

A Judicialização da Política no Brasil e o Comportamento Decisional dos seus Magistrados: Análise sob a Perspectiva do Materialismo Histórico-Dialético de Gramsci

PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA

Professor, UNIPÊ, João Pessoa, Paraíba, Brasil.

E-mail: phsilva13@gmail.com

RESUMO. Este estudo tem por objeto o comportamento decisional dos magistrados brasileiros de primeira instância, considerando o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política, no qual, o Poder Judiciário, a partir da segunda metade do Século XX, passou a enfrentar temas alusivos à legalidade estrita dos atos da administração e a aferir se as políticas públicas estão em consonância com os ditames programáticos das normas constitucionais. Diante dessas novas tarefas conferidas ao Judiciário, investiga-se qual seria o comportamento assumido pelos magistrados, partindo-se da hipótese de que, paradoxalmente, eles continuam a operar de forma contida, sem se aproveitar da integralidade das perspectivas interpretativas que se abrem com essa nova configuração institucional. A compreensão do que ocorre com os juízes, todavia, restou ampliada e foi feita com base na perspectiva do materialismo histórico-dialético, revelando que o Judiciário pode ser considerado como um ambiente micro-hegemônico, inserido que está numa concepção ampliada de Estado, no qual se desenrola uma luta diuturna entre intelectuais orgânicos ligados às classes dirigentes e os que defendem o ideário das classes subalternas, visando à formação e à disseminação de um senso comum jurídico, reposicionando-se, inclusive, a noção que se tem hoje de ativismo judiciário.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Judicialização da política; Comportamento Decisional.



A Judicialização da Política no Brasil e o Comportamento Decisional dos seus Magistrados: Análise sob a Perspectiva do Materialismo Histórico-Dialético de Gramsci

PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA¹

INTRODUÇÃO

Iremos aqui abordar o comportamento decisional dos magistrados brasileiros de primeira instância, sob a perspectiva daquilo que se convencionou chamar *judicialização da política*. Não se trata de elaborar simplesmente perfis de magistrados ou mera classificação de atitudes decisórias, estas bem ao gosto da jurimetria. Tampouco, pretende-se aqui prescrever medidas que impliquem na adoção de um determinado padrão de comportamento, nos moldes pavlovianos, pressupondo que os juízes não detenham autonomia funcional suficiente para adotarem as decisões que melhor se ajustem aquilo que entendem por direito e afinadas com suas convicções pessoais. Veremos aqui que não há apenas elementos internos que interferem na condução do ato julgar, a partir da própria história de vida de juiz, mas, especialmente, existem componentes externos, relacionados com as relações de produção, que atuam no processo de tomada de decisão.

Tais condicionantes têm origem comum no ambiente em que se insere o sujeito que decide e podem apresentar manifestações no produto da sua atividade. Daí, estudar o comportamento decisional exige uma abordagem que relacione esses componentes: o sujeito, o

¹ Paulo Henrique Tavares da Silva é Doutor e Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB; professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Unipê-JP, ESMAT 13 e ESA-PB; Juiz do Trabalho, Titular da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB.

ambiente e o produto de sua atividade. O ambiente é um componente mediador por excelência, estando integrado por uma quantidade riquíssima de elementos onde o julgador vai extrair as matérias-primas da sua decisão, representadas pelo direito posto, precedentes de outras instâncias julgadoras, experiências individuais, opinião pública, riscos a serem ponderados, possibilidades para efetivação da decisão, dentre tantas outras. Como ambiente mediador e relacional, podemos afirmar que essas influências apresentam mudanças se considerarmos os fatores tempo e espaço. Os elementos que compõem o ambiente decisional do século XXI obviamente não os mesmos do século XIX, variações que igualmente podem ser sentidas de região para região, num mesmo contexto histórico, a depender do grau de desenvolvimento socioeconômico de cada uma.

Iremos aqui abordar como se dá o comportamento decisional da magistratura brasileira de primeira instância no contexto da judicialização da política. Isso porque, notadamente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, percebe-se um movimento de crescente invasão do Judiciário em questões ligadas à formulação de políticas públicas, objetivando emprestar efetivação aos direitos fundamentais, que igualmente assumem uma retórica de universalização. No Brasil, tal movimento se dá a partir da vigência da Constituição de 1988, lastreado no seu caudaloso catálogo direitos e garantias fundamentais.

Essa ampliação do espaço normativo, por um lado, implicou num incremento das funções exercidas pelo executivo, dada sua condição de agente do desenvolvimento econômico e, por outro lado, a constatação de que os parlamentos não possuem capacidade normativa para acompanhar as demandas sociais crescentes, fato que

obrigou o Judiciário a participar efetivamente na formatação de decisões políticas, a partir da abertura dada pelos textos constitucionais. Sob o contexto da judicialização da política, passa-se a considerar, abertamente, sobre a inserção de razões extrassistêmicas no processo decisório, a exemplo de ponderações acerca da ordem econômica e razões de governança (princípio da reserva do possível). Há que se destacar, noutro lado, que em nosso país essas questões passam a fazer parte do cotidiano da magistratura como um todo, haja vista o desenho que se deu à função jurisdicional, pelo qual desde a primeira instância já se pode falar em adequação constitucional e efetivação dos direitos fundamentais, não sendo reservada a uma Corte específica tais declarações, embora, sabidamente, há um organismo especializado e que ocupa uma posição de supremacia no sistema judiciário.

Paradoxalmente, essa liberdade teórica no ato decisional não se vê na prática das instâncias inferiores. Partimos, assim, da hipótese, pela qual se percebe a presença de um *comportamento contido* dos juízes, restrição cuja origem não é meramente subjetiva, mas essencialmente institucional, com raízes fincadas no processo de reprodução ampliada do capital, implementada a partir da própria constituição do Poder Judiciário como um ambiente hegemônico e centralista.

Trata-se de estudo de natureza explicativa, a partir da perspectiva do materialismo histórico-dialético, especialmente considerando os contributos dados por Antonio Gramsci em sua obra maior, *Os Cadernos do Cárcere*, visando-se demonstrar que o Judiciário forma um ambiente micro-hegemônico, capaz de produzir um comportamento judicial favorável aos interesses das classes dirigentes. A partir das noções de hegemonia, bloco de poder, mercado determinado e intelectualidade orgânica, perceberemos que

termos usualmente utilizados quando se trata do tema, mesmo a própria judicialização da política e o ativismo judicial, figura a ela associada, passam por uma reconfiguração severa.

O desenvolvimento daquilo proposto envolve, como prévia, a fixação de determinados marcos metodológicos, referentes à utilização do materialismo histórico-dialético como ferramenta teórica ao enfrentamento do problema. Uma vez esclarecida a estratégia de abordagem, se se considera que a judicialização da política representa a ultrapassagem dos limites historicamente impostos ao Judiciário quanto aos demais poderes do Estado e, concomitantemente, uma invasão por ele praticada em espaços inexplorados da sociedade civil, faz-se necessário promover uma análise dessas duas perspectivas, a partir do modelo metodológico eleito, questionando-se, assim, o senso comum que se tem acerca do momento vivenciado pela magistratura nas modernas democracias. Uma vez esmiuçadas essas duas perspectivas, a partir de uma concepção ampliada de Estado promovida pelo ideário gramsciano, iremos estabelecer o que realmente seria um comportamento ativista, contido ou mesmo indiferente ao que se passa na realidade.

1- JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UM BREVE HISTÓRICO

Pode-se afirmar a judicialização da política tem como marco temporal inicial a decisão adotada em 1954, por unanimidade pela Suprema Corte Americana, no processo *Brown v. Board of Education of Topeka*², que reconheceu a prática de segregação racial nas escolas públicas, representando expressiva conquista do movimento dos

² 347 US 483, disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

direitos civis naquele país. Dali em diante, outras questões referentes à formulação de políticas públicas e reestruturação de aparatos burocráticos do Estado passaram a ser pauta de demandas judiciais, a exemplo da proteção da pessoa frente a abusos policiais, a necessidade de tratamento humanitário em hospitais e prisões, a imposição de se adotar o devido processo legal em ações que versem quanto à seguridade social, além de se assegurar uma justa distribuição de recursos públicos entre os sistemas educativos de cada Estado. Ou seja, vimos nascer novos sistemas procedimentais e formas de adjudicação, adequadas ao enfrentamento do desafio relacionado à moldagem da burocracia estatal aos valores públicos veiculados nas garantias fundamentais constitucionais (FISS, 2007, p. 25).

Essa nova forma de adjudicação dos direitos fundamentais encontra celebrada conceituação em Tate e Vallinder, sustentando que se trata do processo pelo qual os tribunais e juízes passaram cada vez mais a dominar a elaboração de políticas públicas que foram feitas (ou, acredita-se, deveriam ser feitas) por outros órgãos governamentais (1995, p. 28). Em sentido amplo, também poderíamos conceituar o fenômeno tendo em vista o aumento da presença de decisões judiciais na vida política e social e, em decorrência disso, o aumento da resolução dos conflitos políticos, sociais ou entre Estado e sociedade levados aos tribunais (SIEDER et al, 2005, p. 3).

Buscando as relações causais que desencadearam a ampliação do papel do Judiciário e a conseqüente abertura na interpretação dos textos constitucionais daí decorrente, iremos verificar ser ela uma resultante de influxos de três ordens: *de cima para baixo*; *de baixo para cima* e *de fora para dentro* (SIEDER et al, 2005, p. 4-5). A primeira

forma é aquela que mais se aproxima da noção que temos do ativismo judiciário, pela qual os juízes passam a interferir na formulação das políticas públicas, por meio de interpretações mais arrojadas dos dispositivos constitucionais, constringendo tanto o legislativo quanto o executivo a se pautarem por tais decisões. Se considerarmos a existência de duas instâncias bem delimitadas: o Estado e a sociedade civil, igualmente identificaremos pressões que partem da comunidade interna (grupos de pressão ligados aos movimentos dos direitos civis, sindicatos e associações de defesa de classe, como também o Ministério Público, despontado aqui o exemplo brasileiro), do mesmo modo que surgem constringimentos vindo extramuros, do exterior, através de organismos internacionais de fomento ao desenvolvimento (FMI e Banco Mundial, por exemplo) e organizações não-governamentais de expressão internacional (a Anistia Internacional e o WWF Global, este em relação à proteção ambiental), além do trabalho dos organismos judiciários supranacionais cujas decisões cada vez mais influenciam na interpretação do direito interno.

A adoção nos textos constitucionais de esquemas prospectivos, contendo metas a serem alcançadas pelos Estados, a partir do movimento do reconhecimento dos direitos sociais, agregou mais poder ao Executivo, levando-o mesmo a promover fracionamentos internos visando o atingimento de tais pautas, com o desdobramento de seus poderes, antes concentrados, para agências governamentais especializadas. Noutro lado, os parlamentos começavam a demonstrar flagrante incapacidade para resolver questões intrincadas relacionadas às escolhas de políticas públicas, cenário denominado por Carl Schmitt de hamletismo político, condições que somente agudizaram essa penetração do Judiciário no âmbito de tais

regulações, seja para conter os excessos de poder de um, ou para suprir a falta do outro poder coirmão. Frente a tal cenário, Capelletti, aponta que foram abertas duas alternativas ao Judiciário: permanecer na segurança do modelo oitocentista, centrado apenas com aplicação do direito sob uma perspectiva protetiva e repressiva, ou, assumir sua condição de “terceiro gigante”, como controlador eficaz das condutas dos demais poderes do Estado, contendo, inclusive, o gigantismo das grandes corporações econômicas (fenômeno que se agudiza a partir do final dos anos 1970) com sua sanha desregulatória (1999, p. 60).

Em nosso país, com o advento da Constituição Federal de 1988, cria-se um ambiente favorável à judicialização da política. Com efeito, contrariando as Constituições anteriores, não se dispôs ela apenas a ser o resultado de um processo de mudança que se finda, mas assumiu a condição de pedra fundamental para a nova sociedade a ser construída. Foi concebida ao final de um longo e doloroso governo, baseado no arbítrio e na força militar, resultante do ajuste entre as forças políticas que ainda estavam em processo de maturação no regime democrático que se iniciava, embora não se possa concordar com teses que apontam, na fase de produção da norma constitucional, que não há a formação de uma hegemonia³. Pelo contrário, a dação de tantos direitos, muitos deles, sem qualquer previsão material acerca de sua efetivação, aliviaria a pressão popular sobre as instituições políticas por reais mudanças sociais,

³ “Os debates constituintes, assim, foram iniciados sem conhecer uma vontade prévia sobre quais rumos seguir, em um clima de indefinição, natural diante da amplíssima coalizão de forças que se pusera à frente do processo da transição à democracia. A formação da vontade do legislador constituinte, nessas condições, não teria como ser fruto de uma ação hegemônica, mas de composição e das soluções de compromissos entre forças díspares, cuja unidade se exercia melhor sobre temas tópicos do que na formulação de uma concepção sistemática e coerente de um novo projeto para o país”. (VIANNA et al., 1999, p. 39)

operando-se autêntica transferência de responsabilidade, como bem ressalta Marcelo Neves (2011, p. 186):

A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada a sua função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como alibi: transfere-se a “culpa” para a sociedade “desorganizada e atrasada”, “descarregando-se” de responsabilidade o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto.

