

ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO PRÓ-ATIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Aline Baptista da SILVA¹
Cláudio José Palma SANCHEZ²

RESUMO: Este trabalho pretende demonstrar uma visão geral do papel cada vez mais ativo que o Poder Judiciário tem desempenhado na vida institucional brasileira, e analisa a constitucionalidade e a legitimidade dessa atuação, no tocante a tripartição dos poderes. Além disso, para a melhor compreensão do ativismo judicial, o presente estudo relata a sua origem, expõe os riscos da hermenêutica e apresenta outro fenômeno recorrente e marcante no contexto jurídico brasileiro e que, por vezes, é tido como sinônimo de ativismo, a chamada “judicialização da política”.

Palavras-chave: Legitimidade. Ativismo Judicial. Poderes. Hermenêutica. Judicialização.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa teve como enfoque principal a análise da postura pró-ativa que o Poder Judiciário tem assumido na concretização dos direitos fundamentais do cidadão, estes, previstos no artigo 5º da nossa Constituição – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” – e também fora dele. Tal postura tem como uma de suas causas a omissão inconstitucional por parte dos poderes eletivos (Executivo e Legislativo). Dessa forma, visando dar cumprimento às normas constitucionais, o Poder Judiciário assume temporariamente a função dos demais poderes, dando efetividade as normas constitucionais.

O tema proposto desfruta de grande importância na paisagem jurídica brasileira e mundial, pois, como veremos adiante, o fenômeno não é peculiaridade nossa. Em diversas partes do mundo e em diferentes momentos históricos, cortes constitucionais ocuparam papel de destaque na tomada de decisões envolvendo assuntos de largo alcance social e político, e que como tal influenciam de forma

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. RA. 001.1.15.442 e-mail: aline_sbaptista@hotmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado. e-mail: palma@unitoledo.br

marcante e direta os rumos da sociedade, daí a pertinência de se analisar determinado assunto.

2 ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM ALGUNS PAÍSES

As origens do ativismo judicial nos levam à jurisprudência norte-americana; Faz-se necessário registrar, no entanto, que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora e a decisão tomada, aos moldes atuais, de caráter absurdo. Em 1857, no famoso caso *Dred Scott v. Sanford*, sentenciou-se que os escravos africanos que tivessem sido importados para os Estados Unidos e seus descendentes, quer fossem ou não escravos, não estavam protegidos pela Constituição daquele país e nunca se tornariam cidadãos norte-americanos.

Além disso, a Suprema Corte decidiu que o Congresso não possuía autoridade para proibir a escravidão nos territórios federais da União e, que os escravos, assim como os bens, não poderiam ser retirados dos seus donos sem o devido processo legal. O tribunal também declarou que os escravos, como não eram cidadãos, não poderiam requerer em tribunais.

Modernamente, as decisões possuem um caráter muito mais progressista e têm visado à proteção dos direitos humanos. No Canadá, por exemplo, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense; Em Israel a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade com a Constituição e com atos internacionais da construção de um muro na fronteira com o território palestino.

Em alguns casos, a atuação do Poder Judiciário se estende a assuntos de grande interesse nacional e que podem mudar os rumos de um país, como a decisão da Corte Constitucional da Coréia de restituir o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment, ou ainda o papel vital que a Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico.

3 LEGITIMIDADE DO ATIVISMO NO TOCANTE A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

Os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo e, embora não tenham sido escolhidos para seus cargos por meio da vontade popular, atuam, inclusive, invalidando os atos dos dois outros Poderes (Executivo e Legislativo). Esse cenário institucional é alvo de uma série de críticas por parte de alguns doutrinadores, que consideram o ativismo judicial como uma invasão injustificada do Poder Judiciário no domínio dos outros Poderes, e uma prática até mesmo antidemocrática. Esta visão clássica de separação, ou ainda, tripartição dos Poderes foi proposta por Montesquieu (2014, p.170), que enunciou:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Elival da Silva Ramos (2010, p.138), em consonância com o que enunciou Montesquieu já em 1748, também considera o ativismo judicial como o desrespeito aos limites normativos básicos da função jurisdicional. Entretanto, há fundamentos que validam e legitimam as decisões daqueles que não foram eleitos pelo povo; Um deles diz respeito ao fato de que “a maior parte dos Estados democráticos, reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral” (BARROSO, 2008, p. 11). A própria Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal, que a interpreta e tem como um de seus papéis velar pela democracia e pelos direitos fundamentais e das minorias.

