

O JUIZ DE PAZ DA ROÇA DE MARTINS PENA: UMA REFLEXÃO SOBRE O JUIZ DE DIREITO – DE ELITE INTELLECTUAL NACIONAL A GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

THE JUDGE OF PEACE OF FARM WRITTEN BY MARTINS PENA: A REFLECTION ON THE JUDGE OF LAW – FROM NATIONAL INTELLECTUAL ELITE TO GUARANTOR OF CONSTITUTIONAL FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZIL

ÉRICA MAIA CAMPELO ARRUDA¹

RESUMO: O artigo busca relacionar a peça de Martins Pena, “O Juiz de paz da roça”, escrita em 1833, com a formação da elite administrativa e intelectual nacional, destacando-se a figura do juiz, cujo prestígio social se acentuou ao longo do tempo. A obra de Martins Pena, considerada a primeira comédia de costumes do teatro brasileiro, se mostra bastante atual, pois critica as convenções sociais e o governo, além de satirizar a figura dos juízes e políticos no Brasil do século XIX. De acordo com essa perspectiva, será feita uma analogia com o fenômeno da “judicialização das políticas públicas”, partindo-se da premissa de que os juízes foram alçados de elite intelectual nacional ao papel de substitutivos dos Poderes Legislativo e Executivo na função de garantidores dos direitos fundamentais constitucionais, uma vez que as questões de relevância política e social passaram a ser decididas, em última instância, pelo Poder Judiciário, não estando mais restritas às esferas de decisão política. Ao final serão feitas reflexões acerca da necessidade de superação das práticas judiciais adjudicantes da prática política, ressaltando a necessidade de construção de fluxos e protocolos que assegurem e fortaleçam a relação interinstitucional entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no Brasil.

¹ Doutoranda em Direito e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social (DHTS) vinculado ao PPGD/UNESA, Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB) e Assessora de Regulação da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos do Rio de Janeiro (SEASDH/RJ). E-mail: ericamaiaarruda@yahoo.com.br.

PALAVRAS-CHAVE: elite nacional; poder judiciário; direitos fundamentais.

ABSTRACT: The article aims to relate Martins Pena's theatre play, "The Justice of Peace in Country", written in 1833, with the creation of national political and intellectual elite, highlighting the figure of the judge, whose social prestige has accentuated over time. Martins Penna's work, considered the first comedy of customs in Brazilian theatre, is quite current, as it criticizes social conventions and government, as well as satirising the figure of judges and politicians in nineteenth-century Brazil. According to this perspective, an analogy will be made with the phenomenon of "judicialization of public policies", starting from the hypothesis that the judges were raised from the national intellectual elite to the role of substitute Legislative and Executive Powers as guarantors of the Constitutional fundamental rights, since issues of political and social relevance are ultimately decided by the Judiciary and are no longer restricted to the political decision-making spheres. Finally, we will reflect on the need to overcome judicial adjudicatory practices of political practice, highlighting the need to build flows and protocols to ensure and strengthen the interinstitutional relationship between the Legislative, Executive and Judiciary branches in Brazil.

KEYWORDS: national elite; Judiciary Branch; fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é relacionar o papel do juiz (magistrado) no período imperial e compreender, com o auxílio da literatura, seu papel, atualmente, no nosso país.

Tendo como base os estudos de Direito e Literatura, o texto visa analisar o papel do juiz (magistrado) ao longo do processo histórico de formação da elite administrativa e intelectual nacional, em que se destaca a figura do juiz, sendo a obra “Juiz de paz da roça”, de Martins Pena, considerada “uma das raras representações literárias dos membros da magistratura na época do Império.” (*Trindade et al.*, 2015:130).

Sob o ponto de vista de Posner (2009 apud *Tindade et al.*, 2015, p.127), a distinção metodológica mais conhecida em Direito e Literatura pode ser apresentada por meio de três categorias distintas: (a) Direito na literatura (*Law in literature*), corrente que estuda

como se manifestam e como são representados os fenômenos jurídicos no interior de obras literárias; (b) Direito *como* Literatura (*Law as literature*), linha em que são analisadas as qualidades literárias do direito, examinando-se os textos e discursos jurídicos como literatura; (c) e, por último, o Direito *da* literatura (*Law of literature*), categoria que estuda as disciplinas de direito privado ligadas à regulamentação jurídica do meio literário.

Neste artigo utiliza-se a metodologia de “Direito na Literatura”, do inglês “*Law in Literature*”, onde ocorre a representação dos fenômenos jurídicos nas obras literárias, especialmente porque o autor enriquece a análise jurídica com suas peças teatrais, já que a leitura apenas dos textos normativos e fontes oficiais de pesquisa, do período imperial, não nos permite alcançar o funcionamento da engrenagem social e política de uma época.

A peça “O Juiz de paz da roça”, de 1833, encenada pela primeira vez em 1838, trata da figura do juiz de paz, do magistrado do interior, do período imperial e, que, em função da falta de cursos de Direito na época, eram (bacharéis) eleitos pela população local, vinculados ou não ao partido da situação.

Isso aponta também para outra consequência, o nascimento de um importante membro da elite política nacional, pois essa era uma importante forma de ascensão social e de poder na época, especialmente no interior do país. Os juizes eram também responsáveis por zelar por garantias individuais insculpidas na recente Constituição de 1824.

Alguns autores apontam, entre eles o Prof. André Karam Trindade (2015), que a figura do juiz de paz representa a dicotomia entre o liberalismo e o absolutismo presente no texto constitucional para que a independência do país fosse feita de forma tranquila.

A dicotomia percebida no texto constitucional imperial é evidenciada na obra de Martins Pena e vem permeando os textos constitucionais até a Carta de 1988; por isso, a riqueza da literatura para a compreensão do Direito e das práticas sociais de uma época.

E é exatamente nesse sentido que se realiza, neste artigo, a reflexão sobre o fenômeno da “judicialização das políticas públicas” e a origem da magistratura a partir das representações de Martins Pena acerca do juiz de paz, considerado figura fundamental definidora da organização político-administrativa imperial, e da nascente

burocracia da época, que legitima o juiz de paz a atuar de acordo com seus interesses, de forma discricionária, não técnica e com pouquíssimo controle sobre suas decisões, especialmente após a publicação do Código de Processo Criminal do Império de 1832, que aumentou seu rol de atribuições, passando a ter atribuições judiciais e policiais.

A hipótese aqui defendida é que a forma como o Poder Judiciário vem atuando nos dias de hoje como substitutivo dos Poderes Executivo e Legislativo nas decisões que envolvem a efetivação de direitos fundamentais constitucionais, e que estejam atreladas à execução de uma política pública de governo ou de estado, deve ser revista, havendo necessidade da definição de fluxos e protocolos interinstitucionais entre os Poderes de Estado, para momento anterior da interferência do Poder Judiciário nas políticas que foram construídas nas perspectivas da coletividade, interferências muitas vezes prejudicadas, dificultando até mesmo, por parte do Poder Executivo, o planejamento de suas ações, já que a lógica da decisão judicial é individual e se limita ao caso concreto, mesmo em se tratando de ações coletivas, há o filtro da demanda, pois somente quem ingressa com ação tem seu direito efetivado.

