Há uma diferença bem relevante entre a fala do autor e dos outros autores já analisados: Posner não condiciona a postura pragmática à uma atividade legislativa atípica. Em verdade, há um tom de rejeição quanto a essa qualificação do fenômeno por entender que há um espaço muito bem delimitado entre os processos legislativos e os processos judiciais quanto às suas formas, procedimentos e fontes; mas reconhece que no mesmo passo em que o magistrado é um aplicador de norma, em sua busca pelo melhor resultado, suas escolhas podem levá-lo ao papel de criador de norma.

Nota-se que o tom deste discurso recai na possível eventualidade de realização de uma postura atípica. O objeto do pragmatismo judicial não está propriamente dito na transformação social ou na mudança sistêmica do ordenamento jurídico, ele está na análise dos fatos apresentados e na proposição de um resultado que atenda a tais de forma justa. Pode ser que este resultado promova uma revolução e se contraponha ao *stare decisis*, como pode ser que não. Não há regras quanto a isso. Ou seja, não há uma supressão de poderes institucionais. Ambos continuam a exercer e atuar em suas limitações, mas através do pragmatismo pode ser que haja uma suplementação à atividade legislativa por meio do Judiciário.

Ainda que a produção/ complementação/ suplementação de normas não seja a regra no pragmatismo, Richard revela uma preocupação quanto à realização destas. O autor reconhece que, de maneira geral, operadores do Direito, em uma situação que envolva uma matéria excepcional, encontram-se em um estado de vulnerabilidade onde o acesso a um conhecimento técnico não é suficiente para garantir o embasamento de suas motivações e passam a utilizar suas intuições.

Ele reconhece que tais intuições possuem uma relevância significativa e que nem sempre estão revestidas de retidão, portanto conta com a manifestação de sabedoria pessoal dos magistrados para reconhecer esta realidade. O que o autor propõe como solução à possibilidade de sobreposição de uma percepção pessoal do operador à realidade fática apresentada é o confronto ideológico entre esta e a percepção da comunidade na qual ele está inserido.

A análise da visão macro, incluindo estudos comparativos de legislações alienígenas, ameniza o impacto das experiências, das informações e da imaginação daquele magistrado e direciona o seu convencimento sobre o caso para um resultado mais equilibrado. Para Posner (1996, p. 16), a maior ameaça do pragmatismo é a "preguiça intelectual" pois simplesmente reagir a um caso é muito mais fácil do que exercitar a ponderação entre os interesses envolvidos. O magistrado deve estar imbuído do ideal de que o ofício o qual exerce permite e zela pela oportunidade de representação, deve mostra-se um indivíduo dotado de boa razoabilidade para que possa trabalhar pragmaticamente.

Cabe ressaltar que o autor não impõe o pragmatismo judicial como uma verdade absoluta a todo e qualquer sistema governamental, e respeita as particularidades que cada um apresenta de forma que este possa ser adequado a cada realidade de forma que os resultados sejam de fato eficazes para comunidade.

1.5 Observações gerais

A partir das exposições anteriores podemos perceber que o debate acerca do conceito de ativismo judicial e as implicações dele na prestação jurisdicional é vasto e complexo, e mobiliza diversas esferas da prestação jurisdicional. O debate se estende às

percepções pessoais do magistrado, ao seu histórico pessoal, sua identidade profissional, a comunidade a qual ele está inserido, religião, ideologia política etc., e tudo isso é determinante na postura a ser adotada em um caso concreto. Admiti-lo e tratá-lo de forma aberta é torná-lo de fato um instrumento de uma possível reestruturação ideológica institucional.

A diversidade conceitual, pincelada neste primeiro capítulo, per si, revela como estas subjetividades se manifestam no discurso jurídico dos operadores do Direito; afinal, é natural do ser humano apresentar em sua fala elementos que venham a confirmar os dogmas que carrega de forma que possa convencer o próximo quanto às suas certezas.

Nota-se que cada autor apresentado dispunha de uma condição pessoal dispare dos demais e naturalmente sustentava um discurso diferente. A diversidade e as oposições conceituais, apesar de parecerem à primeira vista uma manifestação de instabilidade e uma possível fonte de conflitos, provocam importantes reflexões sócio jurídicas. Reflexões que devem servir de base para o estabelecimento e adequação do ativismo em uma sociedade concreta, e devem fugir de um formalismo vazio quanto ao estabelecimento de uma nomenclatura mais adequada à proposta apresentada.

No Brasil, o uso da expressão "ativismo judicial" é frequentemente utilizada como sinônimo de "judicialização da política", que compreende um movimento de relativa supressão do poder legislativo e a ampliação de uma função atípica do Judiciário. O que, em um contexto social de descrença nos Poderes Executivo e no Legislativo devido aos contínuos escândalos de corrupção e improbidade administrativa, é completamente plausível.

Ocorre que tal percepção, além de encerrar o diálogo acerca do fenômeno a um aspecto muito pequeno, é carregada com um sentido pejorativo muito proeminente. É um fantasma conceitual herdado de posicionamentos mais conservadores e do histórico elitista do Judiciário, bem como um possível receio diante das nossas experiências autoritárias, que será devidamente trabalhado em capítulos posteriores.

De fato a ampliação da faculdade interpretativa do magistrado pode soar como uma forma de enfraquecimento da lei e uma abertura à perda de clareza e coerência do texto normativo, mas ressalta-se que a imposição da literalidade não implica na uniformidade de entendimentos. Ainda que haja instruções bem delineadas, as experiências sociais dos juízes continuarão a influenciar seus entendimentos.

O ativismo judicial, como já exposto, pode ir muito além da mera troca de papéis entre os Poderes e dispor de um objetivo muito mais amplo que o suprimento de uma necessidade de forma mais célere do que as vias tradicionais mas para estabelecer qual vertente melhor se adequa ao contexto nacional, deve-se levar em consideração todos os aspectos culturais que dispomos em nossa sociedade, em especial suas demandas sociais. Vale dizer que a restrição desse fenômeno jurídico a uma via facilitadora de necessidades é perigosa por esvaziá-lo de significado e por criar a ilusão de um estado de poder sem limites.

Destaca-se que este não é necessariamente o objetivo do ativismo e que há limites estabelecidos à atuação e às liberdades do juiz que impedem a consolidação deste cenário apocalíptico. É notável que a adstrição a eles é essencial para o alcance da melhor prestação jurisdicional possível, real objetivo desta postura judicial.

As ideias supracitadas são extremamente ligadas à movimentação social. É da natureza de sociedades que disponham de mais de duas gerações esse movimento de ebulição entre ideais novos e antigos, o Direito atua como uma válvula de medição e controle desse movimento. Sendo uma ciência orgânica e mutável, os operadores e produtores de Direito devem se manter atentos a estes movimentos afim de que este se mantenha efetivo.

2 OS PERFIS JUDICIÁRIOS

2.1 A origem da *civil law* e da *common law*

As tradições jurídicas de *civil law* e de *common law* são os dois principais modelos existentes no mundo e possuem históricos de formação completamente

distintos entre si. A partir do estudo destes históricos é possível compreender o porquê da adoção, e desenvolvimento, de um ou de outro pelas sociedades ocidentais e extrair os fundamentos para os sistemas judiciários das mesmas. O retorno ao passado das culturas que estarão em estudo neste capítulo permite uma melhor compreensão do desenvolvimento dos judiciários e o rumo que estão tomando.

2.1.1 A Civil Law

Com as raízes fincadas no Direito Romano, a *civil law* em suma posiciona a lei como fonte primária e principal do Direito. Sua influência é notável na maioria dos países europeus e suas colônias, tendo em vista a vastidão do Império Romano e a força de seus costumes e cultura perante aqueles que vinham a ser dominados e conquistados. Tem-se o Direito Romano como os primórdios dos sistemas legais organizados que disfrutamos hoje; nota-se que os institutos criados e positivados durante o período de Império foram se desenvolvendo e se aprimorando ao mesmo passo em que a expansão deste se dava.

Podemos concluir que a interação social com outras sociedades, ainda que estivessem sob o domínio de Roma, foi um vetor importante para o estabelecimento do Direito Romano como o conhecemos hoje. Neste sentido, em contraste com a primeira assertiva deste tópico, temos a essência deste direito guardada na prática cotidiana e nos hábitos organizacionais de diversas comunidades; pois apesar de posicionarmos Roma como uma referência e uma gênese antropológica, e social, de sociedade ocidental seria leviano desconsiderar o potencial de desenvolvimento social das comunidades dominadas.

Neste sentido, o Império, para que pudesse manter sua hegemonia e dominação sobre os territórios conquistados e que pudesse diminuir a tensão entre os povos dominados e o governo em si, foi forçado a absorver alguns aspectos culturais locais e desenvolver formas e relações jurídicas que atendessem ambas as partes. Ou seja, o direito comum que era aplicado nas relações da época são os alicerces das normas instituídas e posteriormente replicadas pelos pretores.

Porém, apenas a partir do final da Idade Média, o conceito moderno de *civil law*

passou a se desenvolver. Inicialmente sofria influências pesadas do Direito canônico que permeava as sociedades europeias e condicionava-se aos institutos e interesses da Igreja Católica, que era polo político na Europa ocidental além de uma quase hegemonia religiosa. Com o crescimento do movimento expansionista dos Estados europeus e com a movimentação mercantil, houve um desenvolvimento das relações pessoais e comerciais e conseqüentemente, uma necessidade de segurança e organização destas.