Em trilha semelhante caminha Comparato (2012, p. 126), ressaltando que a história das constituições brasileiras revela um amálgama do direito revogado com o direito revogador, pelo qual “o antigo protagonista, embora retirado do proscênio, não desaparece do teatro jurídico: é simplesmente relegado aos bastidores, para ressurgir em cena no momento oportuno”. Os textos constitucionais apresentam-se como belas indumentárias de gala a serem exibidas aos povos estrangeiros como testemunho do caráter civilizado.

O novo texto constitucional é preñado de normas programáticas, indicando diretivas a serem perseguidas pelos entes estatais, sem distinção, como o primado da valorização do trabalho sobre a lógica do mercado, alçado à condição de fundamento da República (art. 1º, IV), compromisso reiterado no art. 170 da Carta.

Como esclarece Luís Roberto Barroso, desde o início da vigência, as normas programáticas geram os seguintes *efeitos imediatos*: “(A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados

posteriormente, se com elas incompatíveis” (2009, p. 117). Em consequência, conferem ao administrado o direito de se opor judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a todos os que são contrários ao texto constitucional e de obter prestações jurisdicionais que tragam interpretação e decisão conformes com os interesses constitucionalmente protegidos (2009, p.118).

Com isso, o Judiciário foi chamado, pela via constitucional, a interferir nas políticas públicas, através do exame de conformidade dos atos administrativos com as normas programáticas maiores. Aqui desponta, de logo, o controle concentrado, graças ao manejo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN) de lei ou ato normativo federal ou estadual junto ao STF (CF, art. 102, I, a).

Analisando os dez primeiros anos de vigência da Constituição Federal, Vianna *et al* (1999, p. 63-63) elencam os principais temas que foram objeto de Adins: administração pública; política social (sistemas de seguridade social e de concessão de benefícios sociais); regulação econômica (política econômica, cambial, monetária, salarial e de preços); política tributária; relações no âmbito da sociedade civil (a cobrança de mensalidades escolares, meio ambiente e populações indígenas); competição política (organização e participação dos partidos políticos em eleições) e relações de trabalho (aqui os direitos sociais dos trabalhadores e da organização sindical). Delas, 63%, aproximadamente, diziam respeito a questões de administração pública, graças ao fenômeno da “inflação das medidas provisórias” havido nos anos 1990, com a implementação do modelo neoliberal tanto no âmbito da organização da máquina estatal quanto na (des)regulação do mercado. Isso graças à ampliação do papel atribuído ao Estado na consecução dos objetivos de desenvolvimento econômico nacional, comportamento adotado

desde a Revolução de 30, que absorve os mais diversos aspectos sociais em seu proceder. A administração pública não se limita mais à prestação de serviços à comunidade, mas à economia, ao mercado de trabalho, à vida associativa, as profissões, tudo se articula corporativamente a um Estado ampliado, como ressalta Vianna *et al* (1999, p. 65). Enfim, estabelece-se uma relação essencial, pois a sociedade passa a depender, em seus menores movimentos, da participação estatal.

Devido, no entanto, ao sistema híbrido de controle da constitucionalidade existente no Brasil, as demais instâncias do Poder Judiciário também estão autorizadas a fazer o exame de adequação entre os programas constitucionais e as políticas públicas, destacando a norma maior como um dos principais veículos para tanto - a ação civil pública (ACP) - e atribui a missão prioritária de seu ajuizamento ao Ministério Público, conforme estatuído no art. 129, III, da Constituição Federal.

Note-se que a existência da ACP em nosso ordenamento jurídico data de 1985, com a vigência da Lei 7.347. Contudo, somente a partir da Constituição de 1988, com o novo perfil institucional dado ao Ministério Público, essa ação toma corpo e se transforma num dos principais veículos para a judicialização da política no Brasil. Leis posteriores vieram alargar seu campo de incidência quanto ao cabimento e ampliar sua eficácia operacional, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art. 81), permitindo que por ela se defendam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Acresça-se, ainda, o papel exercido por inúmeras organizações de cunho privado e não governamental, que surgiram no pós-1988, justamente para defenderem interesses difusos e coletivos, tais como os relacionados ao meio-ambiente, aos consumidores, à defesa da

ordem econômica, à proteção ao patrimônio público e cultural etc., que igualmente estão legitimadas a fazer uso da ACP (art. 5º, item V, Lei 7.347/85), não apenas como instrumento de proteção, mas também como elemento de pressão social. As minorias parlamentares também passaram a utilizar o Poder Judiciário para questionar as alternativas políticas escolhidas pelos partidos majoritários na condução do governo, ora provocando a intervenção do Ministério Público ora manejando demandas judiciais por meio de associações particulares a eles vinculadas.

Além dos fatores predisponentes internos, nosso país passou por pressões externas, só que com a finalidade de moldar a judicialização da política aos interesses do capital internacional. Em certa medida, ela passou a ser necessária à mundialização do capital, num duplo sentido: a) emprestar segurança jurídica à migração do capital entre as fronteiras nacionais, para evitar a adoção de entendimentos díspares entre as instâncias judiciais, construindo-se um Judiciário que fosse previsível em muitos dos aspectos ligados a contratos e a políticas de intervenção do estado no mercado; b) transformar o Judiciário como esfera legitimadora das políticas públicas destinadas a moldar o perfil do Estado ao ideário neoliberal. Nesse sentido, interessante esta observação de Melo Filho (2003, p. 81):

A questão é colocada nos exatos termos como é encarada pelo capital especulativo internacional: o dilema de se agigantar o Poder Executivo sem resvalar na ilegalidade. O conveniente é que haja um Poder Executivo forte, capaz de implementar as mudanças econômicas. Mas é necessário que se atribua a tais iniciativas a chancela jurisdicional. Não por ser pressuposto do Estado democrático de Direito, mas para evitar eventual reversão do processo de reforma econômica.

Desde 1990, o Banco Mundial adota programas de reformas do Judiciário em escala mundial. É interessante destacar dois documentos técnicos que, já naquela época, não deixavam dúvidas sobre quais seriam os escopos dessas transformações uniformes. No Documento Técnico 280, intitulado Reforma Judicial para a América Latina e Caribe (WORLD BANK, 1995), faz-se um diagnóstico acerca dos sistemas judiciais da região, destacando-se problemas quanto à administração dos tribunais ineficiente e custosa, aos sistemas procedimentais pouco resolutivos, demorados e com grande número de recursos, e à inexistência de mecanismos alternativos para a resolução de conflitos. No caso específico do Brasil, aquele relatório indica a necessidade de se adotar um controle administrativo mais efetivo do Judiciário, incrementar a especialização das cortes e investir maciçamente na educação e no recrutamento dos juízes (WORD BANK, 1995, p. 174).

Seguiu-se, em 1996, outro documento técnico daquela agência de fomento internacional, dessa feita, o de número 319, que ainda é mais explícito quanto às finalidades dessas reformas institucionais. Em primeiro lugar, constrói um conceito de desenvolvimento econômico em que a presença de um Poder Judiciário independente é decisiva, devendo ela se apresentar sob aspectos estruturais, organizacionais e administrativos, visando conceber a independência individual, coletiva e interna, que permita ao poder decidir de acordo com o direito aplicável, e não, baseado em fatores políticos, internos ou externos (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 11). Isso porque “um consistente poder de coerção na execução das leis garante um ambiente institucional estável onde os resultados econômicos a longo prazo podem ser avaliados” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 18).

O referido documento identificava, na América Latina, zonas de tensão entre a democracia e a reforma econômica, como também entre a reforma econômica e as políticas sociais existentes. Por isso se poderia até pensar que a falta de independência do Judiciário poderia ser necessária ao desenvolvimento econômico da região. Durante o processo de implantação das reformas econômicas, muitos países têm-se beneficiado com a existência de um Poder Executivo forte, melhor ainda quando ele detém a faculdade de editar decretos, atributo que poderia suplantar objeções feitas por um poder Judiciário sem legitimidade ou atrofiado, como nos casos da Argentina e do Peru. Mas o dilema principal aqui é como conferir uma chancela institucional que garanta responsabilidade e transparência desses atos do Executivo, razão por que “essa intervenção por parte do Judiciário pode ser um componente chave das reformas econômicas. Além disso, sem essa abordagem jurídica as reformas podem se tornar instáveis e sujeitas a um processo reversível” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 21, grifo nosso).

O neoinstitucionalismo promovido pelo Banco Mundial, a partir do final da década de 1990, como ressaltado por Pereira (2010, p. 381), parte do pressuposto de que a empresa capitalista, agora não mais entendida como estrutura de produção, mas como instituição de gestão, deve servir de modelo de eficiência e de organização racional não apenas para a sociedade, mas também para o próprio Estado. A segurança dos direitos de propriedade e as garantias para o seu pleno usufruto devem pautar as escolhas racionais dos indivíduos no mercado, sendo que sua flutuação, ou mesmo a “informação incompleta” acerca dessas garantias institucionais, pode acarretar no acréscimo dos “custos de transição” e no afastamento dos investimentos.

As premissas do neoliberalismo são transpostas para o ambiente judiciário. Primeiramente, há quase uma obsessão em transformar a atividade jurisdicional em números, o que se poderia chamar de taylorismo aplicado ao serviço dos magistrados⁴. Serviço, porque a lógica que passa a existir é aquela que envolve uma autêntica relação de consumo entre um usuário (cidadão), o prestador (juiz) e o gestor (órgão central de fiscalização), e o processo passa a ser encarado como uma máquina geradora de decisões cada vez mais técnicas, certas, seguras, previsíveis. Como bem enfatiza Nunes (2008, p. 165), “o processo célere não é aquele que atende aos demais princípios processuais constitucionais dentro de um espaço-tempo suficiente para a implementação da participação de todos os envolvidos, mas, sim, aquele que termina o mais rápido possível na ótica dos números”.

O discurso da necessidade de promover autêntica revolução no Judiciário brasileiro foi sendo implementado ao longo de doze anos, desde a propositura do Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 96/92, que culminou, ao cabo de muitas alterações e depois de uma Comissão Parlamentar de Inquérito especialmente criada no Senado para averiguar os desvios de conduta funcional e administrativos nos tribunais brasileiros (a denominada “CPI do Judiciário”, em 1999), na aprovação da Emenda Constitucional 45, em 2004, que passou a definir os contornos do novo Poder Judiciário brasileiro.

Dentre as inovações implementadas, diz respeito mais de perto ao nosso trabalho a adoção do princípio estampado no art. 5º., LXXVIII,

⁴ Nesse sentido, ver os Relatórios produzidos pelo JUSNUM (Justiça em Números), programa desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através de seu Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), disponíveis em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>>.

da Constituição Federal, que garante a todos, no âmbito judicial e no administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, alçando, num primeiro plano, a celeridade no tratamento das ações, demonstrando que, doravante, o tempo passa a ser um componente importante na fixação das políticas para a melhoria do serviço Judiciário, que foi alçado à condição de direito fundamental processual.

Em relação à estruturação da carreira da Magistratura, destaca-se a adoção de critérios objetivos para a promoção por merecimento, cuja aferição é feita “conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (art. 93, II, c). Nessa mesma linha, segue-se a criação das escolas para a Magistratura, vinculadas aos tribunais, juntamente com cursos oficiais para preparar e aperfeiçoar a carreira (art. 93, IV).

Desponta, por óbvio, como uma das mais marcantes criações, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como órgão centralizador e fiscalizador do Judiciário brasileiro, representando a alternativa que nosso legislador adotou para introduzir o controle externo sobre a atividade jurisdicional e administrativo-financeira praticada pelos tribunais, além da centralização da prática correicional, inclusive com poderes de avocação⁵.

⁵ Dita o art. 103-B, § 5º., da CF, que compete ao CNJ: receber e conhecer as reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.

Em relação à atividade judicante, em si, merecem destaque a criação do efeito *erga omnes* e a eficácia vinculante nas decisões proferidas pelo STF em ações declaratórias de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º., juntamente com a possibilidade da edição de Súmulas Vinculantes (art. 103-A)⁶.

Evidencia-se que o legislador brasileiro se mostrou extremamente sensível às ponderações do Banco Mundial, pois, estruturalmente, a reforma do Judiciário adotou como meta a constituição de sistema baseado fortemente numa hierarquia, ocupando os extratos mais elevados dos tribunais superiores, obviamente, com ênfase no STF. O Conselho Nacional de Justiça exerce funções que vão bem além da simples uniformização procedimental ou das práticas administrativas, hoje capitaneando todo o processo de “modernização do Judiciário”, inspirado na adoção de práticas oriundas da iniciativa privada para pautar o trabalho desenvolvido na prestação jurisdicional, lastreado nas noções de produtividade aplicáveis ao serviço do Judiciário, nivelando a aplicação da lei a uma prática consumerista.