Tais mecanismos de diálogos interinstitucionais não serão objeto deste texto, o que não afasta a importância da discussão para que o Poder Judiciário se coloque realmente como ator político e institucional para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados em nosso país.

A peça retrata a vida simples da roça, e trata, de forma satírica, da atuação da justiça em áreas rurais, construindo o personagem do juiz de paz, ressaltando como suas principais características a ignorância jurídica e a atuação arbitrária no exercício da função pública, destacando, em especial, o abuso do poder exercido por algumas autoridades sobre os mais humildes.

O moderno Estado de Direito trouxe questões desafiadoras para a Teoria Constitucional, a clássica separação de poderes proposta por *Montesquieu* já não consegue responder aos anseios de realização dos inúmeros direitos fundamentais colocados à disposição dos cidadãos.

Sob o argumento da urgência na efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário na atualidade vem assumindo um protagonismo na concretização de tais direitos através da jurisdição constitucional, produzindo o fenômeno da “judicialização da política”. No contexto deste trabalho, política pública será conceituada apenas juridicamente, na concepção adotada por Dallari Bucci (2006), de acordo com uma ótica normativa e instrumental, como programa de ação governamental destinado a realizar direitos e/ou objetivos determinados.

A tese defendida neste trabalho é da inadequação da jurisdição constitucional em sede de controle de constitucionalidade das leis com o objetivo de efetivação dos direitos fundamentais através da interferência nas políticas públicas de Estado, considerando que parte do problema é a falta de atuação conjunta entre os poderes estatais.

2 O JUIZ DE PAZ DA ROÇA, DE MARTINS PENA – CRÍTICA JURÍDICA E DE COSTUMES

Luís Carlos Martins Pena é considerado o inventor das comédias de costumes no teatro brasileiro, sendo um dos principais dramaturgos do Brasil Império. Nascido a 05 de novembro de 1815, no Rio de Janeiro, faleceu a 07 de dezembro de 1848, em Lisboa-Portugal. Compôs 30 peças, entre as quais se destaca “O juiz de paz da roça”.

Para Sílvio Romero (1953, p. 1.477), “se se perdessem todas as leis, escritos, memórias da história brasileira dos primeiros 50 anos desse século XIX, que está a findar, e nos ficassem somente as comédias de Martins Pena, era possível reconstruir por elas a fisionomia moral de toda esta época”.

Martins Pena, na obra “O juiz de paz da roça”, criticava os costumes do interior à época do Império, no Brasil do século XIX, apresentando cenas de uma família da roça e a atuação do juiz de paz, descrevendo seu cotidiano. *Trindade et al.* (2015, p.128), ao abordar a obra de Martins Pena, afirma que “A crítica às instituições judiciárias é apenas um dos elementos do enredo, que se caracteriza por uma multiplicidade de episódios, na qual o escritor se vale do humor para pintar um retrato vívido da sociedade brasileira.”

A peça “O juiz de paz da roça” tem como principais personagens a família de Manuel João, um lavrador, e Maria Rosa, sua esposa. Vivendo em um ambiente de

pobreza, a ambição de Manuel João é ter dinheiro suficiente para casar sua filha, Aninha, e comprar uma escrava para ela. No entanto, naquele momento, o lavrador não tem posses sequer para alimentar adequadamente sua família e um escravo negro. Aninha, por sua vez, tem um amante, José da Fonseca, com quem vive um caso de amor escondido de seus pais. O casal deseja se casar e fugir das dificuldades da vida no campo e fugir para a Corte, recém-instalada no Rio de Janeiro. A certo momento da estória, o escrivão bate à porta da casa de Aninha com uma intimação assinada pelo juiz de paz, endereçada ao pai de Aninha. Por este documento, Manuel João recebe a incumbência de levar um recruta até a cidade mais próxima para lutar na guerra (que, de acordo com o contexto descrito, trata-se da Guerra dos Farrapos, que se desenrola no sul do país). Apesar de indignado, Manuel João acaba por concordar com as instruções do escrivão, ao ser ameaçado de prisão caso não as obedeça. Durante o dia, o juiz de paz atende a vários casos, permeados da ironia e do sarcasmo típicos de Martins Pena, com ênfase na atuação corrupta, arbitrária e ignorante do ponto de vista técnico-jurídico. Ao final do expediente, Manuel João chega à casa do juiz de paz; no entanto, por ser tarde demais para levar o recruta até a cidade, e por não existirem cadeias no povoado, o juiz de paz sugere que o prisioneiro seja conduzido para a casa de Manuel João. Assim, Manuel João, vê-se obrigado a conduzir o prisioneiro para sua casa e confina o recruta em um quarto da casa da família. Ao verificar que o recruta era José da Fonseca, seu amante, Aninha fica aflita ao ver seu amante na iminência de servir ao Exército na guerra do Sul. Aninha então o destranca do cativo e os dois fogem, com a intenção de se casar. Ao darem pela falta de José da Fonseca, os pais de Aninha ficam sobressaltados. Em seguida, ela mesma aparece junto do (agora) marido e conta o ocorrido. A família decide então ir à casa do juiz de paz para convencê-lo de livrar José Fonseca da obrigação de alistamento militar – devido à sua condição de homem casado –, não se enquadrando mais na legislação imperial de alistamento militar obrigatório. O juiz de paz, diante dos fatos, reconhece a impossibilidade de obrigar João da Fonseca a servir como soldado na guerra e, ainda, cede sua casa para a comemoração do casamento. À medida em que essa estória familiar se passa, Martins Pena descreve os hábitos do juiz de paz no ambiente da roça.

Para *Trindade et al.* (2015, p.129), “resta bastante clara a intenção de Martins Pena em mostrar o caráter explicitamente promíscuo do juiz de paz, que aceita regalias de um jurisdicionado. O mesmo Manuel André, em outra cena da peça, entra em juízo para requisitar ao juiz de paz dirimir controvérsia sobre questão de direito de propriedade. A resposta dada ao litígio pelo juiz de paz é que este não pode deferir o pedido pois está muito ocupado com uma plantação. Quando Manuel André se insurge com a pífia prestação jurisdicional, o juiz de paz ameaça prendê-lo.” Para eles, “o juiz de paz construído por Martins Pena é um juiz iletrado, que não sabe despachar os requerimentos que chegam até seu gabinete, e sequer se envergonha disso. Ele é o reflexo da carência de profissionais qualificados para estruturar o aparato burocrático da nação. Noutro trecho da obra, o juiz de paz aceita um leitão de presente das partes, quando na realidade era a posse do próprio animal que se encontrava em litígio, ou seja, Martins Pena retrata de modo bastante duro os atos de corrupção dos agentes estatais brasileiros desde o Império. Martins Pena denuncia com precisão certos vícios da magistratura que perduram até hoje, como a cultura de desrespeito à Carta Constitucional e a prática reiterada de corrupção na atividade jurisdicional” (TRINDADE *et al.*, 2015, p.129).

Para Wolkmer (2002, p. 90-92), “O juiz de paz da roça” vislumbra três características determinantes da magistratura no período imperial: o corporativismo elitista, a burocracia como forma de poder de construção nacional e a corrupção como prática oficializada.”