Surge, no século XVIII, o Renascimento. Um movimento filosófico-cultural com a proposta de ruptura dos dogmas medievais e de autonomia individual; neste momento, no âmbito jurídico há uma separação entre a religião e o direito, e estabelece-se a autonomia deste; um dos pilares das civilizações modernas ocidentais. A partir da proposta racionalista trazida pelo movimento supracitado, há um maior empenho intelectual quanto ao estudo do direito até então disponível, o romano e o canônico e preteriu as realidades locais.

De maneira progressiva, no século XIX, a burguesia se fortaleceu embora o modelo político do Absolutismo ainda se fizesse presente com abusos do monarca e uma vida de privilégios homéricos da nobreza e do clero, e impedia que a classe mercantil conquistasse seus interesses e espaço político. A tensão social e disseminação dos ideais iluministas culminaram na Revolução Francesa, o maior marco da mudança do modelo jurídico para o modelo moderno.

A classe jurídica ainda dispunha de um perfil elitista apegado ao antigo regime, como uma forma de segurança, a atuação judicial passou a ser controlada a partir da imposição de um protocolo comportamental aos magistrados e restringir a atuação destes à mera aplicação do texto da lei. A sensação de segurança que esta realidade passava está intrinsecamente ligada à ideologia da separação dos Poderes, onde o povo por meio de seus representantes (o Parlamento) instituiria suas próprias normas e o Judiciário as replicaria. Desta forma, as necessidades sociais da época seriam supridas sem o fantasma da corrupção monárquica.

Nota-se que a instituição jurídica das sociedades, desde o Império Romano eram compostas pela classe dominante ou socialmente mais elevada. Neste sentido, a atuação judicial era de uma forma ou de outra comprometida com os interesses e ambições da

classe à qual o magistrado pertencia, tornando o julgamento das questões desde o início do processo vinculadas a elas. A supressão da criatividade e da liberdade de interpretação do juiz foi a resposta encontrada pelos revolucionários para a promoção da igualdade. O Direito passou a ser então uma ciência lógica, onde os fatos somados às normas disponíveis resultariam em uma decisão acertada.

O crescimento da produção de códigos consagrou um ideal de uma atividade mecânica, onde o juiz é um perito burocrata e sua função restringe-se a encontrar dispositivos legais e subsumi-lo à situação fática. Aqui, não há a percepção dos juízes como figuras admiráveis, a imagem que se tem é de um servidor civil com funções importantes e nada criativas. Porém, devido a mudanças sociais a partir do século XX esta imagem tradicional do juiz de *civil law* está em declínio e há uma tendência rumo a um reconhecimento do seu poder de ação.

2.1.2 A common law

Apesar da abundância legislativa em todo país industrializado, há um amplo entendimento de que *common law* é sinônimo de direito criado e moldado pelos juízes e que a legislação seria um tipo de função complementar. De pronto podemos aferir que os sistemas em tela são essencialmente diferentes entre si: por ser mais próximo aos movimentos sociais temos a evolução do "direito comum" como um processo mais fluido que o da *civil law*.

Justamente por força desta fluidez, a análise histórica do processo evolutivo desta família jurídica não pode ser realizada em momentos ou "eras" pois este não sofreu com qualquer revolução ou ruptura abrupta de paradigmas. A natureza da *common law* está ligada à continuidade e à tradição, ou seja, sua mutação e desenvolvimento se deu de forma mais gradual e preservou o seu alicerce principal, os casos concretos como fonte de Direito.

Mesmo na ausência de rupturas ideológicas brutas, a *common law* acompanhou o movimento da tradição romano-germânica quanto ao princípio da segurança jurídica; porém os referenciais de promoção deste princípio foram completamente diferentes: na Europa continental (*civil law*) temos as codificações, e na Inglaterra temos o sistema de

precedentes. A codificação na *common law* não dispõe do mesmo status que tem na *civil law*, o que permitiu que o sistema se mantivesse em aberto para a ordem judicial e promovesse o destaque da atuação do Poder Judiciário igualando-o ao Poder Legislativo.

Tem-se como marco na origem da *common law* a conquista da Inglaterra pela Normandia, pois anteriormente não havia unidade territorial sendo as normas singulares de cada tribo aplicadas em seus domínios. A partir da invasão, houve a unificação territorial e a organização de um sistema feudal; junto veio a imposição de um direito comum alheio àqueles direito aplicados nas tribos. Assume-se como marco inicial da *common law*, o estabelecimento de instituições judiciais centralizadas como os Tribunais Reais de Justiça.

Outro ponto relevante na trajetória de desenvolvimento da *common law* se deu por volta do século XIV com o surgimento da *equity law*. Esta forma de jurisdição surgiu a partir de um déficit na prestação jurisdicional dos Tribunais Reais de Justiça que impunham formalismos de forma excessiva e acabavam por dificultar o acesso à justiça; não sendo raros os casos que não tinham solução. Como forma de reação, os particulares se direcionavam diretamente ao Rei a fim de obter soluções às suas questões; o Chanceler as filtrava de acordo com a possibilidade de provimento como em uma espécie de recurso. Gradativamente, o Chanceler passou a atuar como um juiz agindo em nome do Rei; no seu agir surgiram doutrinas de equidade fundadas no princípio da "paridade dos casos particulares", bem próximo ao padrão romano de aplicação das mesmas normas a casos análogos. A popularidade desta prática ameaçou a estabilidade da *common law* mas não se consolidou por falta de apoio dos juristas ingleses. A fim de promover a coexistência das práticas, os Judicature Acts, promulgados nos primeiros anos da década de 1870, suprimiram as cortes do Chanceler e unificou a competência das duas sob os cuidados das cortes comuns.

O não afastamento do juiz das práticas interpretativas e criativas manteve a área de prestígio do juiz, de forma que ainda se mantém vivo no imaginário popular das sociedades que integram a *common law* o papel de produtor de Direito. Assim como na *civil law*, o processo de disseminação do modelo jurídico se deu por meio das expansões imperialistas e dentre as nações-alvo da Inglaterra destaca-se os Estado

Unidos; onde se costuma conhecer até a origem dos juízes; onde cursaram a Faculdade, como suas carreiras foram desenvolvidas e como foram selecionados a este ofício. Lá os juízes são indicados ou eleitos após uma análise de sua carreira, reputação no meio jurídico e sua influência política. A nomeação ao cargo é uma espécie de consagração da carreira jurídica de um advogado ou promotor público.

Nota-se um grande contraste entre a construção do papel do magistrado em sociedades que integram a *civil law* e aquelas que integram a *common law*. É palpável que a percepção pessoal do juiz sobre o objetivo institucional da magistratura em cada uma destas atua diretamente na qualidade e na essência das decisões proferidas. Essa lacuna entre os dois sistemas revela muito sobre as escolhas sociais de cada nação e sobre a compreensão social de Justiça.

Assim, é importante ressaltar que o estudo isolado do perfil do magistrado em sociedades de culturas diferentes não é uma ferramenta completa para a análise dos efeitos organizacionais destas. O histórico por trás dos “requisitos” aparentes de um magistrado é que revela o verdadeiro intuito e objetivo destes “aplicadores” do Direito.

2.2 - A análise de Bell

Nesta esteira, Bell em seu estudo "Judiciaries within Europe: A comparative Review"¹¹ pretende expor a constituição do Poder judiciário de cinco países distintos (França, Espanha, Alemanha, Suíça e Inglaterra), de forma a abranger seus históricos, suas trajetórias de consolidação de forma que seja possível conectá-los às suas prestações jurisdicionais, ou seja, como estes fatores moldam o perfil do judiciário. Todos eles são analisados sob uma ótica comparativa de forma que seus padrões possam ser justificados e as mudanças em andamento, monitoradas.

A proposta do livro é traçar um paralelo comparativo entre as culturas judiciais de sociedades da Europa continental e a cultura judicial da Inglaterra, como representante da tradição da *common law*. O autor posiciona como objetivo de tal performance, a comprovação de que não há padrões ou um paradigma estabelecido no

¹¹ PAGE, John Bell. **Judiciaries within Europe: A Comparative Review** (Cambridge Studies in International and Comparative Law), Cambridge University Press, ed.1, 2006.

contexto europeu e que cada dinâmica estabelecida entre o Poder Judiciário e outras instituições sociais são únicas.¹²

Inicialmente, o autor estabelece três perspectivas principais que podem ser utilizadas como instrumento de estudo: a pessoal, a institucional e a externa. A primeira diz respeito à forma como os indivíduos participantes do Poder judiciário percebem e entendem sua participação e suas carreiras; a segunda refere-se a como este poder, como uma coletividade, entende sua dinâmica estrutural e organizacional como uma instituição social; já a terceira tem como objetivo a análise dos impactos das prestações judiciais na sociedade como um todo.¹³

Bell, adotando o entendimento de Guarnieri e Pederzoli, abraça a teoria de que existem três fatores que afetam o perfil de um Poder Judiciário: os juízes em si, o sistema normativo e o perfil do sistema político.¹⁴ Estes sobrepesam a questão política (influência) em relação a outros fatores e estabelecem a revisão constitucional como parâmetro de aferição do comprometimento político das Cortes superiores.¹⁵ Quanto aos juízes, os autores os classificam em "burocráticos" e "profissionais"; em suma, tem-se por burocráticos aqueles juízes que atendem a imagem de servidor civil, sem muitas garantias de independência, e por profissionais aqueles que possuem experiência profissional anterior ao magistério e dispõem de ampla independência nas suas atuações¹⁶. Já o sistema normativo é resultado da atuação do Legislativo e a influência judicial nesta.