Noutro lado, se é bem verdade que hoje não temos pouco mais que três dezenas de Súmulas Vinculantes, não se pode olvidar que os demais tribunais superiores esforçam-se continuamente na edição de súmulas, visando obstar a marcha recursal, destacando, aqui, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Tribunal Superior do Trabalho, cada um beirando a marca dos quinhentos enunciados. Decerto que aquelas súmulas não vinculantes podem ser contrariadas por magistrados de instâncias inferiores, mas é inegável que tal sistema

⁶ O sistema de eliminação recursal em massa é complementado pelas figuras da repercussão geral (art. 102, § 3º., da Constituição Federal) e da súmula impeditiva de recursos, essa última implementada no plano infraconstitucional através da Lei 11.276, de 07 de fevereiro de 2006.

não deixa de exercer constrangimento à atividade judicante, principalmente que tal atitude contestatória poderá ser inócua, em caso de recurso às Cortes Superiores.

Inferese-se que, atualmente, temos condições estruturais favoráveis à judicialização da política, convivendo paradoxalmente com o um subsistema implantado no âmbito da organização do Judiciário destinado a exercer sobre o corpo da Magistratura um *dirigismo* que se manifesta diretamente na prática administrativa e indiretamente na atividade judicante. Essas são características de um sistema *micro-hegemônico* que combina, habilmente, coerção e consenso.

2- FERRAMENTAS TEÓRICAS NECESSÁRIAS AO ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO EM ESTUDO

Aqui, o comportamento judicial decorrente do cenário da judicialização da política será decomposto utilizando o método do materialismo histórico-dialético, com as peculiaridades que lhe emprestou a filosofia da práxis gramsciana, sendo necessárias algumas digressões teóricas quanto ao tema.

Adverte Louis Althusser, que, embora estejam unidas por razões históricas e teóricas, ambas (o materialismo histórico e o materialismo dialético), compondo o núcleo da teoria marxista, tais disciplinas se distinguem por terem objetos distintos, isto é, o materialismo histórico dedica-se aos *modos de produção* que surgiram e que surgirão na história, analisando sua estrutura, sua constituição e formas de transição de um para outro; enquanto que o materialismo dialético é a própria filosofia marxista e volta sua atenção para a “história da produção de conhecimentos enquanto conhecimentos” (ALTHUSSER; BADIOU, 1986, p. 33-43).

O materialismo histórico concebe uma formação social a partir de uma totalidade que se manifesta como orgânica, ou seja, um conjunto em que estão articulados níveis ou instâncias, que vão da base econômica determinante (estrutura) e passam pelas superestruturas políticas, jurídicas, culturais e ideológicas, portadoras de autonomia relativa frente ao aspecto econômico. Isso possibilita não apenas uma análise integral de certo conjunto social, como também o enfrentamento particularizado de cada um desses níveis, como o fato de ser possível construir uma história da arte, da política, do direito, que se manifesta em cada realidade histórica. É evidente que o estudo dos modos de produção elabora *princípios teóricos gerais*, que serão justamente utilizados para verificar como se estruturam outros modos de produção, mas não se pode apenas ficar restrito à sua identificação, haja vista que as condições gerais da produção de bens materiais e culturais estão articuladas às condições historicamente determinadas por cada agrupamento social. É nisso que reside a noção de totalidade concreta que nos lega Marx (2000, p. 27), ao explicitar que a noção de produção, por exemplo, em geral, constitui uma abstração, na medida em que, uma vez especificados os seus traços comuns, evita a repetição na análise. Contudo, esse mesmo elemento (a produção) representa um conjunto complexo de determinações diferentes e divergentes, em que alguns pertencem a todas as épocas, e outros somente a poucas. A análise somente é plena quando se identificam os elementos mais gerais e, principalmente, os traços distintivos existentes em certo momento histórico.

E como Marx, no campo da ciência da história dos modos de produção, teve que rever a instância econômica e as demais instâncias superestruturais, aí incluídas as diferentes ideologias que

se apresentam historicamente, trouxe à luz também a possibilidade de fazer um estudo sobre a produção do conhecimento, do saber humano. Com efeito, se as filosofias se apresentam como construções teóricas que anunciavam “a verdade”, também estavam atreladas a uma função social e, como tal, pertenciam à história social da humanidade. Como ressalta Althusser, com o surgimento da Ciência da História, a Filosofia também experimenta uma revolução, que lhe permite escapar do elemento ideológico, investindo-a de uma condição científica (ALTHUSSER; BADIOU, 1986, p. 52).

Na prática, promove-se uma conjugação de dois momentos: um, em que o materialismo dialético representa uma filosofia geral, e o outro, em que o materialismo histórico aplica essa mesma filosofia à sociedade. Mas essa filosofia geral não se apresenta acima das ciências, situa-se no mesmo plano de suas coirmãs, servindo de “guia” para elas, no sentido de impedir que produzam um conhecimento contaminado pelas ideologias⁷.

Ao nivelar sua filosofia ao plano da ciência, o materialismo dialético manifesta-se sob dois aspectos: por uma teoria, que contém todo um sistema conceitual teórico no qual se pensa o objeto - o *materialismo*; e a *dialética* como um método que relaciona a teoria ao objeto quando da sua aplicação⁸. Mas um sempre remete ao outro. A

⁷ “Se tem dito, com muita razão, que o marxismo é como teoria ‘um guia para a ação’. Ele pode ser um ‘guia’, porque é uma ciência, mas é só por isso. Para adotar a mesma imagem, e tomando todas as precauções indispensáveis para essa comparação, pode-se dizer que em inúmeras circunstâncias também as ciências necessitam de um ‘guia’, não de um guia falso mas sim de um verdadeiro guia. E entre as ciências, o materialismo histórico, mais do que qualquer outra, necessita de um ‘guia’. Esse ‘guia’ das ciências não pode ser outro que um ‘guia’ qualificado teoricamente qualificado: o materialismo dialético.” (ALTHUSSER; BADIOU, 1986, p. 55).

⁸ As leis da dialética foram expressadas na obra de Hegel, mas como simples leis do pensamento. No entanto, em verdade, elas são extraídas tanto da história da natureza quanto da história da sociedade humana, não apenas como forma de

concepção materialista afirma a primazia do real sobre o seu conhecimento e que há uma distinção entre o conhecimento e o real, que parte de uma trajetória histórica desse ato de conhecer e demanda uma concepção dialética dessa mesma história. Em outras palavras, o materialismo dialético depende do materialismo histórico (ALTHUSSER; BADIOU, p. 14, 1986). A aplicação do método dialético na compreensão de uma totalidade concreta é assim descrita por Marx:

A investigação tem de se apropriar da matéria em seus detalhes, analisar as diferentes formas de desenvolvimento e rastrear seu nexos interno. Somente depois de consumado tal trabalho é que se pode expor adequadamente o movimento real. Se isso é realizado com sucesso, e se a vida da matéria é agora refletida idealmente, o observador pode ter a impressão de se encontrar diante de uma construção *a priori*. (2013, p. 90, pós-fácio da segunda edição de *O Capital*).

O ideal, na dialética marxista, é o material transposto e traduzido na cabeça do homem (MARX, 2013, p. 90). Como método de investigação, pode ser sintetizado nos seguintes graus para o enfrentamento do objeto de pesquisa: apropriação plena e detalhada da matéria, em que estão incluídos todos os seus aspectos disponíveis (econômicos, sociais, culturais, históricos etc.); análise das diversas formas de desenvolvimento do objeto de estudo; aferição da coerência interna, ou seja, a determinação da unidade dentre as várias formas de desenvolvimento do objeto (FEITOSA, 2012, p. 132).

pensamento, exprimem leis gerais do próprio desenvolvimento histórico. São elas: lei da transformação da quantidade em qualidade e vice-versa; lei da interpenetração dos contrários; lei da negação da negação (ENGELS, p. 34, 2000).

Considerando o que foi dito acima, a judicialização da política representaria um fenômeno historicamente situado, tido como uma etapa no processo de evolução dos direitos humanos. Marcaria, ainda, o desenvolvimento da sociedade civil, nacional e internacionalmente, capaz de produzir a pressão necessária à efetivação de políticas públicas pela via judicial. Noutro lado, usualmente representa-se a judicialização da política como a porta para o ativismo judicial, sendo esta conduta violadora dos limites historicamente consagrados nos textos constitucionais quanto às áreas de atuação do executivo e do legislativo. Estaria o judiciário promovendo essa dupla invasão, interna (frente aos poderes coirmãos) e externa (quanto aos espaços antes privativos da sociedade civil)?

Postas tais questões metodológicas, faremos o enfrentamento do fenômeno da judicialização da política e, em consequência, do comportamento judicial, a partir da separação tradicional que se faz entre a sociedade civil e o Estado. E isso decorre da ideia do que seria o Estado na *filosofia da práxis* de Gramsci.

3- RELAÇÕES ENTRE A SOCIEDADE CIVIL E O ESTADO

Embora não se aparte das concepções de base descritas por Marx e desenvolvidas quanto à sua aplicabilidade prática por Lênin, Gramsci toma como ponto de partida para suas reflexões outra perspectiva. Começa por enfatizar que no prefácio de *Para a Crítica da Economia Política*, Marx aponta que:

Uma formação social nunca perece antes que estejam desenvolvidas todas as forças produtivas para as quais ela é suficientemente desenvolvida, e novas relações de produção mais adiantadas jamais tomarão o lugar, antes que suas condições

materiais de existência tenham sido geradas no seio mesmo da velha sociedade. **É por isso que a humanidade só se propõe as tarefas que pode resolver, pois, se se considera mais atentamente, se chegará à conclusão de que a própria tarefa só aparece onde as condições materiais de sua solução já existem, ou, pelo menos, são captadas no processo de seu devir** (MARX, 2000, p. 52, *grifamos*).

Uma leitura atenta da parte final desta citação insinua uma situação paradoxal, na qual a solução se antepõe ao problema, ao menos, em caráter embrionário, abrindo espaço para questões bem mais profundas acerca de como nasce não apenas o diagnóstico da situação, mas igualmente como são gestadas as soluções, a partir do desenvolvimento das forças produtivas.

Partindo daí, Gramsci aponta de logo como uma espécie de “infantilismo primitivo” a pretensão apresentada em sua época como postulado essencial do materialismo histórico de que qualquer flutuação na política e na ideologia são expressões imediatas da infraestrutura econômica (GRAMSCI, 2007, p. 871-873). De um lado, porque há manifesta dificuldade em se identificar em cada caso, estaticamente, a estrutura. Em verdade, “uma fase estrutural somente pode ser concretamente estudada e analisada depois que ela superou todo o seu processo de desenvolvimento, não durante o próprio processo, a não ser por hipótese” (GRAMSCI, 2007, p. 871-873). Igualmente, não se considera a possibilidade do “erro político”, absolutamente alheio à estrutura, motivado por questões de avaliação pessoal do dirigente ou mesmo reação equivocada a tentativa de algum grupo de assumir a hegemonia política, como também se esquece da possibilidade da ocorrência de atos políticos com a finalidade meramente organizacional interna, ligados à necessidade de se dar coerência a um partido, a um grupo ou à

sociedade, igualmente desatrelado de um interesse produtivo em sentido estrito. Portanto, estamos tratando de esferas que mantêm uma relação profunda de interdependência, todavia, com flagrante predomínio do componente econômico nessa formação.

Volvendo os olhos para as superestruturas culturais, Gramsci reposiciona o foco do debate acerca do relacionamento entre o político e o econômico para resolver uma questão nuclear: *como se formam as vontades coletivas permanentes e como tais vontades se propõem objetivos imediatos e mediatos concretos?* (GRAMSCI, 2007, p. 1057). Em busca dessas respostas, é preciso distinguir nas modificações da estrutura entre aquilo que é *orgânico* e o que se revela *meramente conjuntural*. Segundo ele, não saber estabelecer uma justa relação entre o que é orgânico daquilo meramente ocasional representa um erro frequente nas análises histórico-políticas, confundindo-se o que seriam causas imediatas fatores atuantes de forma mediata ou apenas enfatizando que as causas imediatas são únicas que atuam eficientemente num determinado fenômeno. De um lado, teríamos o excesso de economicismo (ou no dizer do Gramsci, “doutrinalismo pedante”) e, noutro extremo, excesso de ideologismo. Em ambos os casos estão superestimadas causas meramente mecânicas ou se está exaltando elementos de ordem voluntarista e individual. Essa distinção ente orgânico/eventual é absolutamente indispensável para análises não apenas de situações de crise aguda ou de um processo regressivo, mas é igualmente importante quando se enfrenta um processo progressista, como também naqueles casos em que se identifica um momento de estagnação das forças produtivas (GRAMSCI, 2007, 1.580).