3 O JUIZ DE PAZ COMO MEMBRO DO PODER JUDICIÁRIO DO BRASIL IMPÉRIO

A Lei de 15 de outubro de 1827 criou a figura dos juizes de paz no Brasil. Para cada freguesia ou paróquia deveria existir um juiz de paz e um suplente. Na realidade, o juiz de paz estava contemplado na Carta de 1824, que previa juizes eleitos e jurados e a lei de 1827 apenas regulamentou esse postulado.

Rodycz (2003, p.8) aponta que os juizes de paz eram eleitos, sendo seu regime jurídico regulado pelos decretos de 18 e 20 de setembro de 1829, que estabeleceram suas

incompatibilidades; o decreto de 26 de agosto de 1830 que aboliu os almotacés², passando as suas atribuições para os juizes de paz; o decreto de 11 de setembro de 1830 que deu aos oficiais de quarterão dos lugares mais remotos competência cumulativa com os juizes de paz, podendo estes emendar seus atos; os decretos de 10 e 11 de dezembro de 1830 a qual os juizes de paz das Províncias do Pará e do Maranhão foram incumbidos de registrar em livro os estrangeiros que fossem residir nos seus distritos. E que após a promulgação do Código Criminal (16 de dezembro de 1830), a Lei de 06 de junho de 1831 deu aos juizes de paz competência para conhecerem *ex officio* dos crimes policiais, com autoridade em todo o município, e para nomearem, em seus distritos, os delegados de quarterão. Em 18 de agosto de 1831 uma lei investiu os juizes de paz da competência para presidir as juntas paroquiais de alistamento da Guarda Nacional. Em 26 de outubro de 1831 uma lei deu aos juizes de paz competência cumulativa com os juizes criminais para o processo *ex officio* dos crimes públicos até a pronúncia. A Lei de 23 de outubro de 1832 deu competência aos juizes de paz para julgar as habilitações para a naturalização de estrangeiros.

O papel dos juizes de paz foi sendo modificado ao longo da história nacional. No primeiro decênio do Império, vários conflitos políticos ocorreram no Brasil, pois, com a morte do rei português, Dom Pedro I abdicou do império brasileiro em favor de seu filho de cinco anos, em 04 de abril de 1831, retornando a Portugal. Como o novo imperador era menor, foi nomeado um conselho regente, formado por liberais. Ao alcançar o poder, os liberais modificaram por conveniência política, as atividades do juiz de paz, aumentando a jurisdição penal e seus poderes de vigilância. “O juiz de paz tornou-se forte porque não dependia do poder do rei, como o juiz de fora ou o ouvidor; por ser eletivo,

² Magnus Roberto Pereira (2001), afirma que “a almotacaria, uma das mais antigas e duradouras instituições das cidades de origem portuguesa foi praticamente ignorada na historiografia”. O autor registra ainda que “na cidade portuguesa da Baixa Idade Média, a definição do campo da ação administrativa tinha um nome muito preciso: almotacaria”. O autor ressalta ainda que “o almotacé, titular da almotacaria, é resultado de uma miscelânea cultural que vai do *edil curul* romano, ao *agoranome* bizantino e ao *muhtasib* islâmico, depois cristão.” A figura do “almotacé”, no Brasil colônia, se faz presente, na administração municipal, como um oficial camarário, que tinha como atribuições cuidar dos aspectos do ordenamento urbano, basicamente agrupados em três ramos da administração da cidade: o mercado; o sanitário; e, o construtivo.

seu poder provinha do eleitorado. Essa importância se revela na competência que lhe foi atribuída, que era superior inclusive à dos juizes de fora – que eram profissionais, nomeados pela Coroa. Por esse motivo, desde o princípio houve conflitos entre esses dois juizes. Os letrados tiveram seu orgulho corporativo ofendido ao ter que compartilhar sua autoridade com juizes não profissionais. Em verdade, o juiz de paz enfeixava ainda as competências de outros três juizes coloniais: o juiz ordinário, o juiz de vintena e o almotacé.” (RODYCZ, 2003, p.9).

No sistema colonial, previa-se uma organização judiciária com divisão em instâncias. Povoações com população entre vinte e cinquenta habitantes e que não constituíam um município dispunham do juiz de vintena, escolhido entre os moradores do lugar pela Câmara Municipal mais próxima. Municípios maiores possuíam juizes ordinários, eleitos pela sua própria Câmara. Até mesmo pelo escasso número de bacharéis (pela ausência de ensino superior na colônia brasileira), estes juizes não letrados. Em oposição aos juizes honorários eleitos pela comunidade colonial, as ordenações previam juizes de fora, letrados e de nomeação régia. (MEIRELLES, 2009, p.1).

Com a independência, houve uma reforma do Judiciário, com o fito de se libertar das instituições portuguesas. Assim, a Casa de Suplicação foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, foram ampliados os tribunais de Relação, e foram modificados os critérios para a investidura dos magistrados.

Conforme afirma Carvalho *apud* Meirelles (2009, p.2), de acordo com a literatura jurídica da época, foi mantida pela legislação imperial a distinção entre juizes leigos e juizes letrados: “o Juiz póde ser letrado ou leigo; aquelle deve ser formado em algum dos cursos jurídicos; este é o que não tem essa qualidade”.

De acordo com o autor, a carreira dos juizes letrados iniciava-se com o cargo de juiz municipal pelo imperador, o qual nomeava bacharel em direito que tivesse um ano de pratica do foro, contado da sua formatura. Gozava de mandato de quatro anos, sendo competente para a prática de diversos atos processuais. Após o mandato como juiz municipal, era possível ao bacharel ascender na carreira da magistratura. Os juizes

leigos, por sua vez, estavam presentes no tribunal do júri, na justiça de paz e nos tribunais do comércio. (MEIRELLES, 2009, p.2).

O juiz de paz, outra figura de destaque no Código de Processo Criminal de 1832, era eleito localmente; da mesma forma que os juizes municipais, desfrutavam de um mandato de quatro anos.

Goavam de atribuições policiais e judiciais, sendo competentes para: a) os procedimentos relativos à formação da culpa (produzir as provas relativas à comprovação da existência do crime e de sua autoria); b) prender os culpados; c) julgar crimes de menor importância; d) participar da elaboração da lista de jurados, juntamente com o pároco ou capelão e o presidente ou algum dos vereadores da Câmara Municipal. (MEIRELLES, 2009, p. 2).

Devido à escassez de pessoas com formação condizente com o desempenho da magistratura, surgem no Brasil os dois primeiros cursos de Direito, em Olinda (mais tarde transferido para o Recife) e em São Paulo, nos quais a maioria do corpo docente era composta por professores portugueses.

Devido à falta de bacharéis para preencher todos os cargos da magistratura depois da Independência, e também pela inviabilidade em se enviar o número suficiente de estudantes para estudar no estrangeiro, o Decreto de 9 de janeiro de 1825 criou os cursos de Direito no Brasil (LIMA LOPES, 2013, p. 289).

Wolkmer (1997, p. 96) destaca que há uma questão central relacionada à maneira de investidura do juiz de paz que merece ser destacada. Em razão do cargo ser eletivo, o juiz de paz representava um partido político. Na prática, isso significava que, quando o partido político possuía sintonia com o governo, sua autoridade era respaldada. Caso contrário, o juiz de paz perdia parte de sua autoridade. A instituição de juizados de paz fortes nos vastos territórios do Império era um mecanismo de tímida reforma por forças liberais: vislumbrava-se um magistrado de poderes limitados, mas vinculado à escolha democrática, com autonomia e poder sobre determinada localidade (WOLKMER, 1997, p. 96).