A escolha dos países em análise foi feita com base na diversidade e na tradição jurídica destes países; aos olhos do autor, a seleção feita oferece uma gama de contrastes sem excluir as conexões estabelecidas por meio das influências trocadas entre eles. Nota-se que não há um intuito de fixar um tipo de sistema como o melhor ou o ideal, a preocupação da pesquisa jaz na desmistificação dos judiciários e oferecer uma análise realista deles.

¹² PAGE, John Bell, *Op. cit.*, p.2

¹³ PAGE, John Bell, *Op. cit.*

¹⁴ C.Guarnieri e P.Pederzoli, **The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy**. Oxford, 2001.

¹⁵ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 5

¹⁶ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 14

2.2.1 França

Como já foi mencionado anteriormente, a França possui um histórico jurídico-filosófico muito expressivo e por ser um dos Estados mais antigos da Europa, naturalmente, exerceu influência sobre outras nações de forma que alguns institutos franceses fossem absorvidos por estas e se estabelecessem como pilar para outros sistemas jurídicos.

Curiosamente e na contramão do que é adotado por outros países, a França não dispõe de uma unidade de juízes profissionais; podemos identificar diversos grupos de magistrados, um indício de multiplicidade de culturas jurídicas dentro de um único sistema. Tal característica dificulta a delimitação de um perfil, pois a análise de cada parte deste sistema deve ser considerada à luz de suas origens e finalidades.¹⁷

Neste sentido, estamos a lidar com um Poder Judiciário fragmentado que foi moldado e reafirmado institucionalmente, onde vigora uma dinâmica hierárquica entre as cortes e uma distinção quanto seus gerenciamentos e planos de carreira. Basicamente, tais cortes são distinguidas a partir de três distinções: cortes de direito público e de direito privado; cortes de direito civil e de direito penal, e as cortes ordinárias e o "Conseil Constitutionnel". Dentro desta dinâmica, as cortes são reunidas com base em uma separação jurisdicional, ou seja, serão divididas em jurisdições comuns, jurisdições especiais e de jurisdição limitadas. Não há espaço para atuações residuais, todos os segmentos tratam de uma matéria e esta não será analisada por outro órgão se não este. O processo de distinção entre matérias e competências estabelece uma diferenciação também no processamento dos litígios e nos procedimentos adotados pelos magistrados competentes¹⁸.

O "Conseil Constitutionnel" destaca-se do quadro judicial francês pois tecnicamente ele não é uma corte e sim um conselho. Sua finalidade originária era solucionar problemáticas que surgissem entre os limites entre a função legislativa do Executivo e do Legislativo, bem como aquelas que surgissem do processo eleitoral do

¹⁷ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 44

¹⁸ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 48

Parlamento; o afastamento de normas e a proteção dos direitos civis não estavam inclusos. Atualmente, a finalidade foi expandida e apesar da manutenção da estrutura e dos procedimentos, passou a atuar de maneira mais próxima a uma corte.

Porém, apesar dessa nova identidade o Conseil não recebe processos movidos por indivíduos referentes à constitucionalidade de uma lei frente a um caso concreto, ou referentes a outras matérias, sua atuação como corte restringe-se a fazer um controle de constitucionalidade abstrato anterior à sanção presidencial. Seus membros não necessariamente possuem qualificação legal ou são escolhidos a partir do material humano disponível em outras cortes¹⁹.

De maneira geral, podemos qualificar os magistrados franceses em duas categorias: "juízes ordinários" e "juízes administrativos". Os primeiros são aqueles profissionais que atuam no âmbito civil e penal, já os segundos são aqueles que estão envolvidos nas questões burocráticas e organizacionais da máquina governamental. Ambos estão sob a responsabilidade do Ministro da Justiça, mas, atualmente, em nome de uma otimização do trabalho deste e um melhor monitoramento, são administrados respectivamente pelo "Conseil Supérieur de la Magistrature" e pelo "Conseil d'Etat". O primeiro surgiu como meio de garantia da independência judiciária e atua como porta-voz da magistratura e guia para as indicações de promoção; já o segundo atua como uma agência administrativa, sendo responsável pela organização dos planos de carreira, recrutamento e treinamento dos juízes e o orçamento destinado para tal, além disso sua esfera de regulação recai sobre si mesmo e as demais cortes administrativas.

Na mesma esteira de diferenciação, possuem um meio de ingresso diferenciado. Juízes "ordinários" podem ser recrutados via concurso ou via lateral, em suma, mas há registros de pelo menos treze meios de entrada na magistratura francesa. Existem três concursos disponíveis para ingressar no judiciário: um para formandos de universidades, um para servidores públicos há pelo menos quatro anos com menos de 46 anos e outro para profissionais da área privada há pelo menos oito anos cuja idade não supere os 40 anos. A via lateral surgiu como alternativa ao aumento da demanda por juízes e a falta de recursos para atender tal realidade, estes meios foram positivados

¹⁹ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 49

recentemente em 2002 e também atendem a certos requisitos, tais como: idade mínima fixada em 35 anos, dez anos de experiência em carreira jurídica e a submissão a uma avaliação escrita e oral. A multiplicidade de vias de ingresso permite que haja um equilíbrio etário e de experiência no judiciário²⁰.

Em uma análise mais sociológica quanto aos profissionais do judiciário "ordinário" francês, Bell apresenta um perfil interessante. O autor, a partir de uma pesquisa promovida por Bodiguel, elucida que o histórico profissional da família influencia e muito na escolha profissional de um indivíduo, sendo a grande maioria dos magistrados franceses fruto de famílias de servidores públicos, de advogados ou de juízes. E isso inclui os matrimônios, onde quase metade (43.6%) dos magistrados compartilha do mesmo ofício que o cônjuge²¹.

A partir dos anos 60 houve um aumento no número de mulheres no judiciário e atualmente as mulheres são maioria nas cortes de primeira instância, porém quando analisamos as cortes superiores ainda nos encontramos com um perfil masculinizado. Vale ressaltar que a maioria feminina nas instâncias inferiores não soluciona o problema da falta de representatividade nas instâncias superiores.

Os motivos para tal polarização de gêneros estão ligados à maternidade e ao papel da mulher no seio familiar; as oportunidades de promoção estão ligadas à disponibilidade de mobilidade, pois a maioria das mulheres prefere manter seu ofício próximo ao do marido e dos filhos. Em verdade, a grande procura deste ofício por elas é fruto da flexibilidade de horários que o ofício oferece de forma que a vida profissional e a maternidade possam ser igualmente administradas.

Os juízes administrativos possuem um histórico diferente dos juízes "ordinários", eles são "[...] administradores recrutados predominantemente dentre aqueles que passaram nos vários concursos de admissão da ENA e escolheram a tarefa de juiz administrativo como área." (BELL, 2006, tradução livre).

Fora a autodeterminação da matéria com a qual irão trabalhar, os juízes

²⁰ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 52

²¹ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 53

administrativos são classificados em dois outros grupos com culturas também diferentes. Um dos grupos atende o Conseil d'Etat, tido como a elite administrativa com pouco trabalho judicial; o outro grupo se assemelha ao modelo clássico do judiciário francês e está adstrito às cortes de apelação administrativas e raros serão aqueles que terão contato com outros segmentos administrativos. Apesar de distintos, esses dois grupos não são completamente isolados um do outro; há a possibilidade de promoção dos juízes administrativos das cortes inferiores para o Conseil d'Etat²². Insta salientar que apesar de sistemas judiciais diferentes, os magistrados administrativos desfrutam de status similar aos juízes de direito privado.

A seleção dos magistrados administrativos sempre foi distinta do modelo do serviço público mas a diferença tem aumentado com o passar dos anos. A priori, no século XIX, os membros do Conseil d'Etat provinham das mesmas universidades que os juízes ordinários; a partir do século seguinte dois modelos distintos de ingresso foram estabelecidos e forçaram uma separação educacional entre as carreiras e duas escolas especializadas foram criadas, cada uma com uma metodologia e ideologias próprias.

A independência judicial na França é debatida de acordo com as problemáticas que surgem e com intensidade diferente quanto aos grupos de magistrados. Bell destaca que não há provisão legal que abranja todos os magistrados nem um debate suficientemente amplo quanto a isso mas que de maneira genérica a discussão gira em torno da dinâmica entre os juízes e a política, e a missão de fazer justiça destes.

A criatividade judicial é um assunto marcado por contradições no sistema francês. Em tese, como David (1972, p. 181) expõe:

decisões judiciais não são fonte de direito na França. Em outros termos, eles nunca criam normas jurídicas. O seu papel é sempre entendido como um aplicador de estatutos pré-existentes ou de costumes. Na ausência de um estatuto aplicável ou costume, as decisões podem se basear nos princípios da equidade, razão, justiça ou na tradição. A referência a uma decisão anterior nunca é suficiente (tradução livre)

²² PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 58

A gênese da ideia de criatividade judicial, no âmbito civil, foi desenvolvida antes do Código Civil e recai na atividade da Cour de cassation. Tal órgão é competente para revisar a má utilização da lei nos casos concretos. Por meio de suas decisões pode provocar o Legislativo a agir, bem como criar uma nova norma mas curiosamente não possui escopo para vincular as cortes inferiores aos seus precedentes. Por ser hierarquicamente superior, é tido como referência mas isto não é sobreposto às crenças individuais dos magistrados de primeiras instâncias²³. Na ceara penal, a criatividade judicial é mais limitada por força do princípio da legalidade que exige a tipificação dos crimes e penas pela via legislativa e demanda uma interpretação mais literal; a atividade legislativa nesse sentido torna-se mais ativa. No direito administrativo, a dinâmica é outra pois não existe uma codificação robusta que o contemple. Existem códigos específicos e recentemente foi promulgado códigos quanto aos procedimentos, assim na ausência de princípios substantivos de direito administrativo cabe aos juízes estabelecê-los e desenvolvê-los pela sua atuação²⁴.