Os movimentos conjunturais são de natureza ocasional e imediata, por vezes quase-acidentais. Os orgânicos, ao revés, são permanentes

e possibilitam a crítica histórico-social, pois envolvem grandes agrupamentos, para além daqueles indivíduos imediatamente responsáveis e do grupo dirigente. Isto porque há uma incessante luta do grupo dirigente para manter sua posição, promovendo mudanças ocasionais na estrutura, justamente para demonstrar que as novas condições necessárias ao surgimento de uma nova formação social ainda não existem. O embate entre forças dirigentes e antagonistas é travado, antes, no plano superestrutural e somente num momento posterior seremos capazes de aferir se, realmente, havia condições materiais necessárias à superação, isso se as forças antagônicas forem vitoriosas. O estudo dessas “ondas de diferente oscilação que permite reconstruir as relações entre estrutura e superestrutura, por um lado, e, por outro, entre o curso do movimento orgânico e o curso do movimento de conjuntura da estrutura.” (GRAMSCI, 2007, p. 1.582).

Concentremo-nos agora especificamente no relacionamento travado entre os aparelhos de Estado e sociedade civil. Com efeito, destaca Perry Anderson (1981, p. 46) que, nos próprios *Cadernos*, há três modos distintos de encarar a posição da sociedade civil em relação à sociedade política (ao Estado). No primeiro modelo, a sociedade civil ocupa um papel de destaque e o faz quando pretende demonstrar as distinções que existiam entre o Oriente e o Ocidente, particularmente visando explicitar as razões do aparecimento das condições de uma revolução proletária num país como a Rússia. Neste país, a sociedade civil apresentava-se pouco desenvolvida, o que possibilitava a prevalência dos aparelhos estatais como forma de preservar a ordem e o poder político, predominando a coerção e, por tais razões, a tática da guerra de manobra fez-se bastante adequada, pois, uma vez conquistada a sociedade política, nada mais havia

quanto ao foco de resistência. Mas outro era o comportamento das sociedades capitalistas ocidentais, onde a noção de hegemonia estava arraigada, até porque os mecanismos geradores do consenso residem na sociedade civil que se apresentava muito desenvolvida, na medida em que a hegemonia pertence à sociedade civil e prevalece sobre o Estado. Essa ascendência cultural da classe dominante é que garante, essencialmente, a estabilidade da ordem capitalista. Por isso é que melhor se ajustaria como tática de luta a guerra de posição, pois, uma vez derrubada a máquina estatal, ainda restaria um sólido aparato cultural dando suporte às classes dominantes.

O segundo sentido já nos apresenta a sociedade civil como componente da noção de Estado, considerando que ele assume um caráter ético, ou seja, vamos encontrar mecanismos formadores de um pensamento hegemônico na sociedade e, nas próprias instituições estatais, também iremos constatar mecanismos de formação e disseminação das mesmas formas de concepção de mundo que submetem as classes subalternas. O Estado é ético na medida em que promove uma elevação das massas a um nível cultural e moral que corresponda ao atual estágio do desenvolvimento das forças produtivas, e esse mesmo papel tanto é exercido pela educação quanto pela lei (ANDERSON, 1981, p. 55).

Na terceira visão, Gramsci engloba na noção de Estado a sociedade civil e a sociedade política, ao afirmar que sociedade civil e o Estado representam a mesma coisa (GRAMSCI, 2007, p. 801), numa unificação muito semelhante à praticada por Hegel, tomando por base, mais uma vez, a eticidade exercida pelas instituições de governo. Mas essa representação unificada não quer dizer que todas as outras visões tenham sido renegadas. Ao contrário, são variações sobre um mesmo tema - o de que existe uma unidade orgânica entre

a sociedade civil e a sociedade política – e de que estamos diante de conceitos práticos, que nos servem para desvendar como se dá o funcionamento integral do Estado que, aqui, é apresentado como uma síntese que, historicamente, pode apresentar diversas facetas, decorrentes da prevalência de um ou de outro dos seus componentes essenciais⁹. Como está mesmo estampado nos *Cadernos*, há aqui um “critério de método”¹⁰, um caminho para se desvendarem os sutis mecanismos que levam à inteireza da formação da hegemonia e do bloco histórico que se consolida a partir dela.

Em verdade, essas separações estanques entre estrutura e superestrutura, Estado e sociedade civil, não fazem sentido dentro da teoria marxista. Se considerarmos, por exemplo, o momento da gênese do Estado e seu papel diante das relações de produção, veremos duas ordens em permanente movimento de articulação e tensão, como nos adverte Nicos Poulantzas:

Na ordem de explicação teórica, falar de um campo social de divisão do trabalho em classes e de poder de classe anterior à existência do Estado, de uma base originariamente primeira (no sentido cronológico e genealógico) que em seguida geraria o Estado, o que certamente interviria depois – somente depois – não faz sentido de forma alguma. Onde existe divisão de classes, há

⁹ Como Bobbio nos informa, no pensamento gramsciano, “o Estado não é um fim em si mesmo, mas um aparelho, um instrumento; é o representante não de interesses universais, mas particulares; não é uma entidade superposta à sociedade subjacente, mas é condicionado por essa e, portanto, a essa subordinado; não é uma instituição permanente, mas transitória, destinada a desaparecer com a transformação da sociedade que lhe é subjacente” (2002, p. 47).

¹⁰ “A unidade histórica das classes dirigentes acontece no Estado e sua história é, essencialmente, a história dos Estados e dos grupos de Estados. Mas não se deve acreditar que tal unidade seja puramente jurídica e política, ainda que também essa forma de unidade tenha sua importância, e não somente formal: a unidade histórica fundamental, por seu caráter concreto, é o resultado das relações orgânicas entre Estado ou sociedade política e ‘sociedade civil’ (GRAMSCI, 2007, p. 2287-2288).

portanto luta e poder de classe, existe o Estado, o poder político institucionalizado. (1990, p. 45).

Reafirma ele o fato da inexistência de um contrato social anterior ao Estado moderno, pois ele estabelece sempre as balizas da luta de classes no terreno das relações de produção (aí incluída a organização do mercado e dos direitos de propriedade e posse), marca a divisão social do trabalho e da divisão da sociedade em classes, instituindo também aquela que vai se firmar como dominante. Note-se que tais assertivas encontram sintonia com o pensamento de Gramsci, especialmente se considerarmos uma das suas categorias que passa geralmente despercebida.

Trata-se daquilo que se denomina de *mercado determinado*, conceito operacional, capaz de estabelecer uma ponte entre a estrutura econômica e a superestrutura cultural-ideológica. Parte-se da pressuposição de que no mercado os indivíduos atuam de conformidade com um certo “automatismo”, produzido a partir das forças sociais que atuam na estrutura do aparato produtivo, o que dá um certo grau de *previsão e segurança*, garantidos por uma *superestrutura jurídica*. Por isso, a crítica da ciência econômica deve sempre partir da historicidade do *mercado determinado* e de seu *automatismo* (GRAMSCI, 2007, p. 1018). Para a economia clássica, esse automatismo pode significar a constituição de leis gerais e metafísicas, o que representa uma autêntica falsa percepção do caráter transitório e mutável dessas relações que atuam na estrutura econômica.

Esse automatismo traduz-se muitas vezes como a racionalidade do mercado, entretanto, Gramsci faz questão de salientar que os conceitos de liberdade individual e automatismo não são

incompatíveis, pois este é uma liberdade de grupo que se opõe ao arbítrio individualista. Vejamos:

Em cada momento existe uma escolha livre, que ocorre segundo certas linhas diretivas idênticas para uma grande massa de indivíduos ou vontades singulares, na medida em que estas se tornaram homogêneas em um determinado clima ético-político. Não se trata de afirmar que todas atuam da mesma maneira: ao contrário, os arbítrios individuais são múltiplos, mas a parte homogênea predomina e “dita lei”. Se o arbítrio se generaliza, não é mais arbítrio, mas deslocamento da base do “automatismo”, nova racionalidade. Automatismo não é nada mais do que racionalidade; mas, na palavra “automatismo”, há a tentativa de fornecer um conceito despojado de qualquer aura especulativa: é possível que a palavra racionalidade termine por ser empregada para o automatismo nas operações humanas, enquanto “automatismo” voltará a indicar o movimento das máquinas, que se tornam “automáticas” após a intervenção do homem e cujo automatismo é somente uma metáfora verbal, tal como nas operações humanas. (GRAMSCI, 2007, p. 1245, *itálico nosso*).

Infere-se, pois, que o papel da superestrutura jurídica é contribuir para manutenção desse automatismo, outorgando-lhe, na prática, *segurança e previsibilidade* num ambiente de mercado, valores estes sempre foram essenciais ao desenvolvimento das relações de produção capitalistas, mas que podem mudar a roupagem no devir histórico. Convenhamos que isso bem diverso daquela liberdade e igualdade tão difundidas no ideário dos direitos humanos.

O Estado aqui passa a ser dirigente, no sentido de promover um alinhamento universal dos interesses em torno da classe fundamental, bem assim, paradoxalmente, é dirigido por essa mesma classe. Aqui presenciamos o surgimento do *bloco histórico*, conceito-chave para o marxismo gramsciano, representado por uma relação específica e particular entre estrutura e superestrutura, sob a

condução política e cultural de uma classe fundamental. É o momento em que se efetiva a *catarse*, ou seja, a passagem de uma classe do momento meramente econômico (ou egoístico-passional) ao momento ético-político, da elaboração superior da estrutura em superestrutura na consciência dos homens (GRAMSCI, 2007, p. 1244), dá-se aqui, igualmente, a passagem da necessidade para liberdade, das determinações objetivas para as subjetividades¹¹. Enfim, a superação dos entraves técnicos da produção dos meios necessários à subsistência e desenvolvimento gradual das forças econômicas que se segue naturalmente, leva também a um contínuo processo de reforço da superestrutura, capaz de fazer com que ela possa absorver crises econômicas imediatas e graves, daí a conclusão de que nos Estados mais avançados “a ‘sociedade civil’ tornou-se uma estrutura muito complexa e resistente às ‘irrupções’ catastróficas do momento econômico imediato (crises, depressões etc); as superestruturas da sociedade civil são como o sistema das trincheiras na guerra moderna” (GRAMSCI, 2007, 1.615).

Ainda tratando-se especificamente do papel dos aparelhos de Estado na formação de um processo hegemônico, afirma Poulantzas que do mesmo modo que o capital se apropria do produto do trabalho intelectual (a ciência) nas fábricas, igualmente o faz em relação à organização política, a mesma separação entre trabalho

¹¹ Isso significa que, se ao processo de socialização do trabalho e da produção econômica corresponde um tendencial “reco das barreiras naturais”, ou seja, uma maior autonomia da práxis humana em face da coerção das leis naturais, decorre, por sua vez da socialização da política o que poderíamos chamar, por analogia, de “reco das barreiras econômicas”, ou seja, a ampliação da autonomia e da influência da política (do conjunto das superestruturas) sobre a totalidade da vida social. Quanto mais se amplia a socialização da política, tanto mais se desenvolve, em consequência, a sociedade civil, o que significa que os processos sociais serão cada vez mais determinados pela teleologia (pela “vontade coletiva”) e será menos coercitiva a causalidade automática da economia. (COUTINHO, 2011, p. 119).

manual e intelectual persiste nas organizações de poder, diz ele que não se trata de uma simples instrumentalização da ciência e de sua manipulação ao serviço do capital, há mesmo uma ciência do Estado que lhe permeia, recrutando intelectuais para tanto, a exemplo do que na Idade Média era feito pela Igreja (1990, p. 64). No entanto, esclarece:

[...] o Estado não é o simples resultado da divisão do trabalho intelectual e trabalho manual fundamentada nas relações de produção. Ele trabalha ativamente para a reprodução desta divisão no próprio seio do processo de produção e, para além disso, no conjunto da sociedade, ao mesmo tempo por aparelhos especiais que intervêm na qualificação-formação da força de trabalho (escola, família, redes diversas de formação profissional) e pelo conjunto de seus aparelhos (partidos políticos burgueses e pequenos-burgueses, sistema parlamentar, aparelhos culturais, imprensa, mídias). Ele está de antemão presente na constituição desta divisão no seio das relações de produção: a divisão do trabalho manual/intelectual encarnada no despotismo de fábrica remete às relações políticas de dominação/subordinação tais como existem nas relações de exploração e dessa maneira, à presença do Estado nesses últimos. (POULANTZAS, 1990, p. 68).

Como veremos mais adiante, internamente, tomando-se por base o funcionamento do Judiciário, essa divisão trabalho manual/intelectual, dominação/subordinação, também vai se manifestar.

Por óbvio, estamos cuidando de um território onde a busca de equilíbrio entre os interesses do grupo dominante (e seus aliados) e aqueles dos grupos subordinados é uma constante, trata-se de situação de permanente instabilidade, a exigir vigilância contínua por parte da classe dirigente, numa relação recíproca presidida ora

pelo consenso; ora pela coação institucionalizada. Isso tanto prevalece no campo das relações nacionais, como pode ser facilmente transposto para as relações internacionais.