Para Wolkmer, (2002, p. 91-94), “o *bacharelismo liberal* dos juizes brasileiros do Império é um traço distintivo do que era a magistratura depois da Independência. São funcionários públicos de cúpula que pautam suas ações pelo individualismo político e

pelo formalismo jurídico. As condutas desses juízes pouco se distinguiam daquelas dos juízes portugueses que serviam aos interesses da MetrÓpole.”

Thomas Flory (*apud* Rodycz, 2003), afirma que “também havia objetivos políticos na instituição dos juízes de paz. Os seus criadores visavam reduzir os poderes do Imperador, cujo absolutismo temiam em face da recente experiência do fechamento da Assembleia Constituinte.” Por esse motivo, optaram por sabotar o poder judicial tradicional, pelo qual, no período colonial, a Coroa se expandia. Para ele, a criação da figura do juiz de paz, em 1827, foi a primeira grande reforma que sofreu o sistema judicial brasileiro, sinalizando os propósitos do Partido Liberal, então aspirante ao poder. O juiz de paz foi concebido como um magistrado leigo, sem treinamento e não remunerado, sobretudo para conciliar os litigantes potenciais e jurisdicionar nas vilas e nas causas de pequena importância.

Rodycz (2003, p.9) afirma que, na verdade, significava muito mais. Representava a concretização da autonomia e da descentralização administrativa então defendida pelo Partido Liberal. Para esse autor:

[...] a instituição do juiz de paz tornou-se o símbolo da luta contra a herança colonial e foi o núcleo de intensa polêmica jurídico-política que dominou o cenário no nascedouro do Estado brasileiro. Seus adversários viam nele o germe da erosão da autoridade central e uma ameaça ao controle social; seus defensores, a descentralização e a democratização da justiça.

Desta forma, observa-se que o juiz de paz retratado por Martins Pena retrata o longínquo antecedente de privilégios obtidos através das carreiras jurídicas. Esta era uma das principais formas de ascensão social, e as inúmeras vantagens percebidas pelos magistrados são prova de como, na estrutura do Império, dividia-se poder e riqueza com os juízes. Quando da publicação do Código de Processo Criminal, promulgado em 1832, reforça-se a instituição do juiz de paz ao mesmo tempo em que se acabava com determinados institutos ligados ao sistema legal português, como o do juiz de fora e da ouvidoria. (TRINDADE *et al.*, 2015, p.132).

Conforme afirma Pierangeli, (1983, p.104-105), “A nova legislação processual penal representou um dos primeiros esforços de estabelecimento de um corpo legislativo

genuinamente brasileiro. Aos juízes de paz fora dada competência para julgar as infrações punidas com penas leves, para a lavratura de auto de corpo de delito e termo de bem viver a vadios, mendigos, bêbados habituais e prostitutas perturbadoras do sossego público, por exemplo.”

Nas ideologias dos alunos que estudaram nas primeiras faculdades de Direito recém-fundadas, ou mesmo dos professores estrangeiros que trabalhavam nos cursos do Brasil, estavam presentes as doutrinas revolucionárias que conquistaram grandes mudanças na Europa. Da mesma forma que grande parte dos elementos do dia-a-dia do povo brasileiro, os ideais de liberalismo também são influências essencialmente europeias. Nesse momento da história brasileira, algumas décadas depois da criação dos primeiros cursos de Direito brasileiros, de Olinda e de São Paulo, é que começam a surgir grandes nomes da literatura jurídica nacional, como Pimenta Bueno, Tobias Barreto e Visconde do Uruguai (LIMA LOPES, 2013. p. 289-291).

Para *Trindade et al.* (2009, p.133), “o instituto do juiz de paz encarna as contradições de seu momento histórico. Esse magistrado era incumbido de mediar os interesses de um Imperador absolutista, ao mesmo tempo em que devia zelar por garantias individuais típicas do liberalismo dos séculos XVIII e XIX. Em certo sentido, a figura do juiz de paz encarna a dicotomia estabelecida entre absolutismo e liberalismo que permeia toda discussão sobre teoria do Direito e do Estado durante o Brasil Império.”

Conforme afirma Thomas Flory (*apud* Rodycz, 2003), “o juiz de paz representou uma tentativa de revitalizar a administração local, resgatando os poderes de três instituições portuguesas moribundas, reunindo-os nas mãos de um único magistrado, mais poderoso.”

4 O PAPEL DOS MAGISTRADOS NA FORMAÇÃO DA ELITE INTELLECTUAL E ADMINISTRATIVA NACIONAL

O período imperial no Brasil demarcou as bases para a construção da organização política e administrativa do país, sendo a máquina administrativa formada pela elite

intelectual da época (CARVALHO, 2007). O reconhecimento dos juízes como atores privilegiados desse processo é unânime entre os autores que se dedicaram ao estudo da magistratura e da formação intelectual nacional³.

Antonio Carlos Wolkmer (1997) destaca que os juízes tiveram papel fundamental na formação das instituições nacionais, definidores da organização político-administrativa imperial por desempenharem na prática uma das primeiras atividades públicas com caráter profissional. José Murilo de Carvalho (2007) defende que no período imperial o emprego público era a ocupação profissional que mais favorecia uma orientação estática de Estado, e na sua visão, os magistrados eram o melhor exemplo disso, apresentando elementos intelectuais, ideológicos e práticos que favoreciam o estatismo. Para o autor:

[...] foram [os magistrados] os mais completos construtores de Estado no Império, especialmente os da geração coimbrã. Além das características da educação, discutidas no último capítulo, eles tinham a experiência da aplicação cotidiana da lei e sua carreira lhes fornecia elementos adicionais de treinamento para o exercício do poder público. (CARVALHO, 2007, p.99).

Wolkmer (1997) atribui à influência luso-liberal a formação da elite burocrática do poder imperial no Brasil, destacando-se a figura dos juízes como legitimados para a construção das instituições políticas nacionais. Na sua visão, os magistrados da época representavam os interesses das elites dominantes e tinham como atividade profissional resolver os conflitos de interesses dessas elites. O autor aponta, destacando Thomas Flory (1986, p. 63-65), que o exclusivismo intelectual da magistratura foi gerado com fundamento nos princípios e valores alienígenas (na sua maioria profissionais formados na Universidade de Coimbra), o que os transformava em uma elite privilegiada e distante da população, o que demonstrava estarem os juízes mais aptos a servir os interesses da administração da época. Tais características desencadearam as forças liberais a lutarem por reformas institucionais, o que resultou no processo de constitucionalização, dando

³ Destacam-se José Murilo de Carvalho, Thomas Flory, Victor Nunes Leal, Antonio Frederico Zancanaro, Andrei Koerner e Antonio Carlos Wolkmer.

origem à Constituição de 1824 e à criação das Faculdades de Direito em 1827, culminando tais lutas na Reforma Judiciária de 1871.

José Murilo de Carvalho (2007) defende que paulatinamente foi ocorrendo o afastamento da elite, representada pelos magistrados, e a entrada de profissionais liberais na maioria advogados, nas esferas de governo, especialmente a partir da segunda metade do século XIX. Para o autor, as diferenças entre magistrados e advogados na época eram grandes, já que os magistrados foram formados em grande parte em Coimbra e os advogados na sua maioria foram educados no Brasil, a partir da criação dos cursos jurídicos em 1827.