Pela estrutura judicial francesa, percebe-se que a atividade criativa será exercida de maneira regular pelo trabalho dos magistrados responsáveis pela Cour de cassation, pelo Conseil d'Etat ou pelo Conseil Constitutionnel. O que não exclui a possibilidade de as cortes inferiores, em algum momento de sua trajetória, em casos especiais, valerem-se de uma postura criativa, embora a regra para estas seja uma postura prosaica. Vale destacar que a forte delimitação da atuação das cortes superiores influencia os graus de criatividade de cada uma, atendendo as ideologias e os princípios de cada órgão. Outro aspecto importante referente à criatividade, é a carga de trabalho das cortes; por óbvio, as cortes superiores que possuem suas competências reduzidas dispõem de uma logística quantitativa de trabalho muito mais favorável a uma prestação jurisdicional mais complexa, ou seja, o binômio "quantidade x qualidade" funciona com proporcionalidade inversa.

Além do que podemos estabelecer como "juízes profissionais" por possuírem carreira ou formação jurídica, encontramos no contexto judicial da França a figura do juiz leigo; é uma figura tradicional neste sistema e atua em um sistema de parceria

²³ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.70

²⁴ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 71

social em áreas chave do sistema judicial. Apesar de exercerem um papel crucial no sistema judicial por suprirem um déficit de recurso humano em localidades diversas, os juízes leigos não dispõem de status social tal como os juízes leigos ingleses²⁵, que são vistos como peça determinante para o senso de identificação e representatividade da comunidade com o Judiciário.

Por fim, Bell (2006) destaca o aspecto educacional que a tradição francesa traz em seus institutos: a composição dos grupos judiciais brevemente expostos até agora são baseados muito mais nas conquistas acadêmicas daqueles que os compõem do que suas origens sociais; é essa disposição que baseia a identidade e o status dos juízes. A distinção entre eles quanto às ideologias compartilhadas, ao recrutamento e ao treinamento breca o estabelecimento de uma identidade una no judiciário francês²⁶; ainda que os magistrados compartilhem da mesma percepção quanto aos seus papéis e os valores norteadores de sua atuação tais como a imparcialidade, o devido processo legal e a criatividade limitada²⁷

2.2.2 Alemanha

A cultura judicial da Alemanha, por força histórica, tradicionalmente atendia aos padrões "elite burocrática". Atualmente, o Judiciário alemão ainda desfruta das estruturas institucionais herdadas, mas apresenta uma conversão radical em seus valores motriz²⁸. Como veremos durante a análise, a influência histórica na construção e no estabelecimento desse Poder na Alemanha tem um destaque e uma participação mais acentuada que nos outros países apresentados na pesquisa de Bell e selecionados para este trabalho.

Anteriormente à unificação do território alemão em 1871, os sistemas judiciais e legais atendiam às características culturais de cada comunidade com um pequeno grupo de juízes que atuavam na esfera "nacional". Por não haver unicidade nem codificação comum, os juízes eram os protagonistas no estabelecimento dos princípios jurídicos a serem aplicados ou na interpretação dos códigos promulgados nas diferentes regiões da

²⁵ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 107

²⁶ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 105

²⁷ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.107

²⁸ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 108

Alemanha²⁹. Estamos diante de uma raiz criativa em um regime majoritariamente legalista.

A elitização da magistratura dentro da comunidade legal alemã está cada vez mais relativizada; apesar do lugar comum do ofício do magistrado como um técnico-burocrata ter apresentado este grupo com um status mais elevado do que os advogados, ele acabou por provocar o seu desprestígio frente à comunidade jurídica quando comparados aos acadêmicos. Estes eram tidos como verdadeiros oráculos da lei, mas este quadro está sendo alvo de mudanças graduais, especialmente a partir da década de 60³⁰. Vale destacar que há pelo menos dois períodos históricos que marcaram o processo de estruturação jurídica e judiciária da Alemanha, o período da República de Weimar e os anos que envolvem o período pós-45; em ambos houve uma ruptura abrupta de paradigmas que ensejou uma redefinição da identidade institucional deste judiciário. Sendo assim, a análise trabalhará majoritariamente com a realidade social destes dois períodos.

O momento social pós-45 neste país proporcionou grandes mudanças institucionais na máquina governamental. Neste contexto a prestação jurisdicional leiga foi reforçada e houve uma renovação na identidade da magistratura passando a ser encarada como "guardiã dos direitos humanos".

Há uma unidade nos processos de formação e recrutamento dos magistrados que promove um senso de identidade grupal. Tem-se uma tendência à imobilidade quanto às matérias em que atuam. O sistema de cortes é caracterizado pela especialidade e pela regionalidade, ainda que esteja integrado hierarquicamente em um contexto federal. Neste sentido, as regras quanto à educação legal, as indicações e as promoções atendem as especificidades de cada região.

Tradicionalmente, este judiciário cultivava um status social elevado e parâmetros acadêmicos diferenciados como requisitos para o ingresso e tornava-o atrativo. A partir dos anos 90 o cenário mudou por conta da falta de competitividade frente aos salários oferecidos na iniciativa privada, e nem a perspectiva de uma carreira

²⁹ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 108

³⁰ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 108

duradoura refreou essa tendência.

O modelo de treinamento judicial dos magistrados segue o modelo prussiano estabelecido no século XIX, onde os imperativos eram a competitividade, o rigor e a seletividade. Desta forma, a carreira da magistratura alemã é marcada por uma série de exames de aptidão, a começar pela prova de ingresso e por uma carreira com avaliações colegiadas e com um sistema de promoção e disciplina hierarquicamente definido. A proposta de elitização desta categoria foi bem sucedida tendo em vista a estagnação nos níveis de procura³¹.

Como mencionado anteriormente, a participação da mulher na magistratura reflete as vantagens que a carreira pública traz apesar da remuneração inferior ao setor privado. As mulheres possuem permissão para concorrer a cargos no judiciário desde 1922, porém com a ascensão do partido nazista tal prerrogativa foi suspensa; a participação das mulheres neste acompanha a proporção de sua presença em outras carreiras judiciais. Na época do estudo contávamos com uma expressiva percentagem de mulheres nos quadros de juízes recém qualificados (53.55%) e isto revela que a possibilidade de harmonização entre a esfera profissional e a pessoal torna-se um diferencial no momento da escolha da carreira. A regionalidade do judiciário implica em uma rigidez quanto ao procedimento de promoção já que demanda um estágio probatório de seis meses em uma corte de apelação, muito frequentemente localizada em uma área distante do domicílio do candidato. Isto acaba por afastar aquelas que almejam posições superiores e possuem uma estrutura familiar consolidada³².

Basicamente o Judiciário alemão é dividido em cinco tipos de cortes, com suas devidas primeiras instâncias e cortes de apelação com uma suprema corte federal: ordinária (civil e penal), administrativa, tributária, trabalhista e social. Além da corte constitucional federal³³. Não há uma padronização quanto ao tamanho das cortes e os recursos disponíveis para elas.

As concepções contemporâneas acerca do papel do judiciário e sua

³¹ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.125

³² PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 120

³³ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 110

independência são reações ao histórico nacional de dois regimes ditatoriais (Weimar e o Nazismo) que se valeram do Poder Judiciário como instrumento de legitimação para as tiranias praticadas. Após a reconstrução da democracia, este modelo foi exorcizado das instituições e houve um esforço para que no estabelecimento dos novos valores não houvesse brechas que permitissem novas arbitrariedades. O combate ao legalismo/positivismo cego destes dois momentos históricos demandou do Judiciário uma abordagem militante, onde os valores democráticos fossem promovidos de forma ativa em detrimento de uma aplicação despretensiosa da legislação. Atualmente a Alemanha dispõe de um sistema positivista temperado pela vigilância constante das políticas judiciais³⁴.

A independência judicial alemã é encarada como uma manifestação da separação dos poderes, e garante que os magistrados estejam comprometidos com a proteção dos direitos resguardados pela lei e os objetivos estabelecidos nesta. Eles são livres e não estão vinculados aos entendimentos de outros juízes, devendo atender seu entendimento quanto ao que é demandado da lei sem perder de vista o que é estabelecido pelas cortes superiores. A criatividade é admitida mas limitada pela necessidade de justificação legal³⁵.

Vale destacar a diferença existente entre os juízes ordinários e os juízes atuantes no Bundesverfassungsgerichtshof. Esta diferença foi acentuada nos períodos de mudança no sistema político, em especial no pós 1945 e 1989, onde a concepção de democracia requereu uma dedicação maior do Judiciário frente a Constituição. A constrição dos poderes Legislativo e Executivo foi responsável pelo destaque do Judiciário e da corte supracitada³⁶.

A jurisdição desta corte recai sobre: o exercício de controle abstrato de normas na instância federal, podendo examinar a validade das norma aprovadas pelo Legislativo assim que forem promulgadas ou aconselhar a ratificação de tratados; ou exercer um controle concreto destas normas, a partir do uso destas nas instâncias inferiores; e o controle concreto de normas, a partir de reclamações individuais e diretas de cidadãos

³⁴ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.129

³⁵ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.136

³⁶ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 170

que alegam a supressão de algum direito fundamental³⁷. Ocorre que por tratar diretamente de matéria constitucional, existe uma carga de responsabilidade muito maior em cima da atividade destes magistrados.