Portanto, de forma contínua, sociedade civil e aparelhos de Estado travam relação de influência. As decisões produzidas pelo Judiciário servem para interferir na realidade, do mesmo modo que essa mesma realidade é a matéria-prima daquilo que será produzido. As trilhas dessas influências podem ser representadas pelo senso comum, que se especializa em função do meio em que é produzido, ou seja, há um senso comum jurídico, que parte do ambiente hegemônico do Judiciário para a sociedade civil e demais aparelhos de Estado, bem como há um senso comum civil, que faz o caminho inverso. A produção desses saberes gerais é também um processo dominado pela hegemonia civil que, aliado ao centralismo burocrático que se instalou no Judiciário, fornece a segurança e previsibilidade necessárias à reprodução ampliada do capital.

4- SENSO COMUM JURÍDICO E A SUA FUNÇÃO EXEGÉTICA

Uma das consequências herdadas da Revolução Francesa foi a construção, no âmbito dos países que se formaram sob a inspiração do *civil law*, de um Poder Judiciário marcadamente burocrático, pelo qual o juiz é concebido, no mais das vezes, como um servidor público que exerce uma atividade meramente mecânica de adequação da lei ao caso concreto, tudo em nome de uma sobrevalorização da segurança jurídica, tão necessária ao desenvolvimento das relações capitalistas de produção naquele momento, visando aniquilar a estrutura feudal, em detrimento de outro valor igualmente importante, dessa feita, para a sociedade, que diz respeito à efetividade da justiça. Isso é característico do momento

de implantação desse modo de produção, como bem esclarece Ovídio Baptista da Silva, ressaltando, no entanto, que, no caso da Inglaterra, a opção foi buscar essa mesma segurança na tradição secular dos precedentes judiciais (2007, p. 89). Em ambos os casos, tenta-se migrar para o universo do Direito aquela racionalidade típica das ciências naturais. Ele afirma que o esforço da ilustração para obter um direito perfeitamente determinável e previsível não teve limites. Objetivando impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial ficaria reduzida à pura aplicação do texto legal. Ademais, uma indeterminação do sentido da lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito (na prática um legislador), afigurava-se contraditória à doutrina da divisão dos poderes (2007, p. 89).

Lembra Michel Villey (2009, p. 752) que o papel atribuído ao Direito por Hobbes, em seu *Leviatã*, ainda continua prevalecendo na sociedade burguesa. É o arcabouço do pensamento jurídico moderno, voltado essencialmente para a defesa da propriedade individual. Ressalta como foi apropriado para a elite burguesa liberal o papel destinado ao Direito naquela obra, baseado na utilidade e na segurança das posses individuais, em que o *Leviatã* e sua lei civil representavam uma garantia para a constituição das leis civis individuais. Uma vez que somente cabe ao juiz ater-se à lei e à sua fórmula precisa, aplicando-a mecanicamente, as propriedades de cada um, em princípio, estarão bem garantidas. Possibilitou ainda ser estabelecido um regime estrito de contratos, tão necessário ao funcionamento da economia liberal como o enriquecimento de cada um. As consequências dos negócios parecem agora previsíveis diante de uma ordem jurídica, unitária, coerente e sistemática, oriunda de

uma fonte única que é a vontade do príncipe. A ciência do Direito pode ser clara, acessível e livre do esoterismo da antiga jurisprudência. Ademais, a utilidade individual não poderia estar mais bem servida, ao supor que o homem realmente tinha a ganhar pensando e se cultivando sozinho, abstraindo de seu próximo e da justiça social, e que o verdadeiro interesse seja de reduzir tudo a nosso interesse.

Portanto, num primeiro momento, o caminho a ser utilizado para limitar a ação política do juiz era submetê-lo a um processo em que sua liberdade fosse nulificada. O momento inicial da revolução burguesa marcava claramente essa residência na formação e a maneira de aplicar a lei no âmbito do Poder Legislativo que era, ao mesmo tempo, produtor e intérprete abalizado das normas. Mas essa tentativa de seccionar o contato do juiz do contexto social perdurou até a segunda metade do Século XIX e cedeu espaço para a construção de novas normas que procuravam estabelecer uma conciliação entre as forças antagônicas essenciais no modo de produção capitalista, além de regular os aspectos até então inexplorados a partir do movimento de judicialização das relações sociais. O novo Direito exigia uma nova conformação do Judiciário e de seus juízes, e esses reclamos foram perfeitamente captados pelos realistas norte-americanos, apontando as exigências de um juiz que procurasse se moldar às demandas de seu tempo.

Em verdade, a atividade judiciária nunca deixou de ser uma das facetas da atividade política, pela simples razão de que o Judiciário integra o aparelho de Estado destinado a gerir a sociedade, inclusive fazendo, se necessário, da coerção (a sociedade política) o mito da neutralidade, que é mais uma construção do iluminismo, destinada a relegar ao juiz a tarefa de descobrir a verdade, tendo como única

fonte o texto legal, descurando-se daquilo que acontece efetivamente no mundo real, principalmente nos sistemas onde a norma positiva é colocada no topo do mundo jurídico¹².

Em Gramsci, vemos que não se pode separar a atividade do filósofo da do intelectual, dessa manifestação política que se realiza mediante o contato permanente do indivíduo com a realidade social que o cerca. Em boa parte, as críticas que se fazem ao fenômeno da judicialização partem justamente da pressuposição de que os juízes, ao interferir na formação das políticas públicas, estariam exorbitando no uso de seus poderes, exercendo uma função que não lhes compete, quando é justamente o inverso - aos magistrados sempre coube, potencialmente, o direito de agir politicamente (molecularmente), porque a ideologia que concebeu o Estado burguês não pode retirar algo que pertence à natureza do Judiciário, como o poder inerente à república moderna. Se o direito representa, numa apertada síntese, um mecanismo de dominação social, a interpretação que se dá a ele, subsumindo-o ao caso concreto, reveste-se também de uma finalidade de controle social, que é amplificada diuturnamente pelo trabalho da instância jurídica. Nesse sentido, cite-se a observação feita por Luís Roberto Barroso:

É bem verdade que, em sentido amplo, o Direito como um todo é político, porque suas fontes materiais se ordenam em função de relações de

¹² Os pressupostos doutrinários para a formação do 'mundo jurídico' estão lançados, a partir dessa renúncia ao individual, desse abandono dos compromissos do Direito com o fato; de um direito que se desliga, cada vez mais, do reino da existência, para refugiar-se no puro normativismo, 'engessando' o sistema processual numa teia de conceitos e regras, com pretensões de universalidade, que o tornam inflexível e, por isso mesmo, anacrônico. O abandono do caso e, especialmente, como pretendia Leibniz, o repúdio ao precedente - como forma de libertar-se da tradição cultural herdada da Idade Média -, que, como se sabe, foi o *ethos* do Iluminismo, tornam-se bem visíveis na posição do filósofo (SILVA, 2007, p. 109).

poder. Mas não está em análise o poder social, difusa e atomizadamente presente em qualquer agrupamento humano. Cuida-se, aqui, de uma modalidade específica, o poder político, como emanção da soberania do Estado. Esse poder político singulariza-se por sua amplitude, incidindo sobre todas as pessoas e bens de um determinado território: por sua função, que é a de subordinar os interesses particulares ao interesse geral; e pelos meios de que se pode valer, notadamente a coação. (2009, p. 68).

A cultura de uma sociedade, basicamente, é representada pela junção de três formas de pensar, que são sedimentadas por uma concepção de mundo predominante (hegemônica), construída a partir do conhecimento filosófico, que vai se disseminando na *linguagem, no senso comum e na religião popular* (GRAMSCI, 2007, p. 1378). Mas representa uma errônea consideração que essas formas se apresentam na complexidade do mundo contemporâneo de maneira pura, pois, em verdade, estabelece-se uma convivência de sentidos, mediada pela ação política¹³. Essa ação política é, essencialmente, uma tomada de posição entre aquilo que ocorre no mundo material e as diversas maneiras de entendê-lo, porquanto não existe filosofia em geral: existem diversas filosofias ou concepções de mundo, e sempre fazemos uma escolha entre elas. Mas, essa escolha representa um ato puramente intelectual ou é um fato mais complexo? Não ocorre, frequentemente, entre o fato intelectual e a norma de conduta uma contradição? Qual seria, então, a verdadeira concepção de mundo: aquela logicamente afirmada como fato intelectual ou a que resulta

¹³ “A filosofia é uma ordem intelectual, o que nem a religião e nem o senso comum podem ser. Ver como, na realidade, tampouco coincidem religião e senso comum, mas a religião é um elemento do senso comum desagregado. Ademais, ‘senso comum’ é um nome coletivo, como ‘religião’: não existe um único senso comum, pois também ele é um produto e um devir históricos. A filosofia é a crítica e a superação da religião e do senso comum e, nesse sentido, coincide com o ‘bom senso’ que se contrapõe ao senso comum.” (GRAMSCI, 2007, p. 1378).

da atividade real de cada um, implícita em sua ação? E, já que a ação é sempre uma ação política, podemos dizer que a verdadeira filosofia de cada um se acha inteiramente contida em sua política? Todas essas provocações são feitas por Gramsci, que chega a concluir que o contraste percebido, em alguns casos, entre o pensar e o agir - a coexistência de duas concepções de mundo, uma afirmada por palavras e a outra manifestando-se na ação efetiva, nem sempre se deve à má-fé (GRAMSCI, 2007, p. 1378-1379).

O trabalho do julgador nunca deixou de implicar a formulação de escolhas, que derivam, essencialmente, de uma forte atividade interpretativa, por isso a possibilidade de advirem entendimentos flagrantemente contrários é uma constante. No entanto, a contradição essencial reside no fato de que tal mister, potencialmente desagregador, deve representar para a sociedade uma unidade, que empresta segurança e pacificação ao mundo exterior. Como, então, conciliar essa situação, que se agrava ainda mais contemporaneamente, a partir de uma sociedade cada vez mais diversificada?

Um dos exemplos que podemos extrair diz respeito ao funcionamento da Igreja como partícipe do processo de criação e disseminação do senso comum. Reside a força da Igreja Católica (como qualquer outra religião), na necessidade intensa de formular uma união doutrinária entre toda a massa “religiosa”, lutando para que os estratos intelectuais superiores não se despartam dos inferiores. O catolicismo romano sempre mostrou um significativo esforço para que não se constituíssem duas religiões em seu seio - a dos intelectuais e a destinada às “almas simples”. Claro que esse esforço histórico não passou indene a inconvenientes que decorreram das próprias mudanças por que passou a sociedade civil, levando ao

aparecimento de concepções críticas em relação ao papel exercido pelas religiões, a partir do Iluminismo. Mas a integridade dos dogmas da Igreja Católica somente faz destacar a capacidade organizativa do seu clero na esfera cultural, destacando-se aí o papel exercido pelos jesuítas, que imprimiu um movimento progressivo tendente à satisfação parcial de algumas exigências da Ciência e da Filosofia, sem que o equilíbrio de forças mencionado fosse abalado, mas num ritmo tão lento e metódico que tais transformações não vêm sendo percebidas pelos fiéis, embora, em algumas situações, possam parecer “revolucionárias” aos olhos daqueles mais conservadores (GRAMSCI, 2007, p. 1380-1381).

Evidentemente que, no relacionamento do clero com os fiéis, surgem controvérsias, justamente decorrentes desse contato dos intelectuais com eles, o que Gramsci chama de “simples”¹⁴, situações que ameaçam a unidade daquela concepção de mundo prevalecente e difundida pela Igreja. Como resolver tal impasse? Em tais casos, como se revela praticamente impossível, para se eliminar tal ruptura no pensamento prevalecente, elevar os simples ao nível dos intelectuais, opta-se por submeter os intelectuais a uma “disciplina de ferro”, para que eles não ultrapassem certos limites cognitivos, que poderiam ser “catastróficos e irreparáveis” (GRAMSCI, 2007, p. 1381-1382).

Merece relevo, como parte de nossa argumentação acerca do que ocorre com os magistrados de primeira instância no Brasil, o fato de

¹⁴ Os “simples” em Gramsci representam a categoria dos indivíduos que, em determinado território cultural, não se elevaram ao conhecimento filosófico, permanecendo assim no nível do senso comum ou, mais inferior, tão-somente nos aspectos folclóricos do conhecimento, místicos, esotéricos, desconexos. Portanto, cada um de nós, dependendo do nicho em que fomos inseridos, poderemos ser enquadrados como “simples”, ou mesmo filósofos, a depender do grau de sofisticação do conhecimento sobre a matéria que detemos.

que a organização do Poder Judiciário aqui se deu com uma manifesta promiscuidade com a Igreja. A propósito, as duas primeiras missas havidas na recém-descoberta Terra de Santa Cruz foram celebradas pelo Frei Henrique Soares de Coimbra, que, outrora, ocupara o cargo de desembargador do Paço em Lisboa (MATHIAS, 2009, p. 31). Nosso direito processual e as instituições que lhe dão forma material tiveram forte influência do direito canônico, que, até hoje, expressam-se no vestuário dos magistrados, nos ritos solenes e até mesmo na arquitetura. Alguns Tribunais de Justiça até se assemelham a grandes catedrais do Direito. Isso nos anima a considerar que as mesmas práticas destinadas a emprestar unidade interna, tão cara à expressão da coerência de pensamento que se externa nos juízos declarados, assim como na Igreja, também foram transpostas para o Poder Judiciário, tanto na Itália como no Brasil.