Dentro dessa perspectiva, é que as forças liberais da segunda metade do século XIX começaram a exigir mudanças, sendo que a Reforma Judiciária de 1871 impôs significativa alteração do quadro institucional com a criação dos juízes de paz e o estabelecimento do sistema participativo de jurado, esse último introduzido pela Carta de 1824 e consagrado pelo Código de Processo Criminal de 1832); tendo tais mudanças o objetivo de retirar os poderes políticos da elite judicial da época (THOMAS FLORY, 1986, p. 63-65).

Dallari (2003) aponta que a imagem do juiz sempre esteve ligada à da elite desde a Revolução Francesa, e que os juízes foram primeiramente ligados à nobreza, especialmente porque “vendiam muito caro suas decisões”. Destaca o autor que alguns historiadores franceses dizem que se criou na época um ódio aos juízes, já que as pessoas tinham medo deles. O autor também defende que os juízes além de fazerem parte das elites intelectuais, atuavam em nome das elites no poder, destacando o caso brasileiro do período da ditadura em que os julgadores aceitaram os atos institucionais, os atos complementares e julgaram de acordo com a normativa imposta pelos militares.

Nesse sentido, compreender a organização dos poderes estatais lança luz para a compreensão da evolução histórica institucional do Poder Judiciário no Brasil e sua prática hodierna.

5 TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

*Montesquieu*⁴(2003), ao construir seu modelo político, objetivou evitar a concentração de poderes em um único órgão estatal, tendo por base a Constituição da Inglaterra. *Montesquieu* definiu a estrutura do seu sistema em que o governo deveria ser moderado, os poderes divididos, e definidas as atribuições de cada um deles, cada um controlando o outro para que não houvesse arbítrio. A teoria original afirmava que a liberdade política não estaria presente quando os poderes estivessem fundidos, o que ocasionaria abusos por parte daquele que o concentra.

Na verdade, os fundamentos da separação de poderes e das ideias montesquianas surgiram em *Locke* (2006), destacando-se nesse autor o Poder Legislativo como poder supremo e hierarquicamente superior, por isso competente para elaboração das leis que regulam as relações da sociedade e assim devendo ser respeitadas por todos, já que dele decorre a vontade popular, a não ser excepcionalmente quando não se coaduna com o bem estar social.

Já o Poder Judiciário em *Montesquieu* apresentava funções muito diferentes das contemporâneas, a falta de Constituição escrita torna distante dos dias atuais a noção da época de juiz e Judiciário. Para ele, o Poder Judiciário deveria ser um poder *nulo*, pois não poderia influenciar o corpo político em suas decisões de governo.

A mola mestra base da separação de poderes de *Montesquieu* é a lei, por isso as funções dos poderes giram em torno da confecção, execução e interpretação da lei, o que nos permite afirmar estarmos diante de uma teoria jurisdicista. Para o autor, a necessidade da separação de poderes se traduz na necessidade de dividir o exercício dos poderes de governo entre as classes sociais da sua época, povo, nobres e realeza; e assim, fazer leis que conjugassem os interesses de todas as classes sociais envolvidas na sua produção.

⁴ O espírito das leis. Livro XI, caps. 1 a 6.

Os comentadores de *Montesquieu* fazem crer que a ideia central dos três poderes é na verdade uma teoria de igualdade dos poderes (WEFFORT, 2006). O regime ou governo ideal na visão de *Montesquieu* seria aquele em que o poder das forças sociais contrariasse e moderasse o poder das demais, de forma que arranjos institucionais fossem desenvolvidos para impedir que alguma força política prevalecesse sobre as demais. Um olhar crítico sobre a obra de *Montesquieu* torna possível vislumbrar a doutrina liberal de que o governo ideal é aquele com poucas leis para comandar a vida dos cidadãos, e isso só será conseguido através do impasse entre os poderes e as classes sociais que os formam em fazê-la. O impasse gerado por ideais e interesses opostos é o cerne da teoria de *Montesquieu*, e os sistemas de governo que se seguiram tentaram resolver a questão posteriormente, o parlamentarismo e o presidencialismo, cada um a sua maneira.

5.1 O PRESIDENCIALISMO

No campo teórico é clara a influência que as ideias de *Montesquieu* tiveram para a adoção de uma rígida separação de funções entre órgãos especializados, além do princípio do Poder Executivo unipessoal e a atenuação da rigidez do sistema através da técnica de freios e contrapesos típicos do sistema presidencialista, em que as funções representativa, administrativa e de governo estão concentradas nas mãos do Presidente da República. Renault (2004) aponta o lado negativo do sistema presidencialista em que a atuação do governo se confunde com a pessoa do Presidente da República.

Esta coincidência ou sobreposição de atribuições faz com que a representatividade do espírito nacional, que erige seu depositário em verdadeiro vínculo moral entre governo e povo, se confunda com a atuação do governante, mitigando a primeira em detrimento desta e anulando a possibilidade de que este exerça uma salutar função moderadora no âmbito da política interna. (RENAULT, 2004, p.50).

A concentração de tais funções em uma única pessoa contamina com interesses políticos as funções de mediação e administração, o Presidente da República se torna árbitro de si mesmo e impregna a execução das políticas públicas legislativas com o

partidarismo. Giovanni Sartori (1996) culpa o presidencialismo pelo fracasso da separação de poderes proposta pelos americanos, afirmando que:

[...] os estadunidenses têm um maquinaria constitucional desenhada para a paralisia governamental, defeito que surge com toda a sua força quando se exporta o seu presidencialismo [...] O problema reside no princípio de separação de poderes adotado, que mantém os presidencialismos na América Latina em perene e instável oscilação entre o abuso do poder e a falta do mesmo. (SARTORI, 1996, p.109/110).

O que se observa é que o sistema de separação de poderes foi construído pela lógica liberal de intervenção e atuação mínima do Estado na vida privada, isso justifica a construção de um sistema que “trava” e não funciona. Mais especificamente sobre o sistema presidencialista, *Duverger* (1985) afirma que o sistema eleitoral escolhido é um dos fatores que contribuem para esse “travamento”, podendo-se afirmar que um regime de governo só possui governabilidade plena quando há possibilidade de formação de maiorias absolutas, tanto no parlamentarismo (que só funciona bem no bipartidarismo) quanto no presidencialismo. Nesse contexto, não formando maiorias, o Chefe de Governo possui limitadíssimas possibilidades de dar efetivo cumprimento à agenda legislativa, sendo necessária a formação de alianças não ideológicas e a concessão de benefícios políticos em nome da governabilidade, dependendo muitas vezes de pequenos partidos para a formação de maiorias absolutas. Por essas razões, *Negretto* (2002) caracteriza o presidencialismo como “governo dividido e ingovernável”, consequências da separação de poderes aplicada ao sistema presidencial. Aponta o autor que a falta de governabilidade tem sua origem na falta de consenso ou acordo, decisões unilaterais e no grande poder dado ao Presidente da República, exemplificando com os poderes legislativos emergenciais e regulamentares. O autor acusa de degradados os regimes democráticos que sofrem com as paralisações legislativas e que só tem como saída as decisões unilaterais, e em alguns casos extra constitucionais, não por acaso as ditaduras se instalaram na maioria dos países da América Latina que exportaram o presidencialismo americano, e talvez por isso a corrupção corroa os sistemas políticos desses países quase como regra geral.