O histórico de arbitrariedades, influência política e abusos de poder legitimados pelo Judiciário traumatizou a atividade legislativa e estabeleceu certos limites a esta, na ceara constitucional há um entendimento doutrinário quanto às possibilidades interpretativas desse texto. Kommers sugere três versões coexistentes da Constituição que são interpretadas pelo Bundesverfassungsgericht: a primeira seria a emendável, aquelas que não são passíveis de alteração e encontra-se nos princípios do federalismo e os direitos sociais básicos; a segunda seriam as provisões constitucionais que são emendáveis e sofrem alterações de tempos em tempos; e a terceira seria aquela não positivada, traduzida nos princípios supra positivos de justiça, dignidade e moralidade³⁸.

Os juízes leigos na Alemanha tiveram seu papel desenvolvido e expandido, dispondo de uma diversidade de tipos de magistrados que promovem uma proximidade entre a comunidade em geral e o judiciário. Sua atuação traz legitimidade popular às decisões alcançadas. Existem três tipos de juízes não profissionais: os comunitários, os especializados e os representativos. Os juízes comunitários são indivíduos sem carreira judicial que visam representar suas comunidades e concretizar o elemento da democracia nas cortes, mas na prática pela diversidade social que encontramos em todas as comunidades é difícil garantir a representatividade de todos³⁹. Sua seleção é feita através de um comitê presidido por um juiz profissional do Amtsgericht que analisará os nomes indicados pelos moradores da área de competência da corte; este procedimento pode variar de acordo com a localidade⁴⁰. Os outros dois tipos são selecionados a partir da sua expertise e da matéria com a qual a corte convocadora trabalha, sua função além da legitimidade é trazer conhecimentos específicos a este órgão; a influência que os juízes leigos terão no julgamento dependerá do papel dominante exercido pelo juiz que presidir o julgamento. A seleção destes fica a cargo das cortes que os convocarem, mas de maneira geral a sua participação é por meio de

³⁷ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.160

³⁸ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.158

³⁹ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 151

⁴⁰ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.153

nomeação e os procedimentos serão adequados a profissão do juiz convocado⁴¹

Eles podem ser fixos no painel de membros de uma determinada corte ou serem convocados esporadicamente para casos específicos, estes magistrados não são remunerados por sua atuação e apenas recebem uma indenização pelas despesas sofridas ou pela perda de possíveis ganhos⁴². Nesta esteira, não se submetem a hierarquia burocrática da corte e não dispõem de orientação quanto as suas performances. Não dispõem também de treinamento, pois há uma crença institucional de que a promoção deste mudaria o comportamento e as características dos juízes⁴³. Ocorre que não há registros que comprovem tal ideia, em verdade nota-se que não grande diferença entre a prestação jurisdicional de um juiz profissional e um juiz leigo.

De maneira geral, o judiciário possui um papel criativo importante na seara da garantia de atualização e adequação da lei aos parâmetros comunitários de justiça. A maior parte desta atividade envolve o suprimento de lacunas através das analogias ou pela correção normativa via princípios constitucionais. A prioridade na atuação judicial é manter a consistência e a coerência em relação a população, sempre respeitando os limites fáticos que impõem o respeito as competência do legislador como protagonista de mudanças drásticas.

Hoje vemos um judiciário que busca firmar uma natureza apolítica, no sentido de não estar relacionado a alguma ideologia partidária, sem pretensões de alcançar sua autonomia, nota-se que os alemães almejam somente a imparcialidade deste Poder e uma atuação atenta ao mérito das causas apresentadas. Seria uma ironia classificá-lo como uma instituição com um papel ativo e não qualificar tal postura como um comportamento político, *latu sensu*.

2.2.3 A Inglaterra

A partir da análise de Bell do judiciário inglês, podemos vislumbrar a dificuldade em traçar um paralelo entre duas tradições jurídicas tão distintas e o perigo

⁴¹ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.155

⁴² PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.151

⁴³ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 155

que corremos ao tentar estabelecer uma delas como paradigma ou modelo para a outra pois cada país, independentemente da família jurídica que segue, dispõe de nuances e particularidades muito arraigadas às suas vivências culturais. Mas a contraposição de realidades e ideologias distintas permite que outros padrões possam ser estudados e melhora as velhas percepções que possuímos do que é nosso.

No livro, a primeira distinção revelada entre os países continentais e a Inglaterra diz respeito ao estabelecimento de uma carreira na magistratura. O ponto de início para a maioria dos países continentais está no primeiro momento depois da graduação dos estudantes de direito, apesar de existirem vias laterais; na Inglaterra o início da caminhada para o exercício da magistratura, em todos os seus níveis, está no exercício de um outro ofício também com viés judicial, como “recorder”⁴⁴.

Nota-se que não há um sistema de carreira estabelecido e que tal procedimento passou a ser desenvolvido a partir da década de 90⁴⁵ e, a contrário sensu, há registros de que o lapso de tempo que um indivíduo investe em ofícios envolvidos com matérias judiciais atinge a marca dos 25 (vinte e cinco) anos. Ou seja, a trajetória para alcançar a magistratura é a própria carreira que este cargo pode oferecer. Não há um padrão de ingresso na magistratura, historicamente todos os procedimentos que envolvem esta classe eram informais inclusive as nomeações ao cargo. Neste sentido, o conceito de promoção também é subdesenvolvido, e o que predomina é o entendimento que alcançar cargos superiores é uma conquista própria do candidato e pouco tem a ver com o seu trabalho.

O Judiciário neste país, até a criação recente da Suprema Corte do Reino Unido, dividido em: o comitê judicial da Câmara dos Lordes, a Corte Superior e a Corte de Apelação, os “circuit judges”, os “district judges”, bem como os juízes leigos. A finalidade da Casa dos Lordes é solucionar problemáticas acerca de assuntos delicados da lei e interpretação destas, as matérias alvo deste órgão não condizem com as matérias mais volumosas nas instâncias inferiores. Originalmente era um órgão híbrido, pois pertencia a estrutura do Poder Legislativo (Parlamento) mas dispunha de função judicial; com a Reforma Constitucional de 2005, foi criada uma nova corte, a Corte

⁴⁴ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 298

⁴⁵ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 298

Suprema, separada do Parlamento com seus membros trabalhando exclusivamente nas questões judiciais relativas a matérias devolutivas e direitos humanos, sem participação nos assuntos políticos como meio de promoção mais concreto da independência judicial. A Corte Superior e a Corte de Apelação são órgãos generalistas, em contraposição ao padrão encontrado na Europa, atendendo todas as matérias dispondo apenas de uma divisão interna que as separam. Os "circuit judges" são profissionais já atuantes na área judicial (juiz ou advogado) que atendem uma rota de forma que pequenas causas e áreas mais distantes possam ser apreciadas, tendo em vista o déficit de recursos humanos. Assim, são regidos também os "district judges" e os juízes leigos que trabalham com a "common law" e promovem uma proximidade entre o senso comum e a localidade da sua área de atuação com o Poder Judiciário.

Na ausência de uma regulação ou até mesmo na estruturação de carreira no Judiciário inglês, os meios de entrada nas carreiras disponíveis são estabelecidas individualmente por cada órgão que compõe a instituição. Há uma tradição de informalidade e de ausência de transparência nos processos de entrada por serem em sua grande maioria feitos por meio de indicação. É uma herança histórica do perfil social que compunha as cortes nos primórdios da Inglaterra, onde a politicagem e os interesses sociais dos envolvidos imperava. A Reforma de 2005 introduz uma série de mudanças quanto a isso, quanto à administração e à disciplina aplicadas aos magistrados⁴⁶, a inovação está na criação de um órgão específico responsável pelas indicações de qualquer cargo judicial, com exceção dos juízes leigos⁴⁷. É a "Judicial Appointments Commission", um órgão independente, presidido por um membro leigo e composto por mais cinco juízes, provenientes de instâncias e de cortes diferentes, dois advogados, um membro do Tribunal e mais cinco leigos. Sua função é restrita ao processo de indicação de juízes, em nada se assemelha com alguma instituição brasileira, especialmente o CNJ que dispõe de mais prerrogativas e de maior complexidade como zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, definir os planos, metas e programas de avaliação institucional do Poder Judiciário, receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, julgar processos disciplinares e melhorar práticas e celeridade, publicando semestralmente relatórios estatísticos referentes à atividade jurisdicional em todo o país. A

⁴⁶ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p.310

⁴⁷ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 310

movimentação inglesa para uma estrutura judicial mais delimitada e mais robusta revela um processo de amadurecimento e desenvolvimento do judiciário inglês, ao promover uma maior formalidade e profissionalismo em seus procedimentos.

Houve uma mudança na mentalidade do juiz, percebe-se que com o aumento da escrita em detrimento das sustentações orais forçaram uma mudança no comportamento do magistrado perante o processo, passando de uma figura neutra sem impressões pessoais acerca do caso para uma figura mais envolvida, participando até como um interrogador.

A Inglaterra sofre com a questão da diversidade nos seus corpos judiciais. Notoriamente, as composições das cortes inglesas mantiveram a padronização estabelecida em suas origens onde havia a hegemonia masculina, branca, proveniente da classe média-alta escolhidos entre candidatos que frequentaram instituições públicas de ensino ou Oxbridge⁴⁸. Nos últimos anos a instituições judiciais, em especial as cortes ordinárias de primeira instância, tiveram um crescimento muito rápido acompanhado da expansão das profissões legais promovendo um balanceamento entre gênero mas não solucionou o problema da falta de representatividade. A carreira jurídica na Inglaterra ainda é um ambiente hostil para a figura da mulher e as questões étnicas seguem este padrão. Neste sentido ficou estabelecido na Reforma de 2005 que a Comissão de Indicação criada seria responsável por um programa de promoção da diversidade.⁴⁹ É uma mudança recente com efeitos graduais que depende do engajamento social e institucional. A única benesse trazida pela expansão foi a retirada do status de "meio de entrada" das primeiras instâncias e o posicionamento destas como pivô de uma prestação judicial mais célere e próxima a comunidade.