Além do ativismo, temos a autocontenção judicial, que é a postura esperada por aqueles contrários à atuação judicial e que os tribunais podem tomar, eximindo-se da responsabilidade de julgarem uma questão “alegando que determinada matéria é eminentemente política, não cabendo a eles a solução de tal questão” (TIBIRIÇÁ, 2014, p.147).

Pela autocontenção judicial, limita-se o âmbito de atuação dos juízes, que passariam a interferir minimamente na esfera dos outros Poderes, como pontuou Luís Roberto Barroso (2005, p.07):

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. [...]

Vale ressaltar, no entanto, que cabe ao Judiciário a defesa da Constituição, e este fim somente pode ser alcançado pelo integral cumprimento do dever de julgar. Dessa forma, a postura de interferência mínima adotada pela autocontenção judicial seria incompatível com o Estado Democrático de Direito e inconstitucional.

4 “RISCO HERMENÊUTICO” NO ATIVISMO JUDICIAL

A postura pró-ativa que o Poder Judiciário tem assumido ao longo dos anos na concretização dos direitos do cidadão tem gerado certo receio no tocante à forma como o texto da lei tem sido interpretado, e as decisões, fundamentadas. Segundo Bruno César Maciel Braga (2014) “esta atuação do Judiciário, sobrepondo-se à atividade legislativa peca por gerar insegurança jurídica, retirando qualquer parâmetro de controle sobre a atuação da magistratura, transformando o Judiciário no “superego” da sociedade, assumindo a posição de ditar os valores morais que devem preponderar em cada caso”.

Com relação às decisões judiciais, muitas vezes, baseadas e fundamentadas em princípios em detrimento as leis, Lênio Streck, em entrevista a revista eletrônica “Consultor Jurídico” pondera:

A era dos princípios não veio para transformar o Direito em um império de decisões baseadas na consciência individual de cada julgador. Princípios têm a função de resgatar o mundo prático no Direito. Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais – mormente o STJ e o STF – acabam entulhados de processos. No fundo, a repercussão geral e as súmulas são uma resposta darwiniana a uma espécie de estado de natureza hermenêutico que criamos. Veja só: se fundamentarmos cada decisão até o limite, teremos uma maior *accountability* [prestação de contas em cada decisão]. Mais: se anulássemos decisões mal fundamentadas, não teríamos essa proliferação de embargos declaratórios. Sugiro, portanto, que cumpramos o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal [estabelece que os julgamentos têm que ser públicos e as decisões, fundamentadas] que, antes de ser um direito, é um dever fundamental do juiz.

Ainda em relação aos riscos que a interpretação judicial pode ocasionar, vale ressaltar que “as decisões acabam sendo fruto de meras subjetividades, sem compromisso com a história institucional do Direito e do instituto em questão. É o extremo pragmaticismo em vigor. Como se existisse um “grau zero” e que a decisão pode ser do jeito que o decisor quiser” (Streck, 2012).

5 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização da política representa o fenômeno pelo qual uma questão política alcança o Poder Judiciário. Este, inclusive, tem se tornado, cada vez mais, locus de elaboração e decisão sobre políticas públicas. A questão política é todo ato de poder que não pode ser efetivamente apreciado pelo Poder Judiciário, ainda que seja apresentado para em algum tribunal (SOUZA JUNIOR, 2004, p.66). Nesse sentido, o campo de atuação jurisdicional se restringiria apenas às questões jurídicas, isto é, passíveis de discussão nos tribunais.

Acontece que a zona fronteira, que distingue as questões políticas das questões jurídicas, é nebulosa. Assim, “a alegada invulnerabilidade do ato não inibe a apreciação judicial, pois é da índole de todo Estado democrático propiciar a

avaliação de qualquer controvérsia pelos tribunais” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.70). Isso significa que a questão, embora assuma uma roupagem política, sempre poderá ser discutida em juízo, pois ao Judiciário cabe o dever de julgar todas as questões que lhe são submetidas.

A incorporação do papel de agente político pelo Judiciário é sentida há muito no Brasil, seja pelos temas que pautam as decisões do STF, como o aborto, demarcação de terras indígenas, pesquisas com células-tronco, execução penal nos crimes hediondos, greve do funcionalismo público, seja pela atuação pró-ativa dos órgãos administrativos do Judiciário, como o Conselho Nacional de Justiça, com a implementação de projetos amplos de política nacional, o mutirão carcerário, o Cadastro Nacional de Adoção, programas de registro civil, entre outros.