Tal contexto torna favorável a atuação do Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais através do fenômeno conhecido como “judicialização da política” e “politização da justiça”, dando margem ao julgador para interferir na criação e execução de políticas públicas de competência exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo.

6 O PODER JUDICIÁRIO DE HOJE

O Poder Judiciário na ordem política contemporânea assumiu um papel bem diferente daquele idealizado por *Montesquieu* e pelos autores de *O Federalista*⁵, especialmente com relação ao controle de constitucionalidade das leis.

Louis Favoreu (2004) expõe as características dos modelos existentes de controle de constitucionalidade das leis e critica o modelo americano de controle difuso, que entende dar margem à atuação política do juiz. O Brasil adotou o sistema híbrido ou eclético de controle de constitucionalidade, em que convivem o controle concentrado feito por um único órgão jurisdicional, e o controle difuso exercido por todos os membros do Poder Judiciário.

Diferentemente do Poder Judiciário de *Montesquieu*, hoje se observa que, com a disseminação do sistema presidencialista ao longo do mundo, a função judiciária ganhou alcance, por não existir na teoria originária, um fiscal que controlasse a atividade governamental. Mas o que se vê, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal é que o controle de constitucionalidade das leis por parte do Judiciário está indo muito além da simples fiscalização, já que não há um fiscal do fiscal.

6.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Os fenômenos da “judicialização da política” aparece quando se fala em exercício da jurisdição constitucional, que nasceu na pioneira decisão *Marbury x Madison* proferida em 1803 pela Suprema Corte norte-americana. Na verdade a possibilidade de seu exercício não estava expresso ou de qualquer outra forma era autorizada pela

⁵ Edição brasileira de Madison, Hamilton e Jay (1993).

Constituição americana, e como não havia regra impeditiva, a Suprema Corte se auto-atribuiu a função de *judicial review* ou de controle de constitucionalidade das leis.

Tomando como base o modelo brasileiro, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 189, 207, 211 e 214) entende ser a Constituição de 1988 a grande responsável pelo fenômeno da “judicialização da política” e “politização da justiça”, especialmente em razão da grande quantidade de garantias e direitos fundamentais expressos em seu corpo normativo, impossíveis de realização imediata em graus idênticos e quantidade semelhante para um Estado de Bem Estar Social. O autor também afirma, contrariamente ao que se poderia supor, que a “judicialização da política” e “politização da justiça” fazem com que o Poder Judiciário perca prestígio:

A verdadeira finalidade das teorias de interferência nas atribuições do Poder Judiciário, como a de controle externo, é de politizar a justiça no sentido de reclamar e impor, aos juízes e tribunais, um padrão politicamente correto de decisão. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 216).

A doutrina americana também discute a atuação do Poder Judiciário nos dias de hoje, dentre eles se destaca *Neal Tate* (1995), que afirma haver um fator preponderante que leva à “judicialização da política”, é a delegação de decisões do Poder Legislativo ao Poder Judiciário. Também entende o autor norte-americano que existem questões onde o custo político de uma decisão é muito alto e por isso estas decisões acabam nos tribunais ao invés de serem tomadas pelos verdadeiros legitimados, os parlamentares e administradores públicos.

A usurpação das atribuições dos outros poderes pelo Poder Judiciário, causa o que Cézár Saldanha (1978) chamou de crise de governabilidade do sistema presidencialista, propondo para solucioná-la uma reforma institucional com a redefinição dos papéis dos poderes dentro dos Estados. Moro (2004) ao defender a autocontenção dos juízes no controle de constitucionalidade das leis, conclui afirmando que os juízes constitucionais precisam compreender seu papel secundário no regime democrático, embora relevante. Em suas palavras:

Cabe aos representantes eleitos pelo povo a primazia na formulação das políticas públicas, o que fazem principalmente através do processo legislativo. [...] Os encarregados da formulação das políticas públicas

são o Legislativo e o Executivo, não devendo o Judiciário pretender substituí-los nessa função. (MORO, 2004, p.155/204).

A doutrina que defende a politização das decisões do Poder Judiciário, especialmente em sede de jurisdição constitucional, reconhece que um de seus fundamentos é a má atuação dos demais poderes, ou por inércia legislativa ou por inação por parte do Executivo, sendo o fundamento último de tal atuação a necessidade de efetivação e concretização dos direitos fundamentais.

7 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O *Welfare State* trouxe grandes mudanças ao demandar uma maior atuação estatal, o cidadão precisava, a partir daquele momento, ter atendidas suas necessidades e efetivar a grande gama de direitos fundamentais, especialmente direitos sociais, previstos nas Constituições modernas, sendo a Constituição de 1988 um importante exemplo dessa mudança.

Dallari Bucci (2008) observa que a realização dos direitos fundamentais está condicionada a um papel ativo do poder público, destacando o papel fundamental do Poder Executivo na concretização constitucional e na aplicação das normas constitucionais. Mas a autora reconhece a dificuldade na construção de um novo paradigma de concretização da disposição constitucional, especialmente quando se fala no crivo de outras esferas de hermenêutica dessa forma de reenvio às normas, legislativas e administrativas, como o Poder Judiciário no caso brasileiro. Já *Perez Luño* (2001) analisa os direitos fundamentais face às normas constitucionais programáticas, normas que levam o legislador a concretizar em um futuro próximo suas disposições. Na sua visão, há o problema da demora excessiva no cumprimento dos direitos inseridos em normas programáticas no plano político, causando desencanto de amplos setores sociais, especialmente os mais interessados na sua efetivação. Para ele, as normas programáticas de direitos e liberdades básicas contêm pouco valor jurídico pois são meras enunciações normativas, mas possuem valor político pois significam um compromisso que vincula toda a orientação política estatal. O autor entende que os direitos fundamentais possuem

a função e aparecem como princípios organizadores na medida em que colocam limites ao Poder Executivo e Legislativo.

8 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O moderno Estado de Direito trouxe questões desafiadoras para a Teoria Constitucional, a clássica separação de poderes proposta por *Montesquieu* já não consegue responder aos anseios de realização dos inúmeros direitos fundamentais colocados à disposição dos cidadãos. Dallari Bucci (2006) afirma que no caso brasileiro a questão é muito mais grave já que a Constituição de 1988 foi carregada de direitos com o objetivo de atender à necessária redemocratização pelo qual o país passava na época, o que na sua visão traz um grande desafio de concretização de tais direitos.

Os críticos consideram ingênua a “inflação de direitos” promovida nesse processo. Alertam que o fato de que, como disse certa vez um jurista, “a Constituição não cabe no PIB”. Haveria um excesso de direitos, correspondentes a aspirações sociais cuja satisfação depende da macroeconomia, da organização dos setores produtivos, da inserção do Estado na economia mundial, enfim, de variáveis estranhas ao direito. (BUCCI, 2006, p.04).