De certo modo, quem melhor administrou essa contradição do papel das leis e dos seus aplicadores em relação à segurança jurídica foram os países que se organizaram inspirados no modelo inglês, uma vez que a coerência e a unidade do sistema são expressamente aceitas a partir da submissão dos tribunais inferiores às cortes superiores, sendo necessário, em todos os casos, identificar a *ratio decidendi*, que passará a ser o fio condutor da revisão do julgado pelas instâncias superiores¹⁵. Evidentemente, há casos em que tribunais inferiores podem se afastar do precedente, cabendo esclarecer na decisão quais as divergências fáticas entre o caso presente e os

¹⁵ “É evocando aquela *ratio* que os juízes sucessivos decidirão se aquele precedente se adequa ou não ao caso concreto a ser decidido. Um mesmo caso pode gerar vários precedentes, se sua decisão é ilustrada por uma pluralidade de razões. Até a opinião discordante pode constituir precedente, mas as observações incidentais do juiz (*obiter dicta*) não podem ser levadas em consideração” (LOSANO, 2007, p. 338).

anteriores. Note-se que esse procedimento, embora não incomum, recebeu críticas por produzir sentenças tortuosas e repletas de sutilezas, o que contribuiu para tornar ainda mais pesado o acúmulo de precedentes que todo o jurista precisa estudar. Noutra lado, para o juiz de grau inferior, não há outra saída senão adaptar regras antigas a situações novas. Recentemente, porém, como nota Losano, vê-se a criação de uma mentalidade menos hostil à legislação estatal, tornando-se mais frequentes sentenças em que o magistrado se pronuncia respeitando o precedente, contudo convidando o Poder Legislativo a intervir para regular a matéria de modo novo (2007, p. 338).

Nos países que formaram seus sistemas legais a partir da tradição romano-canônica, o relacionamento entre os poderes passa a ser cada vez mais traumático, a partir da abertura textual presente nas Constituições modernas e da complexidade dos temas que passaram a ser judicializados, levando as cortes a tratarem deles sob a perspectiva de princípios e valores, o que possibilita, sem dúvida, a assunção de perspectivas políticas por parte dos julgadores. Esse novo papel assumido pela Magistratura, quando falamos, por exemplo, da Europa Continental, não passa despercebido por alguns autores, para quem a informalização básica do Direito, decorrente do caráter cada vez mais dinâmico da proteção dos bens jurídicos, impõe aos setores sociais a intervenção casuística de um Estado que, para administrar crises ou preveni-las, confronta a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais. Nesse mesmo movimento, a moralização da jurisprudência serve à funcionalização do Direito, e a Justiça ganha um significado duplo. Essa nova imagem paterna advinda da jurisdição assume de fato os princípios de uma sociedade que tantas vezes se apresenta “órfã”, a

exigir um resguardo moral, que confronta com pontos de vista morais autônomos oriundos dos movimentos sociais de protesto, algo de que os parlamentos podem mais facilmente se desobrigar porque já internalizaram os parâmetros funcionalistas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis (MAUS, 2000, p. 200-201).

A partir do momento em que abertura dos textos legais para temas socioeconômicos passa a ser uma constante, forçada, decerto, pela pressão das classes subalternas, o modelo de adjudicação das normas teve de ir se ajustando, como forma de se adaptar aos novos problemas conjunturais que daí adviriam. Em cada país que adota o sistema capitalista, o tratamento dado ao complexo demanda-julgador foi se adequando, de maneira a absorver essas novas contendas, sem prejuízo para a segurança jurídica e a manutenção do *status quo* tão necessária ao funcionamento do modo de produção, dessa feita, numa escala globalizada. Se nos países que adotam o *common law*, a opção foi um reforço ao papel dos precedentes e à conclamação do legislador a adaptar as leis às novas demandas sociais, ou seja, uma política de crescente absentismo da função política judicial de maneira generalizada, no âmbito do *civil law*, especialmente naqueles países que adotam o controle difuso da constitucionalidade, o caminho escolhido foi justamente o de priorizar a revisão das políticas públicas e dos atos do parlamento através das cortes onde a influência política se dá de maneira mais intensa, quer dizer, onde a influência das classes dominantes acontece de forma mais contundente e, ao revés, institui uma crescente desconfiança naqueles juízes que estão, por força da forma de recrutamento a que se sujeitam, mais protegidos dessa influência.

5- TIPOS DE COMPORTAMENTO DECISIONAL NUM CENÁRIO MICRO-HEGEMÔNICO

Percebemos que a atitude comportamental prevalecente no âmbito da primeira instância é a baseada numa *contenção*¹⁶, que aqui assume o significado de uma ação que é contida, restringida por algo ou alguém. No caso dos juízes, devido à sua qualidade de intelectuais orgânicos integrantes de um corpo social (poder da República), esse comportamento não pode ser mais imposto como outrora, haja vista que a ferramenta com que lidam diariamente (o sistema normativo) permite que, em certas circunstâncias, façam uso de faculdades eminentemente políticas, necessárias ao ajustamento da norma ao caso concreto.

Dissemos também que essa contenção é decorrência de uma adequação que assumiu o microssistema hegemônico representado pelo Judiciário em todos os países capitalistas onde se concretizou, a partir da segunda metade do Século XX, o fenômeno da judicialização das relações sociais e, especificamente, a judicialização da política. A partir daí, passa a vicejar, em vários textos doutrinários, o uso do termo *ativismo judiciário*, que, em algumas hipóteses, é confundido com a própria judicialização¹⁷.

O que vem a ser, efetivamente, essa prática?

¹⁶ Lembra Aurélio Buarque de Holanda Ferreira que o termo *contenção* pode assumir dois significados antagônicos: 1) ato de contender; luta, contenda, competência; 2) De conter + -ção, aa ex. de voc. como abstenção; ato de conter(-se). (2004, p.535).

¹⁷ “O ativismo Judiciário está atrelado a uma concepção na qual o Poder Judiciário assume o papel de fiscalização, desde que provocado, no controle de constitucionalidade, seja no âmbito concentrado, seja na esfera difusa, para analisar e conformar as políticas públicas ao texto da Constituição Federal, buscando-se com isso a efetividade dos direitos declarados. Essa posição, assevera que o texto constitucional não pode ser visto com uma declaração de boas intenções, mas deve buscar o máximo de efetividade possível dos direitos insertos na Carta Política.” (SODRÉ, 2011, p. 281-282)

Se considerarmos que a ideia de ativismo judicial é plurissignificativa, ligada ao desapego revelado por alguns juízes acerca do direito posto, projetando sua autoridade para além dos limites legais, impingindo em suas decisões uma tônica personalíssima, iremos identificar traços dessa conduta mesmo antes da Revolução Francesa, pois os magistrados do *Ancien Régime*, como bem nota Benoît Garnot (2003, p. 25), proprietários que eram de seus ofícios, gozavam de grande independência em relação ao poder régio, alguns, inclusive, proferindo suas decisões sob forte influência da opinião pública, particularmente em matéria penal.

Ainda pode ser lembrada, quando se trata de ativismo, a figura do juiz Paul Magnaud, presidente do Tribunal Civil de Château-Thierry, entre 1887 e 1906, que se notabilizou por humanizar a aplicação da lei e foi um dos precursores, na França, das teorias sobre o estado de necessidade e a proteção ao trabalho, aclamado pela imprensa e incompreendido por seus colegas de toga (LEYRET, 1903).

Igualmente, fala-se que teriam sido ativistas os juízes do Terceiro Reich, inspirados no decisionismo de Carl Schmitt (2011, p. 145), que proclamava:

Juridicamente podemos encontrar o último fundamento jurídico de todas e quaisquer validades e valores de direito em um processo volitivo, uma decisão que, enquanto tal, cria “direito” e cuja “força jurídica” [*Rechtskraft*] não pode ser derivada da força jurídica de regras de decisão, pois mesmo uma decisão que não corresponde à regra cria direito. Essa força jurídica de decisões contrárias à norma pertence a todo e qualquer “ordenamento jurídico”. Diante disso, um normativismo consequente deveria levar ao absurdo de que a decisão, conforme a norma, extrai sua força jurídica da norma, ao passo que a decisão contrária à norma extrai a sua força apenas de si mesma, da sua contrariedade à norma!

Coube a Ost (1990) promover uma interessante síntese acerca dessa mutação no comportamento dos juízes e, por extensão, do Poder Judiciário, agregando as características de cada modelo estatal a tipos ideais de magistrados. O juiz Júpiter reuniria o perfil necessário ao estado liberal do Século XIX, preso a uma abordagem positivista piramidal clássica, que age de forma solipsista, isolado do contexto social em que está imerso. Hércules, ao contrário, seria o “juiz assistencial” que, ao inverter a pirâmide normativa, põe em destaque a efetividade em relação à legalidade, que mantém um contato estreito com a realidade social e opta por ela por interferir em nome da construção de sua justiça social. Obviamente, esse segundo modelo é cria do sistema de direitos e princípios advindos do pós-guerra, que traz a marca do nascedouro da judicialização da política ou, como querem outros (VIANNA et al, 1997), a “desneutralização do Judiciário”. O juiz Hermes atua no momento de derrocada do estado assistencial, concebe o Direito como uma rede de interesses a ser administrada pelo condutor do processo e atua como um mediador em busca de uma solução de consenso. Segundo Ost, uma das características mais marcantes desses novos tempos seria a “multiplicação dos níveis de poder”, devido à superação da dicotomia entre estado e sociedade civil, até então prevalente, substituída pela estratificação densa de poderes. Portanto, é necessário, antes, uma negociação entre as instâncias regionais e locais, além da convivência com as transferências de soberania típicas dos organismos supranacionais (1990, p. 184). Hermes vive num mundo dominado pelas empresas transnacionais, capazes de criar códigos de conduta até mais fortes que os ordenamentos jurídicos locais, baseados que são na força do capital que desconhece fronteiras. “E se, casualmente, se considera que a intervenção direta

se revela ineficaz, o estado se fará 'reflexivo', contentando-se em instalar um marco procedimental para canalizar a autonomia dos subsistemas suficientemente diferenciados e capazes de autorregular-se" (OST, 1990, p. 186).

Vale destacar que o juiz Hércules (em contraposição ao juiz Júpiter, mais apegado ao normativismo e aos modelos tradicionais de exegese), demonstra necessidade de intervir pessoalmente na condução dos problemas cotidianos, participando ativamente de sua resolução. Ele é o representativo do que se convencionou chamar de *protagonismo judicial*¹⁸. Chegou até mesmo a indicar que os realistas estadunidenses seriam integrantes desse modal, com especial ênfase ao trabalho de Holmes. Eis aqui outro termo de difícil precisão, moldável que é, de conformidade não só com os padrões gerais de comportamento, como também com as peculiaridades individuais de cada julgador. Aliás, a análise do trabalho de Ost deixa transparecer que seus três tipos de juiz coexistem nos quadros da Magistratura até hoje, sem impedir que, de acordo com o contexto, possam adotar um ou outro papel.

Há, ainda, outra vertente conceitual que o relaciona com um desequilíbrio da função jurisdicional que invade, indevidamente,

¹⁸ "Nunca nada será perdonado al "juez-assistencial" de hoy. Conciliar las economías familiares en crisis; dirigir las empresas en dificultades evitando, si es posible, la quiebra; juzgar si corresponde al interés del niño ser reconocido por su padre natural, si la madre se opone (art. 319.3 del Código civil belga); apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el "estado de angustia" de la mujer embarazada (art. 348 y ss. del Código penal belga); intervenir "en caliente" en los conflictos colectivos de trabajo y decidir (en procedimiento de extrema urgencia un catorce de agosto a medianoche) si la huelga de los pilotos aéreos de la compañía nacional, prevista para el día siguiente a las seis, es o no lícita; juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un holding, cuya cartera representa un tercio de la economía belga, es conforme a la ley; imponer moratorias a los trabajadores o a las empresas que amenazan el equilibrio ecológico; juzgar si llevar el velo islámico es compatible con la disciplina y el espíritu de la escuela..." (1993, p. 176-177).

espaços conferidos constitucionalmente aos dois outros poderes e que, por tal razão, merece o combate por todo aquele que zela pela primazia do sistema republicano. Outra não seria a acepção de Elival da Silva Ramos (2010, p.116-117), quando argumenta que, ao mencionar o termo ativismo judicial, referimo-nos, de fato, à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício manifesto da legiferação ou de outra atividade não jurisdicional, que, em circunstâncias bem delimitadas, pode ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, mas da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, graças à incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* daquelas funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

No mesmo sentido, Dworkin, cuidando dessa prática no âmbito do sistema legal norte-americano, salientando que o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico e que o juiz ativista ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte e as duradouras tradições daquela cultura política. Ele ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige (2003, p. 451-452).