O próprio STF, consciente da repercussão dos temas ali em debate, e talvez para suprir o déficit democrático na tomada de decisões de grande extensão social, tem defendido a produção de normas e implementado mecanismos para conferir alguma participação da sociedade civil nas discussões ali travadas, de forma similar à ocorrida em outros países. Dessa forma, segundo nos ensina Luís Roberto Barroso (2008, p.14-15):

[...] o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição do funcionalismo do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

Além disso, “o Judiciário é o guardião dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cabendo-lhe a proteção do cidadão contra

qualquer ato que apresente qualquer resquício de abuso de poder. Sendo assim, se um ato político afrontar a constituição, o poder Judiciário pode e deve intervir, para a manutenção da soberania constitucional e do Estado Democrático de Direito (TIBIRIÇÁ, 2014, p.145). Neste sentido, o Poder Judiciário não pode se eximir de apreciar as questões políticas, porque “pior que os riscos de decisões judiciais politicamente abusadas seria não haver canal algum para a solução de controvérsias de fundo político” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.85).

6 CONCLUSÃO

É certo que o ativismo judicial, ou seja, a atuação pró-ativa do Poder Judiciário perante questões que originalmente pertencem aos outros poderes, nos remonta a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, salientando-se que, inicialmente, essa atuação foi de natureza conservadora.

Nos últimos anos, especialmente, com o papel ativo que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado na vida institucional brasileira, muitos doutrinadores têm travado grandes debates com relação à constitucionalidade e a legitimidade dessa atuação, principalmente no tocante a tripartição dos poderes. Vale ressaltar, no entanto, que esse fenômeno não é exclusividade brasileira; decisões muito importantes e, em alguns casos, com grande apelo popular, já foram tomadas pelas Cortes de países como Estados Unidos, Canadá e Turquia.

Ainda com relação à constitucionalidade da atuação do Judiciário, esta ação se legitima pelo objetivo de concretizar direitos fundamentais, ou seja, efetivar os direitos do cidadão. Desse modo, a chamada “autocontenção judicial”, postura em que juízes e tribunais se eximem da responsabilidade de julgar é, por vezes, incompatível com o Estado Democrático de Direito e até mesmo inconstitucional, porque ao Judiciário cabe a proteção da Constituição, e este fim só pode ser alcançado pelo integral cumprimento do dever de julgar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. **Da Legitimação Democrática do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/25>> Acesso em: 25 de abril de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 01 de maio de 2015.

BERNARDO, Leandro Ferreira. **Ativismo judicial e Estado democrático de direito**. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-1-n-1-fev-maio-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-06-16.5948411961>> Acesso em: 22 de abril de 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Judicialização da política é “fenômeno mundial”**. Disponível em: <<http://www.teoriaedebate.org.br/estantes/livros/judicializacao-da-politica>> Acesso em: 09 de maio de 2015.

BRAGA, Bruno César Maciel. **Legítimo ativismo judicial ou volta ao decisionismo?** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28915/o-super-poder-judiciario>> Acesso em: 25 de abril de 2015.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605> Acesso em: 01 de maio de 2015.

FERES JÚNIOR, João. **O combate à discriminação racial nos EUA: estudo histórico comparado da atuação dos três poderes**. Disponível em: <<http://www.sociedadeemestudos.ufpr.br/atual/arquivos/junior%20pag%2053.pdf>> Acesso em: 02 de maio de 2015.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MELO, Eliane Spacil. **A judicialização da política no Brasil**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13775> Acesso em: 23 de abril de 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PINHEIRO, Aline. **Ativismo judicial não é bom para a democracia.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>> Acesso em: 01 de maio de 2015.

PINTO, Marcos José. **Uma visão crítica sobre o ativismo judicial no Brasil.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24991/uma-visao-critica-sobre-o-ativismo-judicial-no-brasil>> Acesso em: 23 de abril de 2015.

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

ROESSLER, Sarah E. **Dred Scott v. Sandford Analysis.** Disponível em: <http://cupola.gettysburg.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1329&context=student_scholarship> Acesso: 22 de abril de 2015.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas.** Porto Alegre: Síntese, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **E o Oscar vai para... o decisionismo (de novo)!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-03/senso-incomum-habeas-corpus-jogador-oscar-exemplo-decisionismo>> Acesso em: 09 de maio de 2015.