O que ocorre na prática é que o argumento da urgência na efetivação dos direitos fundamentais faz o Poder Judiciário assumir um protagonismo na concretização de tais direitos através, dentre outros artifícios, da conformação judicial das políticas públicas, produzindo os fenômenos da “judicialização da política” e “politização da justiça”. Atuação essa imprópria, uma vez que a formulação de políticas públicas é atribuição, em regra, do Poder Executivo dentro dos limites estabelecidos pelo Poder Legislativo. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005) entende que o Poder Judiciário está proibido de analisar questões políticas em nome do princípio da justicialidade que tem como fundamento a separação de poderes, mas reconhece a possibilidade de intervenção excepcional no caso de atos vinculados, em que o magistrado se limitará a analisar a legalidade do ato. Para evitar que o Judiciário substitua o legislador e o administrador público na criação e opção por essa ou aquela política pública, devem ser criados mecanismos e parâmetros para que o Poder Judiciário atue na fiscalização e análise da

compatibilidade das leis produzidas com as normas constitucionais, atividade legitimada através da jurisdição constitucional, isto é, do controle de constitucionalidade das leis.

Já *Linares Quintana* (1965) afirma que a subordinação da função judicial à função legislativa é um conceito fundamental do nosso ordenamento jurídico tal como propôs *Montesquieu*. Ademais, o juiz não pode eleger arbitrariamente as normas e princípios que pessoalmente considere mais justos, já que sua atividade criadora está condicionada aos elementos culturais nacionais que demarcam a regulação jurídica. Dessa forma, a hermenêutica constitucional e a utilização de um método próprio de interpretação são importantes instrumentos para que o magistrado não ultrapasse os limites da interpretação do texto constitucional e também condicione a atividade jurisdicional a certos limites. Sobre hermenêutica e interpretação constitucional, *Eduardo Garcia de Enterría* (1985, p. 130-134) defende que o Tribunal Constitucional deve aplicar critérios e métodos de interpretação e aplicação próprios sem que isso signifique uma ruptura do sistema jurídico. Dessa forma, a limitação deve vir através de princípios estabelecidos na Constituição e que constituem a parte mais importante da Carta.

Neste artigo defendemos que não é pela via do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade das leis que os direitos fundamentais devem ser efetivados. Maria Paula Dallari Bucci (2009) apresenta argumentos de ordem político-institucional para a limitação da atuação jurisdicional em tema de efetivação de direitos fundamentais em políticas públicas. Os argumentos são a separação de poderes prevista no art. 2º da Constituição Federal, o déficit democrático do Poder Judiciário e as limitações técnicas do Poder Judiciário para a apreciação das políticas públicas.

Destacaremos o argumento do déficit democrático do Poder Judiciário, que indica a falta de legitimidade do Poder Judiciário para o exercício das funções próprias dos Poderes Legislativo e Executivo, cujos titulares neles foram investidos por força do voto. A autora esclarece que na verdade o Poder Judiciário poderá atuar como instância judicial revisora e limitada dos atos dos outros poderes.

A falta de legitimidade do Poder Judiciário, para Dallari Bucci (2009), ocorre pela não responsabilização política do juiz pelo teor da decisão, no sentido de sua não exposição à fonte de legitimação do poder pelo exercício do voto.

A autora marca em sua argumentação a diferença entre a lógica da decisão judicial e das políticas públicas, sendo a última parte de uma lógica aglutinadora de perspectivas e informações, que ao final se enfeixam na estratégia de decisão e implementação finalmente adotada.

Cristina Queiroz (2002) critica a postura dos tribunais de “administradores públicos” pois falta-lhes legitimidade política e instrumentos básicos para a gestão de políticas de bem-estar social. A autora critica os excessos, mas defende a garantia dos tribunais, em especial a de fazer a delimitação jurídico-funcional e a coordenação dessas esferas de liberdade e pretensões no caso concreto. E fala mais, que tomar ou restringir os fins legislativos não é tarefa do poder judicial, mas sim do legislador.

9 DADOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PRATICADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

A efetivação dos direitos fundamentais por meio da atuação do Poder Judiciário vem ganhando bastante destaque, especialmente entre os teóricos do Direito. “Ativismo judicial”, “litígio estratégico”, “politização da justiça”, “judicialização da política”, são muitas das facetas de um fenômeno festejado e que a cada dia ganha mais adeptos, especialmente no Brasil.

Costa e Zaiden (2014) se debruçaram sobre a produção de dados sobre o sistema concentrado de controle de constitucionalidade no Brasil, tal como hoje desenhado, e a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Os autores realizaram pesquisa empírica no Supremo Tribunal Federal (STF), analisando aproximadamente 94% dos processos ajuizados no tribunal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em uma atuação ao longo de 24 anos. Os resultados apontam que o perfil geral das decisões e dos atores das ações, combinados com o perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade, conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos, e que

apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecerem proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. Os autores concluem sua pesquisa com a afirmação de que muito mais do que defender os direitos e garantias fundamentais, o controle concentrado de constitucionalidade é um grande instrumento para a defesa de interesses corporativos, explicitando-se, assim, uma clara dissonância entre discurso doutrinário e prática judicial.

Na mesma linha, ao refletir sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle de constitucionalidade das leis, Valle (2014) afirma que não há a definição de uma zona discricionária reservada à Administração Pública, ou algum tipo de deferência que deve ser atribuído às escolhas administrativas. Como resultado, o chamado controle das políticas públicas em direitos, no caso do seu estudo, voltado para o direito à moradia, não é instrutivo, mas apenas por censura, é uma relação não-dialógica entre o Tribunal e a Administração. Da mesma forma argumenta Rodríguez-Garavito (2011) ao se referir à realidade brasileira, reconhecendo que a interferência do Poder Judiciário no Brasil é muito grande, a ponto de que no país as Cortes decisivamente formatarem a prestação de serviços sociais fundamentais, tais como a saúde.

10 CONCLUSÃO

A relação e a atuação dos poderes de Estado são discutidas neste artigo, apontando a construção da imagem do juiz historicamente no Brasil e tendo o dia a dia como pano de fundo, considerando-se a atuação dos juízes no Império e na atualidade.

Um olhar sobre a realidade político-institucional brasileira hoje, demonstra a notoriedade dos fenômenos da “judicialização da política” e “politização da justiça”, onde entendemos que as discussões essenciais devem girar em tornos das formas de controle dessa prática, daí a importância da pesquisa social e acadêmica para a superação do atual modelo, para que sugestões e propostas inovadoras limitem o ativismo judicial.

Assim, observa-se que os magistrados, que tiveram um papel fundamental na formação das instituições nacionais desde o período imperial, definindo a formação da organização político-administrativa do país, até hoje influenciam as decisões políticas fundamentais da nação, talvez por isso as “Reformas do Judiciário” buscam limitar até hoje os poderes dos juízes de direito na condução dos destinos do país.