Em verdade, lembra Kmiec (2004, p. 1445) que a primeira vez em que se falou de um “ativismo judicial” nos Estados Unidos foi justamente no início do Século XX (1905), quando a Suprema Corte Americana privilegiava os interesses comerciais em detrimento da legislação social que gradualmente era editada pelo parlamento, com forte pressão do Executivo, em nome do respeito às normas que estatuíam o devido processo legal. Mas relevantes mesmo são os

comentários feitos por Arthur Schlesinger Jr, na Revista Fortune, em 1947, acerca do posicionamento dos Juízes da Suprema Corte em relação às políticas do New Deal, apontando que, dos nove juízes daquele tribunal, quatro poderiam ser enquadrados como “ativistas” (Black, Douglas, Murphy e Rutlege), e outros três como campeões da autocontenção (Frankfurter, Jackson e Burton). Os dois restantes, incluindo o Chefe de Justiça, poderiam ser classificados como integrantes de uma posição intermediária (respectivamente, Vinson e Reed)¹⁹. Na visão de Schlesinger, para os ativistas, não era possível separar o direito da política, e toda interpretação deve ser voltada para seus resultados no futuro, já que nenhum resultado é predestinado, e a Corte deve usar seu poder político para obter resultados sociais saudáveis, apontando, ainda, que a autocontenção nada mais é do que uma “boa miragem” (KMIEC, 2004, p. 1447). De fato, considerando aquilo que foi dito aqui até então, a *autocontenção*, embora possa ser uma atitude unipessoal, precede uma prática de *contenção institucional*, que tem origem no funcionamento particular do sistema micro-hegemônico que representa o Poder Judiciário.

No caso brasileiro, costuma-se diferenciar a prática ativista da possibilidade que o ordenamento jurídico confere ao juiz para apreciar as políticas públicas, por exemplo, algo que é permitido pela Constituição Federal e é até mesmo salutar, considerando o princípio da harmonia entre poderes. Ada Pellegrini Grinover, no entanto, traça alguns limites que demarcariam o que é o exercício regular da jurisdição no âmbito da judicialização da política, do que tipifica uma atitude “inovadora” e perigosa para o sistema devido aos excessos que atrai. Seriam eles: a) a garantia do mínimo existencial

¹⁹ Nesse sentido, ver Kmiec (2004, p. 1446).

(direitos à educação fundamental, à saúde básica, ao saneamento, assistência social, acesso ao Judiciário etc.) justificaria a intervenção corretiva do Judiciário; a presença de uma razoabilidade na pretensão individual ou coletiva, em detrimento de manifesta irrazoabilidade na escolha feita pelo agente público; a existência de disponibilidade financeira para se efetivar a política pública na forma pretendida, denominada de *reserva do possível* (2009, p. 123-124).

Tais limites, todavia, a depender das possibilidades imanentes do caso e da capacidade argumentativa do julgador, podem ser facilmente superados, e isso sempre com a justificação no contexto legal, por causa da textura aberta das normas, especialmente as constitucionais, no formato em que atualmente se apresentam (ver item 6.1). Assim, um juiz ativista pode ser aquele que encontrou uma alternativa que não é aceita por boa parte da comunidade jurídica, mas isso não quer dizer, *prima facie*, que, em sua opção, reside alguma eiva de arbítrio no exercício do poder jurisdicional. Como já afirmamos acima, nos casos difíceis, o próprio Direito aceita a adoção de soluções políticas. Esses caminhos, muitas vezes, são divergentes para a solução de uma contingência.

Em verdade, não vemos como estabelecer essa ligação umbilical entre aquilo que denomina de “ativismo judiciário” e o contexto da judicialização da política. Ser ativista ou não é questão de comportamento, algo que o juiz pode ou não assumir em qualquer época e por variadas razões. A questão é esta: o que, em determinado momento histórico, motiva e justifica tal conduta ser ativista e de que forma? Para manter determinada ordem ou para criticá-la? Essa é uma posição decorrente do exercício da própria intelectualidade inerente à função judicial e, nesse contexto, liga-se ao exercício de uma faculdade política.

Do mesmo modo, como bem identifica Gramsci, do ponto de vista dos intelectuais que compõem o Estado, há também uma fragmentação, visto que “o Estado, ainda que os governantes digam o contrário, não tem uma concepção unitária, coerente e homogênea, razão pela qual os grupos intelectuais estão desagregados em vários estratos e no interior de um mesmo estrato” (2007, p. 1394). Ao que nos parece, a resolução do que se entende por ativismo judiciário, aceito como uma questão de atitude frente ao ordenamento jurídico, pode ser resolvida considerando-se a convivência que estabelece entre os intelectuais no seio da Magistratura.

Considerando o Poder Judiciário como um ambiente micro-hegemônico, nele iremos encontrar, necessariamente, uma reprodução do conflito essencial característico do modo de produção capitalista entre as classes dominantes e as subalternas²⁰. Isso repercute na postura dos intelectuais que compõem aquele poder, notadamente os magistrados, que podem ser agrupados de acordo com os vínculos *orgânicos* que mantêm com cada uma das classes fundamentais e com a maneira como eles reagem ao contexto de hegemonia cultural que ali se instala. Assim, partindo-se de uma perspectiva que toma por base a manutenção de um discurso hegemônico e a produção de um discurso contra-hegemônico, teríamos, em relação ao comportamento decisional dos magistrados, as seguintes possibilidades:

²⁰ “Autoconsciência crítica significa, histórica e politicamente, criação de uma elite de intelectuais: uma massa humana não se ‘distingue’ e não se torna independente ‘para si’ sem organizar-se (em sentido lato); e não existe organização sem intelectuais, isto é, sem organizadores e dirigentes, ou seja, sem que o aspecto teórico da ligação teoria-prática se distinga concretamente em um estrato de pessoas ‘especializadas’ na elaboração conceitual e filosófica” (GRAMSCI, 2007, 1386).

COMPORTAMENTO DECISIONAL DA MAGISTRATURA	
Discurso hegemônico	Discurso contra-hegemônico
<p>Ativista:</p> <p>a) Intelectuais orgânicos (classes dirigentes);</p> <p>b) Intelectuais tradicionais (cooptados)</p> <p>Contido:</p> <p>a) Autocontenção</p> <p>b) Contenção institucional</p>	<p>Ativista:</p> <p>a) Intelectuais orgânicos (classes subalternas)</p> <p>b) Intelectuais tradicionais (não-cooptados)</p> <p>c) Intelectuais individualistas</p>

Inspirados na tipologia gramsciana, entendemos que a Magistratura se encontra dividida nos seguintes estratos acima, justamente a partir da distinção que Gramsci faz em relação à atitude que os intelectuais podem assumir em função do contexto hegemônico em que se inserem, porque, depois de demonstrar que todos os homens são filósofos, ainda que de forma inconsciente – já que, até mesmo na linguagem, há uma concepção de mundo – passa-se ao segundo momento, o da crítica e o da consciência, isto é, ao enfrentamento da seguinte questão: é preferível “pensar” sem ter a consciência crítica, de uma forma desagregada e ocasional, participando de uma concepção do mundo imposta mecanicamente pelo ambiente exterior, por um dos muitos grupos sociais nos quais estão todos automaticamente envolvidos desde sua entrada no mundo consciente, ou é preferível elaborar a sua concepção do mundo que seja consciente e crítica e, portanto, em ligação com esse trabalho próprio do cérebro, escolhendo sua própria esfera de atividade, participando ativamente da história do mundo e tornando-se o guia de si mesmo e não mais aceitar do exterior,

passivamente, marca da própria personalidade? (GRAMSCI, 2007, p. 1375-1376).

Conforme se vê na figura acima, o ativismo está vinculado à adoção de um comportamento que pode não ser assumido apenas para transformar determinado contexto social, mas para conservá-lo. O ativismo, no plano hegemônico, é o responsável pela produção de elementos capazes de reforçar a direção cultural exercida pelas classes dominantes, por meio de uma atitude consciente. Aqui se incluem os magistrados que compõem a intelectualidade orgânica derivada dos estratos que mantêm a supremacia social, como também os intelectuais tradicionais (que exprimem o ideário do sistema superado historicamente, mas que aderiram à nova forma de pensamento) que foram cooptados pelo cesarismo, por exemplo, para assumir idêntica postura.

Também podemos encontrar juízes que veiculam formas de pensamento contra hegemônico em sua atividade, especialmente os intelectuais orgânicos oriundos das classes subalternas. No entanto, sob essa classificação, tomando-se por base que o tal discurso, na maior parte do tempo, apresenta-se desagregado e desconforme, não poderíamos deixar de incorporar nessa tipologia os juízes que são porta-vozes dos intelectuais tradicionais que não foram integrados ao esquema hegemônico e que, muitas vezes, veiculam em seu discurso concepções das classes que não ocupam mais a primazia no cenário político, mostrando-se até, sob a ótica do pensamento prevalecente, como um reacionário.

Resta importante mencionar que, nessa categoria, há intelectuais ditos *individualistas*, cuja ação é meramente molecular, e sua participação no processo de transformação social é de pouca monta, geralmente agindo por puro impulso pessoal. Apresentam atitudes

pitorescas reveladas em seus julgados, tais como a manifestação de preferências de pessoais excludentes, preconceitos e opções éticas de cunho personalíssimo e com baixíssimo impacto nas transformações estruturais. Essa é a diferença entre a ação vinculada (ativista) e a atitude individual desconectada do processo histórico, porque as construções arbitrárias são rapidamente eliminadas pela competição histórica, ainda que, em algumas situações, graças a uma combinação de circunstâncias imediatas favoráveis, possam desfrutar de certa popularidade. No entanto, as construções que se sintonizam com as exigências de um período histórico complexo e orgânico terminam por se impor e prevalecer, ainda que passem por fases intermediárias em que sua afirmação se dá tão-somente em combinações mais ou menos bizarras e heteróclitas (GRAMSCI, 2007, p. 1393).

Os juízes ditos contidos assumem uma atitude *passiva* em relação à concepção de mundo que lhes é imposta pelas classes dirigentes. Nessa categoria, incluem-se os que assumem a passividade por mera opção pessoal (a autocontenção de que tratam os teóricos americanos) e os que se submetem aos *mecanismos institucionais de contenção* implantados para preservar a unidade de pensamento e facilitação da segurança jurídica sob a ótica do capital. Isso posto, diverso do esquema proposto por Tate e Vallinder (ver item 3.3 dessa tese), a opção de não participar do processo de interferência na formação de políticas públicas é sobremaneira importante, pois, através dela, evidencia-se que existem mecanismos de coação que atuam diretamente no comportamento decisional dos juízes, visando alijá-lo do processo dialógico com a totalidade dos atores sociais, elemento que representa nossa hipótese básica de pesquisa.

Em suma, dos juízes de primeira instância vem sendo retirada a possibilidade de abraçar concepções de mundo distintas, tão

necessárias ao pluralismo de um mundo que se diz democrático, por isso a assunção de um ativismo que se revela, de logo, como uma opção política a buscar tal escolha divergente, por meio da crítica do senso comum e das velhas concepções de mundo. O primeiro passo, pois, é assumir uma “compreensão crítica de si mesmo”, revelada pela percepção de que se faz parte de uma força hegemônica (consciência política) e dos mecanismos que utiliza para dominar as classes subalternas, e responder à seguinte indagação: “Somos conformistas de algum conformismo, somos sempre homens-massa ou homens coletivos. O problema é o seguinte: qual é o tipo histórico de conformismo, de homem-massa do qual fazemos parte?” (GRAMSCI, 2007, p. 1376). Quando deixamos de praticar esse exercício, não conseguimos fazer a real distinção de nosso papel no contexto social, e nossa personalidade apresenta-se como um complexo de noções que nos foram historicamente passadas em relação ao que seria o mais elevado pensamento mundial. E isso pode ser feito na prática diuturna da resolução de problemas, dos mais simples aos mais complexos²¹. Essa autocrítica promove, assim, um alinhamento da ação às condições materiais que se apresentam atualmente.

Outro aspecto que merece relevo quanto ao ativismo que estamos a desenhar diz respeito à necessidade de se ter uma prática que leve

²¹ “A própria concepção de mundo responde a determinados problemas colocados pela realidade, que são bem-determinados e ‘originais’ em sua atualidade. Como é possível pensar o presente, e um presente bem-determinado, com um pensamento elaborado em face de problemas de um passado frequentemente bastante remoto e superado? Se isso ocorre, significa que somos ‘anacrônicos’ em face da época em que vivemos, que somos fósseis e não seres que vivem de modo moderno. Ou, pelo menos, que somos bizarramente ‘compósitos’. É ocorre, de fato, que grupos sociais que, em determinados aspectos, exprimem a mais desenvolvida modernidade, em outros manifestam-se atrasados com relação a sua própria posição social, sendo, portanto, incapazes de completa autonomia histórica.” (GRAMSCI, 2007, p. 1376).

em consideração um relacionamento entre a intelectualidade e os que Gramsci denomina de “simples”, ou seja, os integrantes das classes subalternas²². É evidente que a teoria que Gramsci constrói acerca do papel dos intelectuais está voltada para promover um movimento revolucionário da tomada de poder pelo proletariado, através da compreensão dos mecanismos que são utilizados na sociedade burguesa para se manter a coesão social. Como saída, ele aponta a elevação cultural das massas, através de uma renovação filosófica de concepção de mundo, levada a cabo pelas concepções do materialismo histórico (chamada nos *Cadernos*, por razões de preservação pessoal contra a censura que vivia na época, de *filosofia da práxis*)²³.