A identificação do judiciário inglês como um corpo criativo tem variado ao longo do tempo. Nos momentos iniciais onde a máquina governamental ainda não se encontrava totalmente consolidada, as cortes precisaram suprir os espaços existentes porém não de uma forma ativa quanto à criação mas sim quanto a interpretação das normas disponíveis. Por volta dos anos 60, a postura mais contida do judiciário foi desafiada pela morosidade legislativa quanto as demandas sociais insurgentes e de

⁴⁸ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 314

⁴⁹ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 316

maneira mais moderada que o judiciário americano, o inglês passou a abraçar a atividade legislativa judicial como um fenômeno compatível com os princípios democráticos. Atualmente os juízes passaram adotar uma postura mais voltada aos propósitos apresentados nas legislações ainda que isso demande um pouco de criatividade na interpretação das palavras⁵⁰, esta análise é feita de maneira muito cuidadosa afim de que a competência do Legislativo não seja usurpada ou que haja um abuso por parte do Judiciário na disposição desta função atípica. Neste sentido, a fala de Sir Kenneth Diplock vem corroborar: "A organização da sociedade é para o Parlamento, a regulação das relações humanas quanto a sua organização para os tribunais."⁵¹ (tradução livre)

No contexto britânico, que pode ser aplicado a diversos outros Estados, a força do Poder Judiciário depende diretamente da força dos outros Poderes; mas de maneira geral nos momentos em que o Legislativo de alguma forma se enfraquece, a atividade judicial toma vulto. É nesta esteira que a imagem de um Judiciário é criada ou alterada, por óbvio como exposto acima há uma multiplicidade de fatores que influenciam essa modelação bem como o histórico que o envolve, suas tarefas, sua estrutura organizacional, seus valores, expectativas externas, etc. Tendo este padrão de análise como modelo, passaremos ao estudo do contexto brasileiro de forma que possamos entender melhor a estruturação do Judiciário e suas atuações podendo, a partir do contraponto de realidades, identificar outras possibilidades que venham a solucionar nossos déficits institucionais.

3 O PERFIL JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SUAS CONEXÕES COM O ATIVISMO

Como observado até agora, a interação entre as instituições judiciais e a cultura de cada sociedade é um elemento essencial e muito influente no processo de “judicialização da política” em algumas delas. As influências externas tais como os procedimentos formais e informais de constituição do judiciário, bem como sua independência e meios de acesso e poderes, além da própria *ratio* interna das

⁵⁰ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 335

⁵¹ PAGE, John Bell. *Op. cit.*, p. 336

instituições de cada sistema, são determinantes na análise do engajamento político deste Poder e no seu processo de produção normativa⁵².

A transição de regimes no ano de 1985 foi um marco para o estabelecimento de um novo padrão no fenômeno de “judicialização da política” que veio a ser reforçado pela promulgação da Constituição de 1988. Por força do novo texto constitucional, o STF, que já dispunha da faculdade de revisão constitucional desde 1891 e de certo controle abstrato desde meados dos anos 60, passou a ter definições mais claras quanto a estas competências e quanto à matéria que trabalharia. Nos anos 90 passou a servir essencialmente como uma corte constitucional, apesar de não ter sido designado como tal⁵³.

Mas até chegarmos a configuração atual do judiciário brasileiro, esta instituição sofreu mudanças de acordo com os acontecimentos históricos e com o desenvolvimento cultural da sociedade brasileira. De maneira geral, a América Latina sempre foi palco para uma grande gama de culturas sociais diferentes, resultado direto do histórico colonial que tais nações compartilham. A partir da presença e coexistência de culturas tão diversas, a começar com a cultura dos indígenas que aqui se encontravam, passando pela cultura colonizadora, bem como pela cultura de nações imigrantes, houve um processo gradativo de modulação dos aparatos jurídicos de forma que todas as percepções destes pudessem ser apreciadas. Neste sentido, identificar uma sociedade com uma “cultura judicial” provoca um esvaziamento e uma restrição conceitual de um movimento sociocultural muito maior, especialmente nas democracias em desenvolvimento como o Brasil que continuam com seu processo de modulação e amadurecimento de suas instituições base.

Nota-se que a participação e a influência política que o judiciário pode ter é o resultado do somatório dos contextos políticos, sociais, econômicos e culturais de uma sociedade. Como já exposto anteriormente, a abertura para uma atividade mais ativa recaiu de maneira mais evidente no Supremo Tribunal Federal. Vale reforçar que a análise da composição de uma corte a partir do treinamento, envolvimento político e

⁵² COUSO, Javier; HUNEEUS; Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America**, Cambridge University Press, 2010, chapter 3, pg.51/77.

⁵³ COUSO, Javier; HUNEEUS; Alexandra; SIEDER, Rachel, *Op. cit.*, p. 57

judicial de seus membros, apesar de não impor nada à sua atuação, contribui para o estabelecimento de um padrão.

O Supremo Tribunal Federal não dispõe de um grande rol de requisitos para a sua composição; a Constituição de 88 fixou em seu artigo 101 a cidadania brasileira, a faixa etária de 36 a 64 anos, o notório saber jurídico e a reputação ilibada como requisitos necessários para a participação dos quadros da corte. O seu meio de ingresso é via indicação nominal pelo Presidente da República com a aprovação por maioria absoluta do Senado brasileiro, sendo obrigatória a passagem por uma sabatina também nesta Casa. Em contrapartida ao procedimento politizado, há um esforço em manter a indicação apartidária e representativa⁵⁴.

Composto por vinte e um magistrados, com este número estabelecido em norma constitucional supracitada, registra-se que a maioria dos membros indicados no período de 1985 a 2009 possuíam carreira judiciária anterior; sendo registrada também a participação de alguns em órgãos executivos do governo federal e no Congresso Nacional⁵⁵. Sua estruturação interna está prevista no Regimento Interno e prevê a operação de duas turmas compostas por cinco ministros – o presidente não participa de nenhuma –, além do Plenário cuja composição conta com todos os ministros em exercício. Há ainda os gabinetes individuais de cada ministro, que dispõe de: um chefe de gabinete, cinco assessores e vinte e um servidores administrativos; os assessores não passam por qualquer processo seletivo, eles são escolhidos pessoalmente pelos ministros e em geral são jovens com grande aptidão jurídica que almejam cargos hierarquicamente superiores. Cada gabinete possui a sua própria organização, podendo haver discrepâncias nos papéis exercidos pelos componentes⁵⁶.

Sendo a Constituição Brasileira o alicerce institucional deste órgão, há naturalmente uma estabilidade e uma proteção frente a manobras políticas, pois se trata de um texto normativo rígido e pouco suscetível a mudanças. A solidez institucional do STF provoca naturalmente um senso de credibilidade quanto a sua prestação jurisdicional, mas não a sustenta por si só. A credibilidade de fato de um agir

⁵⁴ COUSO, Javier; HUNEEUS; Alexandra; SIEDER, Rachel, *Op. cit.*, p. 55

⁵⁵ COUSO, Javier; HUNEEUS; Alexandra; SIEDER, Rachel, *Op. cit.*, p. 56

⁵⁶ COUSO, Javier; HUNEEUS; Alexandra; SIEDER, Rachel, *Op. cit.*, p. 63

jurisdicional está arraigada à identidade profissional do magistrado, ou seja, a forma como este enxerga o seu papel e a sua relação com a sociedade na qual está inserido tem influência direta nos resultados de suas decisões. É essencial que o juiz entenda que ele deve atender um compromisso com a transparência e coerência na prestação jurisdicional e nos procedimentos atendidos, da mesma forma que deve atender os limites de sua discricionariedade afim de que seja sacramentada a confiabilidade do Tribunal. Havendo qualquer insegurança quanto a isto, resultará em uma mácula na prestação judicial.

A partir das entrevistas promovidas em sua pesquisa para o capítulo colaborativo em estudo, Diana Kapiszewski concluiu que apesar de existirem diferenças nos perfis de atuação dos ministros do Supremo, todos identificaram como função primária desta corte a proteção de direitos e a defesa da constituição⁵⁷. As diferenças que a autora se refere dialogam diretamente com o histórico profissional dos magistrados; ela identificou que aqueles que dispunham de uma carreira ou histórico mais politizado tendiam a preocupar-se mais com os impactos políticos e econômicos de suas decisões, e aqueles cuja trajetória era mais próxima a carreira judicial tendiam a focar nos desafios legais que suas decisões poderiam ensejar. Aos primeiros damos o nome de “consequencialistas” e aos segundos, “legalistas”⁵⁸. Há então duas esferas de manifestação de uma postura mais ativa dos ministros, uma que atende suas percepções pessoais quanto aos resultados possíveis e outra que diz respeito à finalidade da instituição a qual está ligado. Diante da dualidade de posturas cabe a estes pondera-las de forma que o resultado mais justo seja alcançado.

O ativismo ou o envolvimento político de uma corte acompanha a estruturação e o desenvolvimento da instituição judiciária e dos movimentos culturais de uma sociedade, ainda que algumas cortes desfrutem deste por herança cultural o desenvolvimento e a plena aplicação do mesmo só se dá a partir daquelas. Vale destacar que a possibilidade de uma postura mais ativa não implica na sua realização de fato e nem resulta em uma definição de como será a sua manifestação.