Corroboramos com o entendimento de que é necessário superar as práticas judiciais deturpadas pelo sistema presidencialista moderno e pela adoção do sistema eleitoral proporcional e multipartidário, devendo o pesquisador do direito refletir sobre a atuação do Poder Judiciário que vise substituir os Poderes Legislativo e Executivo na implementação e execução de políticas públicas, sob o argumento de efetivação de direitos fundamentais e que só causa a desorganização estatal. Uma política pública de governo, que objetive efetivar direitos fundamentais, é construída por arranjos institucionais complexos para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, e dessa forma o poder público pode escolher, de acordo com critérios objetivos, quais as áreas e setores prioritários para investimento naquele momento específico. A urgência no provimento jurisdicional para a efetivação dos direitos fundamentais levados à jurisdição constitucional, pode fazer com que o Poder Judiciário, muitas vezes, cause a desorganização de políticas públicas já existentes ou a retirada de recursos de outra ação em andamento ou planejada, o que é mais grave. A seleção de direitos pelo critério do filtro, isto é, determinado pelo acesso de um cidadão ao Poder Judiciário, torna financeiramente impossível para o Estado de um país subdesenvolvido como o Brasil a realização de todos esses direitos na mesma proporção, onde os recursos são limitados e os direitos constitucionais à disposição do cidadão são muitos. Dessa forma, está claro que a efetivação dos direitos fundamentais é tarefa e atribuição constitucional dos Poderes Legislativo na sua formulação, e do Poder Executivo na execução de tais planos, e que a atividade jurisdicional deve compreender apenas o processo de fiscalização na execução das políticas públicas concretizadas dentro da atividade política.

A grande gama de direitos fundamentais previstos no texto constitucional que necessitam de efetivação também são grande parte do problema pois o Constituinte de

1988 buscou tutelar os direitos fundamentais reconhecidos universalmente, mas, como afirma *Giuseppe Vergottini* (2006), o modelo ocidental dos direitos humanos não é compatível com todas as formas de Estado, e dessa forma, os regimes constitucionais dos direitos humanos e o das cartas e declarações internacionais, relativas a concretas áreas geográficas e culturais, devem individualizar suas acepções para adaptar seus direitos fundamentais de acordo com os valores aceitos e possíveis de serem realizados para a realidade daquele Estado.

A Constituição de 1988 se enquadra também como um típico modelo de Constituição latino americana, apontando *Gargarella* (2015) que essas Constituições se caracterizam por acumular pretensões opostas da sociedade através da positivação de uma grande gama de direitos, que pretende fazer a representação de toda a diversidade social existente, o que gera, na sua visão, muitas promessas de efetivação, instabilidades e incertezas jurídicas futuras, propiciando a excessiva interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas. Outro ponto apresentado por *Gargarella* (2015) na famosa Aula Magna proferida na Cidade do México, é que a organização de poderes nos países latino-americanos apresenta um sistema concentrado no Poder Executivo, desequilibrando a clássica Teoria de Separação de Poderes de *Montesquieu*. Ao final da Conferência Magna, o professor argentino sugere uma mudança institucional que efetive os direitos humanos, já que um Poder Executivo muito forte desequilibra o sistema de freios e contrapesos, na sua visão.

O trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema ou dar soluções para os muitos desafios da democracia brasileira, mas defende um modelo que deva reunir arranjos institucionais compatíveis com a proteção de direitos fundamentais em uma sociedade que combina heterogeneidade estrutural com pobreza e desigualdade social, superando as práticas judiciais adjudicantes da prática política, ressaltando a necessidade de construção de fluxos e protocolos que assegurem e fortaleçam a relação interinstitucional entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no Brasil.

REFERÊNCIAS:

BUCCI, M. P. D. *Controle Judicial de Políticas Públicas: Possibilidades e Limites*, in: Maria Victoria de Mesquita Benevides; Gilberto Bercovici; Claudinei de Melo (org.). *Direitos Humanos, Democracia e República*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

_____. *O art. 209 da Constituição 20 anos depois. Estratégias do Poder Executivo para a Efetivação da Diretriz da Qualidade da Educação Superior*. in: Binenbojm, Gustavo; Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. (org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *O conceito de política pública em direito*. in: BUCCI, M.P.D. (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Alberto Antônio de Moraes. *Praxe Forense ou Directorio Pratico do Processo Civil Brasileiro conforme a actual legislação do Império*. RJ: Eduardo e Henrique Laemmert editores. 1850.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

COSTA, Alexandre; ZAIDEN BENVINDO, Juliano. *A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais* (Abril 1, 2014). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>. Acesso em: 14 jul. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Independência da Magistratura e Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari21.html>. Escrito em 2003>. Acesso em: 04 out. 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DUVERGER. *Os grandes sistemas políticos*. Coimbra: Almedina, 1985.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direitos humanos fundamentais*, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado em el Brasil imperial*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 63-65.

GARGARELLA, Roberto. *Por uma Constituição para a Cidade do México (Hacia una Constitución para la Ciudad de México)*. Conferência ocorrida em 9 de fevereiro de 2015,

no Senado do México. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sDVnzN2XzeY>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Curso de história do direito*. São Paulo: Método, 2013.
_____. *O oráculo de Delfos. Conselho de Estado e direito no Brasil oitocentista*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARTINS PENA, Luís Carlos. O Juiz de paz da roça. Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000103.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

MEIRELLES, Delton R. S. *Os juízes leigos na experiência regencial republicana”(1832/1841)*. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 25, 2009, Fortaleza. Anais do XXV Simpósio Nacional de História – História e Ética. Fortaleza: ANPUH, 2009. Disponível em: <<http://anais.anpuh.org/?p=18215>>. Acesso em: 04 out. 2016.

MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEGRETTO, Gabriel L. *Hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina*, in: *Estado de derecho: conceptos, fundamento y democratización en América Latina*. Mexico: siglo XXI editores, 2002.

PEREIRA, Magnus Roberto de Mello. *Formas de controle do cotidiano da população urbana setecentista: o direito de almotaçaria*. Revista Estudos Ibero-Americanos. PUCRS, v. XXVII, n.1, p.75-102, junho 2001. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/viewFile/24512/14589>>. Acesso em: 04 out. 2016.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: Editora Jalovi, 1983.

POSNER, Richard. *Law & Literature*. 3. ed. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.

RENAULT, Christiana Noronha. *Os Sistemas de Governo na República*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*. Texas Law review, Vol. 89, 2011, pp. 1669-1698.

RODYCZ, Wilson Carlos. *O juiz de paz imperial: uma experiência de magistratura leiga e eletiva no Brasil*. 2003. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/02-Wilson_Rodycz.pdf>. Acesso em: 04 out. 2016.

ROMERO, Sílvio. *História da literatura brasileira*. 5a. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, t. IV. SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*. Brasília: UnB, 1996.

SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *A crise da democracia no Brasil – Aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TATE, Neal. *Why the expansion of judicial power?* in: The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995.

TRINDADE, André Karam; ROSENFELD, Luís; e CALGAR, Júlia Marmentini. *Constituição, absolutismo e liberalismo. Um retrato da magistratura imperial em O juiz de paz na roça, de Martins Pena*. Revista Brasileira de Direito, 11(2): 126-136, jul.-dez. 2015. IMED – Faculdade Meridional – Passo Fundo - RS. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/927>>. Acesso em: 04 out. 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective (Tutela judicial do direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparada)*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 67-102, maio/ago. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40511>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

VERGOTTINI, Giuseppe. *Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización*. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, num. 18, 2006. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2173284.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2010.

WEFFORT, Francisco C. (org.) *Clássicos da Política*. v. 01. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos *A magistratura brasileira no século XIX*. REVISTA CCJ, N.º 35, Ano 19, dezembro de 1997 - p. 24-30. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq35Wolkmer-MagistraturaBSXIX.pdf>. Acesso em: 04 out. 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.