Esse “problematizar” implica, portanto, enfrentar diretamente a concepção filosófica hegemônica no Ocidente, desde o advento do Iluminismo, que concebe o pensamento como algo neutro e homogêneo. E essa faculdade de poder pensar e agir a partir de uma concepção divergente vem sendo suprimida da Magistratura de

²² “O processo de desenvolvimento está ligado a uma dialética intelectuais-massa; o estrato dos intelectuais se desenvolve quantitativa e qualitativamente, mas todo o progresso para uma nova ‘amplitude’ e complexidade do estrato de intelectuais está ligado a um movimento análogo da massa dos simples, que se eleva a níveis superiores de cultura e amplia simultaneamente o seu círculo de influência, com a passagem de indivíduos, ou mesmo de grupos mais ou menos importantes, para o estrato dos intelectuais especializados.” (GRAMSCI, 2007, p. 1386).

²³ Isso nos faz lembrar do pensamento de Herrera-Flores, quando propõe seus compromissos iniciais ao enfrentamento dos direitos humanos no mundo contemporâneo: “A realidade, o mundo, é exterior à nossa mente, não a criamos nós, está aí fora, e seguirá estando por aqui e por ali, tanto se a pensamos como se abdicamos de dita faculdade. Porém, o que nunca devemos permitir são as teorias que negam que possamos explicar, interpretar e intervir na realidade, ou seja, nos sistemas de relações que mantemos com os outros seres humanos, com nós mesmos e com os entornos naturais. Ao criarmos um novo problema à realidade, reconhecemos, portanto, a exterioridade do mundo e, também, a possibilidade de que o sujeito que pensa e atua questione positivamente as relações que se nos apresentam como imutáveis e/ou transcendentais às capacidades humanas de fazer e desfazer mundos. (2009, p. 29).

primeira instância no Brasil. Não se trata de apontar o pensamento contra-hegemônico como o mais correto, mas o direito de exercitar a análise crítica da situação e de colher os influxos que vêm da sociedade, não apenas dos seus estratos dirigentes, mas através do livre contato com outras concepções de mundo, tão necessárias ao pluralismo que reclamava a efetivação dos direitos fundamentais, que vem sendo, sistematicamente, negada aos juízes que se encontram fora da influência política direta dos demais poderes mas, paradoxalmente, mais perto da população.

Por outro lado, a decisão tomada por um juiz ativista, a partir da construção que estamos propondo, tomando como base o papel do julgador como integrante de corpo intelectual diferenciado, capaz de sentir o mundo que o cerca e adotar uma determinada atitude, nada tem de arbitrária. Ela encontra-se devidamente fundada no Direito vigente, do contrário, descambaria no arbítrio. Apenas no caso da prática ativista, o magistrado assume, efetivamente, suas faculdades de exercício político, sobrepondo às razões materiais as meramente formais, tão caras à classe dominante quando não se quer efetivar direitos fundamentais. O mesmo ordenamento jurídico que inspira um juiz conformista a legitimar uma prática governamental, em detrimento dos interesses de determinadas coletividades vulneráveis (como o caso dos indígenas, por exemplo, dos sem-teto, do movimento dos afetados pelas barragens) igualmente inspira o juiz ativista a assegurar uma proteção jurisdicional que receberia, de logo, a pecha de arbitrária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Paradoxalmente, o comportamento dos magistrados brasileiros, no âmbito da judicialização da política, apresenta-se como contido,

contenção essa bem diversa da autorrestrrição individual de que tratam os estudos estadunidenses. A restrição no papel exegético dos juízes dá-se por meio de dois caminhos, sendo resultado do próprio processo histórico que emprestou ao Judiciário condições para participar da formação das políticas públicas, ajustando os demais corpos burocráticos do Estado aos mandamentos constitucionais.

De um lado, instala-se um centralismo burocrático no seio da magistratura, capaz de padronizar as decisões, particularmente das instâncias inferiores, seja pela órbita jurisdicional, através da implantação de um sistema de precedentes com natureza vinculante ou impeditivos de recursos, sem prejuízo da adoção de diretivas disciplinares capazes de enquadrar os juízes a determinados comportamentos, quando se trata do exercício das funções naturais, por intermédio do foco no cumprimento de metas, acompanhadas por um órgão de controle central (Conselho Nacional de Justiça e congêneres) e medidas tendentes a valorizar na carreira aqueles que seguem os entendimentos jurisprudenciais padronizados.

A judicialização da política não pode ser analisada considerando-se apenas sua emergência a partir da segunda metade do século XX. Ela faz parte de um longo processo de ajustamento do Estado ao contexto das lutas de classes, ínsito ao modo de produção de capitalista que, no plano superestrutural, acarretam no exercício de práticas hegemônicas por parte das classes dominantes e aliadas, necessárias à conformação social e ao ajustamento de condutas das classes subalternas. A obtenção do equilíbrio é um exercício constante de adequação entre os interesses dessas classes.

Dentro do contexto da hegemonia civil, a conquista desse equilíbrio, embora sempre tendente à priorizar o econômico, ressalta o papel desempenhado pelos intelectuais orgânicos, capazes de

produzirem um senso comum, uma concepção de mundo, capaz de levar a um ajustamento que se alinhe aos interesses dominantes. Esse embate pela conquista do domínio cultural e ético de uma sociedade perpassa todas as instituições sociais, estejam elas na sociedade civil ou nos aparelhos burocráticos do Estado (sociedade política). Portanto, é o senso comum a via capaz de unificar esses dois planos, levando-nos a uma concepção ampliada de Estado, que não exclua a sociedade civil da sua composição.

O Poder Judiciário, como integrante da sociedade política e independentemente do papel a que lhe é atribuído historicamente, apresenta-se, como qualquer outro aparelho ideológico do Estado, sujeito aos influxos do senso comum, isto é, ele produz material ideológico específico e recebe influxos de outros segmentos burocráticos, bem assim dos aparelhos ideológicos privados (sociedade civil). Igualmente, o contexto de dominação e subordinação não lhe é estranho. Portanto, se de um lado houve realmente um incremento da função judiciária, invadindo espaços dos outros poderes na formação de políticas públicas e regulando áreas antes inexploradas da sociedade civil, a contrapartida se deu através da padronização comportamental, em favor do pensamento hegemônico, justamente como forma de priorizar os valores essenciais nesse campo para o capitalismo, quais sejam: a segurança e a previsibilidade.

Por tais razões, preferimos dividir o comportamento judicial em função do discurso assumido nas decisões, naquilo que é efetivamente produzido pelos magistrados, no sentido de ser articulado em favor do pensamento hegemônico ou contra tal orientação. Isso implica, como decorrência natural, um realinhamento da noção que se tem do ativismo judiciário, que

passaria a ser, no sentido que atribuímos nesse ensaio, hegemônico e contra- hegemônico. O discurso manifestado na ação política é que vai dar tônica do comportamento judicial. Justamente por isso, permanecer passivo (omitir-se em participar do processo de formação das políticas públicas) também representa um alinhamento com o senso comum prevalente, pelo fato de se preferir não questioná-lo. A questão central - repise-se - é que, na maior parte das vezes, ser passivo não é opção, é regra, ditada pelas instâncias superiores.

O fato é que esse centralismo burocrático implantado no âmbito judiciário vai provocando um gradual estranhamento dos juízes, particularmente aqueles que atuam nas instâncias inferiores e mantém contato mais próximo com a sociedade civil, transformando a atividade judicial num procedimento mecanizado e insensível às discrepâncias que devem ser observadas no momento especial de se promover o ajustamento da norma às peculiaridades do caso concreto.

Submetido em: 10 Fev 2014

Processos de Aprovação: Double Blind Peer Review

Aprovado em: 16 Ago 2015.

Obs: Publicação retroativa em setembro de 2015

Organizador: Enoque Feitosa

Editor: José Ernesto Pimentel Filho

Revisão e Paginação: Clarissa Cecília Ferreira Alves

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis; BADIOU, Alain. **Materialismo histórico e materialismo dialético**. 2ed. São Paulo: Global Editora, 1986.

- ANDERSON, Perry. **Las antinomias de Antonio Gramsci**: Estado y revolución en Occidente. Barcelona: Editorial Fontanamara, 1981.
- BANCO MUNDIAL. Documento Técnico número 319. **Poder Judiciário**: elementos para reforma. Washington, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 9ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. O sistema jurídico brasileiro e a missão das nossas universidades. In: COUTINHO, Ana Luísa Celino *et al.* **Direito, cidadania e desenvolvimento**. Florianópolis: Grupo Conceito, 2012.
- COUTINHO, Carlos Nelson. **De Rousseau a Gramsci**: ensaios de teoria política. São Paulo: Boitempo, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FEITOSA, Enoque. Forma jurídica e materialismo dialético: a crítica marxista ao direito. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (orgs.). **Marxismo, realismo e direitos humanos**. João Pessoa: EdUFPB, 2012. p. 107-157.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Madrid: Marcel Pons, 2007.
- FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

GARNOT, Benoît. Justiça e sociedade na França do Século XVIII. **Textos de História**, v. 11, n. 1/2, 2003.

GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del Carcere**. Edizione critica dell'Istituto Gramsci. A cura di Valentino Gerratana. 4v. Torino: Einaudi, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto de. **As grandes transformações do processo civil brasileiro**: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KMIEC, Keenan D. The origins and current meanings of judicial activism. **California Law Review**. Oct. 2004.

LEYRET, Henry. **Les nouveaux jugements du Président Magnaud**. Paris: Librairie C. Reinwald, 1903. Disponível em: <http://books.google.fr/books?id=WRf3GAy9tHUC&q=LEYRET,+Henry.+Les+nouveaux+jugements+du+Pr%C3%A9sident+Magnaud&dq=LEYRET,+Henry.+Les+nouveaux+jugements+du+Pr%C3%A9sident+Magnaud&hl=fr&sa=X&ei=_ry9Uf6sDenW7QbbpICAAg&sqi=2&ved=0CDEQ6AEwA> Acesso em: 25 dez 2012.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARX, Karl. **O Capital**. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **Para a crítica da economia política** (Col. Os Pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do Judiciário no Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. A reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas. **Revista do CEJ**, Brasília, n. 21, p. 79-86, abr./jun. 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUNES, José Dierle Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez (Trad. Isabel Lifante Vidal). **DOXA - Cadernos de Filosofia**, número 14, 1993. Disponível em: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf?portal=0 . Acesso em: 03 out. 2011.

POULANTZAS, Nico. **O Estado, o poder, o socialismo**. 2ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1990.

PEREIRA, João Márcio Mendes. **O Banco Mundial como ator político, intelectual e financeiro: 1944-2008**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003.

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

SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. **The judicialization of politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SODRÉ, Habacuque Wellington. As contingências das demandas individuais frente à questão da universalização dos direitos sociais no contexto da judicialização da política. **Revista de Processo**. ano 36, vol. 200, São Paulo, oct. 2011.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999.

_____. **Corpo e alma da Magistratura brasileira**. 3ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

World Bank Technical Paper Number 280, **Judicial Reform in Latin America and Caribbean**: Proceedings of a World Bank Conference. Washington, 1995.

The Judicialization of Politics in Brazil and the Decision-Making Behavior of the Magistrates: Analysis from the Perspective of Historical and Dialectical Materialism of Gramsci

Paulo Henrique Tavares da Silva

Abstract: This essay object is the study of the decisional behavior of the Brazilian lower court magistrates. It considers the scenario of what is conventionally called the judicialization of politics, by which the Judiciary power from the second half of the 20th Century has started to face subjects alluding not only to the strict legality of administrative acts, as well as to whether public policies are aligned with the programmatic precepts of the constitutional rules. From these new tasks assigned to the Judiciary, it is investigated the behavior which is assumed by the magistrates. The hypothesis is that, paradoxically, they continue to operate in a restrained way, as they do not take advantage of the completeness of interpretive perspectives that are opened from this new institutional configuration. The understanding of what occurs with the judges, however, remained enlarged and it was made based on the perspective of historical materialism, revealing that the judiciary can be considered as a micro-hegemonic environment. It is inserted in an expanded conception of State, in which unfolds a diurnal fight between organic intellectuals linked to the ruling classes and those who defend the ideals of the subaltern classes, aiming the conception and the dissemination of a legal common sense, repositioning, even the current notion of what would be judicial activism.

Keywords: Judiciary Power; Judicialization of Politics; Decisional Behavior.