⁵⁷ COUSO, Javier; HUNEEUS; Alexandra; SIEDER, Rachel, *Op. cit.*, p. 63

⁵⁸ COUSO, Javier; HUNEEUS; Alexandra; SIEDER, Rachel, *Op. cit.*, p. 63

O destaque dado ao Supremo Tribunal Federal dá-se à envergadura institucional que lhe foi atribuída por vontade constitucional. É palpável através do texto normativo que o Poder Constituinte optou pela permissividade quanto ao envolvimento político desta corte dando espaço a uma postura mais ativa da mesma. Por tratar de matéria constitucional, suas decisões acabam por ter uma relevância e impactos sociais muito maiores que aquelas proferidas por cortes inferiores. Ou seja, a matéria de competência do STF está diretamente ligada ao seu posicionamento ativo/ politicamente engajado.

A partir da análise feita no capítulo anterior podemos destacar a proximidade com outros sistemas judiciais a partir do estabelecimento de uma corte como protagonista de decisões politicamente engajadas. Nota-se que assim como no Brasil, a Alemanha, a Inglaterra e a França também atende à qualificação desta corte pela matéria de competência, ou seja, permitem que na seara constitucional haja uma maior possibilidade quanto à postura criativa do juiz.

Como já exposto, a possibilidade do exercício do ativismo não basta, há uma série de outros fatores que influenciam tal condição e o binômio “qualidade x quantidade” surge como um referencial. A composição interna do STF não atende a quantidade de casos que chegam até ele; isto porque o espectro de jurisdição que dispõe e a permissividade do sistema de apelação⁵⁹ dão respaldo para essa realidade. A grande maioria dos casos que chegam até o Supremo é resolvida monocraticamente; independentemente de qual repartição o processo cair o mesmo procedimento de processamento do caso será aplicado pelos ministros individualmente, pelas turmas e pelo Pleno⁶⁰.

Destaca-se que não há qualquer regulação quanto ao tempo máximo que um processo pode se manter na corte e que a carga de trabalho corrobora imensamente para uma prestação demorada e contrária ao princípio da celeridade processual. O primeiro capítulo da pesquisa revelou que uma postura dinâmica demanda um envolvimento pessoal do magistrado e uma dedicação maior deste frente à questão apresentada, em um contexto de sobrecarga judicial não podemos esperar que todas as questões sejam analisadas dentro dos padrões dinâmicos ou até mesmo com a minúcia desejada pelo

⁵⁹ COUSO, Javier; HUNEEUS; Alexandra; SIEDER, Rachel, *Op. cit.*, p.58

⁶⁰ COUSO, Javier; HUNEEUS; Alexandra; SIEDER, Rachel, *Op. cit.*, p. 58

juiz; naturalmente há uma seletividade que corresponde às matérias mais sensíveis ao operador do direito.

Fazendo um paralelo com o capítulo 2, podemos observar que estruturalmente os órgãos competentes para promover revisão constitucional são similares em sua composição, geralmente são compostos por um número reduzido de profissionais que dispõem de equipe própria para auxiliá-los na triagem e no esboço de suas decisões. Porém, salta a nós a diferença quantitativa de trabalho que os países analisados anteriormente apresentam nestes órgãos. A qualidade de trabalho apresentada por essas cortes alienígenas é resultado da disponibilidade de tempo para manipular os casos e dedicar-se a eles. Neste sentido, naturalmente percebemos um movimento de endurecimento do Supremo quanto a sua acessibilidade de forma que sua prestação jurisdicional possa ser ainda mais efetiva. A edição de súmulas e súmulas vinculantes, bem como o requisito da repercussão geral no processo de admissão dos recursos são exemplos claros dessa nova realidade judicial, todos criados na Reforma de 2004 pela Emenda Constitucional 45.

As prerrogativas institucionais desta Corte trazem para ela um destaque e um acompanhamento midiático muito maior que as instâncias inferiores e outras cortes que possuem envergadura hierárquica também (STJ, por exemplo). O crescimento da publicidade do Supremo foi exponencial desde meados de 2002, a promoção de informativos eletrônicos semanais disponibilizando as decisões mais importantes, bem como a transmissão ao vivo das sessões do Plenário e das Turmas em canal aberto o transformaram em um tribunal mais acessível. O destaque angariado a partir destas medidas provocou um senso de confiança muito maior que o já existente até então, isto por que permitiu uma proximidade com a sociedade em geral⁶¹. O conhecimento comunitário das origens, dos posicionamentos e da atuação dos magistrados é um diferencial na construção das relações entre sociedade e judiciário, bem como um estimulante das influências externas na identidade institucional do tribunal.

Grande parte da reserva que a sociedade possui em relação ao judiciário brasileiro é resquício de uma identidade judicial seletiva e elitista herdada de períodos históricos

⁶¹ COUSO, Javier; HUNEEUS; Alexandra; SIEDER, Rachel, *Op. cit.*, p.66

socialmente estratificados. O afastamento popular em relação a este poder tem sido gradativamente dissipado a partir da renovação do seu perfil institucional; a ampliação do acesso de parcelas socialmente excluídas ao ensino superior, e conseqüentemente a carreiras jurídicas, foi essencial para este processo. A entrada de mulheres, negros e outras minorias nos quadros do judiciário ampliaram a representatividade e o número de decisões referente aos direitos destas, mas não solucionou o distanciamento populacional dos magistrados de primeira instância. Justamente por não haver um mecanismo que dê amplo acesso às origens dos magistrados, a confiabilidade populacional fica a cargo da prestação jurisdicional que receber deste.

Abre-se um paralelo com os “Lay Judges” estudados no capítulo 2. Lá, tivemos contato com esta figura judicial que atua de forma extremamente semelhante aos juízes profissionais e dispensam prestações jurisdicionais de igual qualidade, porém não atendem às formalidades direcionadas a estes. Em geral são indivíduos participantes e de destaque na localidade em que atuam que são escolhidos pela própria comunidade para presidir as mediações necessárias e aplicar as concepções locais de justiça, sempre tendo como referencial o ordenamento disponível. Não necessariamente possuem treinamento legal e isto não impede a sua atuação. O sucesso jurisdicional que acompanha tal figura está justamente na presença do vínculo comunitário.

Aqui no Brasil também dispomos da figura do juiz leigo porém os temos como:

[...] auxiliares da Justiça, recrutados entre advogados com mais de cinco anos de experiência, que não podem exercer a advocacia perante os juizados enquanto permanecerem na função. O juiz leigo desempenha algumas funções que antes apenas o juiz togado poderia exercer, entre elas, tentar a conciliação entre as parte. O juiz leigo ainda pode ser acionado caso as partes aceitem resolver o conflito usando a solução arbitral⁶².

Há diferenças na atuação do juiz leigo de acordo com a matéria a qual está vinculado, as atribuições dos juízes leigos da seara penal não são muito claras e por este

⁶² Agência CNJ de Notícias. Disponível em: < www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62451-o-que-faz-o-juiz-leigo> Acessado em: 05 de dezembro de 2016.

motivo gera insegurança perante a classe judiciária quanto a sua presença nas áreas desta matéria e na sua participação em outras fases processuais. Há também uma tendência nacional em adotar como meio de seleção recrutamento via concurso público assim como os magistrados profissionais e os servidores de todas as cortes brasileiras.

Tanto no Brasil quanto nos estados estudados no capítulo 2, podemos afirmar que os juízes leigos desempenham um papel importante na solução rápida de litígios de menor complexidade sendo usados até como instrumento de suprimento de déficit no material humano profissionalizado. Ocorre que aqui, ainda há uma setorização e uma restrição a esta prática e isso não corresponde com a realidade social da maioria das localidades brasileiras que ainda não desfrutam de uma estrutura administrativa do sistema judicial. A prestação jurisdicional passa a atender os índices de desenvolvimento humano das comarcas e enreda o amplo acesso a esta⁶³.

Partindo para uma análise contextualizada de toda matéria até aqui exposta podemos concluir que o processo de formação de uma instituição judiciária e o seu desenvolvimento é completamente entregue às subjetividades que permeiam a cultura sócio-política em que surgem e que são inerentes dos indivíduos que a compõe.

O foco do trabalho era elucidar como a dinâmica entre os aspectos estruturais externos ao magistrado e suas convicções pessoais influíam na aplicação de uma prestação judicial mais ativa, menos adstrita à legalidade. A partir do estudo conceitual acerca do que seria ativismo judicial encontramos um gama de possibilidades que supera o posicionamento adotado oficialmente pelas cortes. Vislumbramos que uma postura ativa vai além do comprometimento político do judiciário, pois não possui, necessariamente, um fim relacionado à política ou a intenção de ser instrumento de realização de uma função atípica do poder judiciário.

As diferenças existentes quanto a nomenclatura nada influem no processo de análise e ater-se a elas pode encaminhar a pesquisa para um debate formal vazio, por isso não serão utilizadas as denominações apresentadas pelos autores supracitados mas apenas suas conclusões ideológicas. O ativismo de fato pode ser uma ampliação dos

⁶³ AVRITZER, Leonardo *et al.* **Para uma nova cartografia da justiça no Brasil**. Belo Horizonte, UFMG, 2011.

poderes judiciários mas também pode ser um instrumento de perseguição de um melhor resultado futuro, como defendido por Posner, bem como pode ser a manifestação de um consenso social ou um recurso de apresentação de um novo paradigma social como Devlin problematiza; o que vai definir a vertente a ser seguida é a abertura do sistema judicial para tais propostas.

Encaminhar a análise para a eleição de uma única vertente como ideal ao nosso ordenamento jurídico seria um grande contrassenso após tanta reflexão quanto a complexidade da questão em tela. Neste sentido, tomo a liberdade para opinar quanto aos benefícios que todas as posturas poderiam ofertar a nossa realidade judicial. O estabelecimento de uma correlação entre as ideologias expostas no capítulo primeiro supriria de maneira mais robusta a diversidade social e as demandas sociais em constante ebulição. Dar conhecimento aos magistrados, tanto de instâncias inferiores quanto de cortes superiores, quanto a estas possibilidades comportamentais e liberdade para que estes as apliquem de maneira sensível, caso-a-caso, possibilitaria a construção de um judiciário mais personalizado e humano.

Destaca-se que não é estabelecer um processo anárquico nas instituições atuais, todas as vertentes expostas deixam claro que os procedimentos adotados devem atender aos institutos já positivados e respeitar os preceitos constitucionais disponíveis e assim deve ser mantido; a proposta de mudança está na percepção pessoal do magistrado quanto ao seu papel na máquina judicial. Pois ainda sofremos com o modelo técnico-burocrata importado especialmente da França, sistema extremamente similar ao nosso ideologicamente e estruturalmente falando, o que acaba por haurir o desenvolvimento pessoal do magistrado e a evolução profissional do mesmo. Penso que a abertura para tal liberdade só pode resultar em um sistema antenado e condizente com a sociedade que atende.

Pela análise estrutural feita no capítulo 2, revela-se um padrão relativo ao entendimento sobre o ativismo. Em graus diferentes e respeitando os traços culturais de cada sistema, por óbvio, mas todos adotam o envolvimento político em processos de revisão constitucional como único parâmetro para a caracterização de um judiciário como ativista ou não. Ou seja, a redução do conceito e do debate sobre o mesmo atinge o contexto das normas positivadas de uma nação e acaba por setorizar a permissividade

do ativismo em um contexto institucional. Faz-se necessário a ampliação de tal permissividade para outras esferas da estrutura judicial, ainda que soe perigoso e instável ofertar tais prerrogativas a outros magistrados, pois através dela a implementação e desenvolvimento das posturas judiciais já ventiladas trará resultados mais rápidos. Vale destacar que a adoção subsidiária de uma postura ativa por meio dos precedentes das cortes superiores, detentora de tais liberdades, não configura uma postura ativa em si, mas sim uma atenção à hierarquia estabelecida.

No cenário nacional podemos trazer a discussão para a ceara do estabelecimento de uma instituição genuinamente compatível com a nossa cultura. Atualmente desfrutamos de um judiciário resultante da influência de culturas judiciais diferentes, ou seja, uma réplica adaptada de sistemas alienígenas que não compartilham do mesmo processo originário; que atende as nossas necessidades mas também nos aprisiona aos velhos paradigmas clássicos de sociedades muito mais antigas que a nossa. A implementação de posturas judiciais, ativas, dinâmicas ou até mesmo pragmáticas, seriam um meio de valorização, atualização e ruptura cultural com o modelo existente mas, como exposto, só será possível por meio do fortalecimento da relação entre comunidade e judiciário.

Nesta esteira, a publicidade quanto a origem dos magistrados, sua atuação e seus posicionamentos (em todas as instâncias) como forma de aproximação e promoção da credibilidade comunitária da prestação jurisdicional, bem como a revisão do papel dos juízes leigos de forma que esteja ainda mais próximo da sociedade e a ampliação do acesso e da permissividade quanto a posturas mais ativas de forma que estas sejam integradas a nossa cultura judicial são alternativas de aprimoramento possíveis ao modelo vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbra-se que há um entendimento comum nas instituições judiciais quanto a utilização de ativismo judicial como sinônimo de “judicialização da política”, ou seja,

um movimento de relativa supressão do poder legislativo e a ampliação de uma função atípica do judiciário. O que, em um contexto social de descrença nos Poderes Executivo e no Legislativo devido aos contínuos escândalos de corrupção e improbidade administrativa torna-se completamente plausível.

Ocorre que o ativismo judicial vai muito além da mera troca de papéis entre os Poderes estatais e dispõe de um objetivo muito mais amplo que o suprimento mais célere de uma necessidade casuística. A restrição desse fenômeno jurídico a uma via facilitadora de necessidades é perigosa por esvaziá-lo de significado e por criar a ilusão de um estado de poder sem limites a serem observados sendo a necessidade social o único requisito a ser atendido.

As problemáticas do enfraquecimento da lei e da certeza, e de uma possível perda de clareza e coerência também aparecem neste contexto de ameaças possíveis da aplicação do ativismo de uma forma mais ampla pelo judiciário (todas as instâncias). De fato a ampliação da faculdade interpretativa do magistrado pode soar desta forma, mas ressalta-se que a imposição da literalidade das normas não implica na uniformidade de entendimentos. Ainda que haja instruções bem delineadas, as experiências sociais dos juízes continuarão a influenciar seus entendimentos.

Percebe-se então que a mera conceituação não atende a complexidade das questões envolvidas. É notável que as ideias ventiladas anteriormente são extremamente ligadas à movimentação social. É da natureza de sociedades que disponham de mais de duas gerações esse movimento de ebulição entre ideais novos e antigos, e o Direito atua como uma válvula de medição e controle deste. Sendo uma ciência orgânica e mutável, os operadores e produtores de Direito devem se manter atentos a estes movimentos afim de que este se mantenha efetivo. A compreensão da proposta do ativismo judicial e a filosofia que o embasa permite que o movimento não se restrinja a uma mera problematização idealizada e passe a ter ferramentas de aprimoramento e de ajuste da magistratura aos nossos objetivos constitucionais.

A carga de trabalho nestas instâncias atravança o envolvimento do magistrado com a questão e limita o seu ativismo a questões que lhe são pessoalmente sensíveis. Nesta esteira, a busca pela otimização do judiciário através é imprescindível para que

haja a expansão da faculdade criativa/ ativa para outras instâncias que não as cortes com competência constitucional revisional. Ressalta-se que a expansão proposta não está adstrita a atividade revisional e sim à permissividade institucional e normativa quanto a realização do livre convencimento do magistrado.

Tal otimização tem lugar na figura dos juízes leigos. A adoção de figuras próximas a comunidade e sem necessidade de treinamento específico ou carreira judicial anterior como nos foi apresentado na análise comparativa de Bell, pode ser uma solução para a sobrecarga judiciária pois a partir dela foi possível perceber que a prestação jurisdicional dos juízes leigos não divergiam tanto daquelas promovidas por juízes profissionais. Ademais, os resultados dados por aqueles dispunham, em geral, de um grau de confiabilidade comunitário maior do que os resultados proferidos por estes. A implementação de um modelo judiciário, adequado à realidade brasileira, é uma solução palpável mas que demanda comprometimento e cautela. Muitas regiões brasileiras não possuem estrutura mínima judiciária que permita a implementação de tal modelo, para isso a mudanças evoluiria gradualmente a partir da realização destas instalações para o preenchimento das vagas. Nota-se que apesar de uma alteração pontual há uma dinâmica muito maior que demanda o envolvimento de outros poderes estatais e de organização orçamentária.

A sugestão acima é dada tendo como base a confiabilidade comunitária registrada nas experiências internacionais na Alemanha, Inglaterra e França. A justificativa deste fenômeno está na proximidade comunitária com os juízes que lhe atendem; a partir do maior acesso e contato da comunidade com as origens destes, há um crescimento na fé relativa a eles.

Por fim, destaco, mais uma vez, a importância das particularidades institucionais e culturais de cada sociedade na construção da prestação jurisdicional ofertada. Através da análise feita, busquei destacar a pertinência de um processo de renovação do judiciário e que as mudanças provenientes devem estar atentas às características sociais nacionais. O intuito do trabalho, nunca foi identificar um modelo perfeito a ser importado e implementado mas buscar referências de experiências de sucesso para que através da compreensão do seu contexto constitutivo pudéssemos traçar paralelos com os nossos modelos existentes.

Sendo certo que a construção de um sistema judiciário mais flexível e personalizado é possível encerro este trabalho na esperança de que ele possa ser uma faísca inicial para um debate acadêmico maior e mais denso, afim de que o tema se alastre e tome vulto e se desenvolva da melhor forma possível e que, futuramente, haja de fato a promoção de um novo contexto judicial. Mais humano, mais atento e melhor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra e SIEDER, Rachel, *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2010. Chapter 3 – pg.51/77.

DEVLIN, Patrick, *Judges and Lawmakers*, *The Modern Law Review*, vol. 39, 1976.

KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, *California Law Review*, Vol. 92, No. 5 (Oct., 2004), pp. 1441-1477, California Law Review, Inc.

MERRYMAN, John Henry e PÉREZ, Rogelio Perdomo, *A Tradição da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos de Europa e da América Latina*, Sergio Antonio Fabris Ed., São Paulo, 2009.

PAGE, John Bell, *Judiciaries within Europe: A Comparative Review* (Cambridge Studies in International and Comparative Law), Cambridge University Press, ed.1, 2006.

POSNER, Richard A. Posner, *Pragmatic Adjudication*, *Cardozo Law Review*, Journal Articles, University of Chicago Law School, 1996

R. David, *French Law* [Batom Rouge 1972], 181, tradução livre

Van Caenegem, R. C, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History* (Goodhart Lectures), Cambridge University Press, 1992.