

DECIDIR É CRIAR! O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS REPERCUSSÕES

Natália Freitas ROSSI¹

RESUMO: O movimento denominado neoconstitucionalismo, traz uma nova acepção à Constituição, antes apenas vista como um instrumento político, hoje atua como força normativa, irradiadora do direito. A própria constituição em seu art. 2º estabelece a separação dos poderes. No entanto, essa mesma constituição confere ao judiciário, mecanismos importantes para preencher vazios, ocasionados pela não atuação do legislativo em determinada questão. Rompe-se então com a divisão tradicional dos poderes, na medida em que o judiciário passa a exercer uma função atípica, denominada de ativismo judicial, um dos assuntos mais controversos existentes no constitucionalismo moderno a que vamos tratar no presente trabalho, buscando aprofundar os conhecimentos sobre o tema.

Palavras-chave: ativismo judicial. Separação dos poderes. Poder Judiciário. Função atípica. Legislar.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o processo do neoconstitucionalismo se deu com a Constituição de 1988, que se viu o reconhecimento da sua força normativa, levando em consideração uma nova hermenêutica, que só é possível numa democracia. A ideia de uma interpretação principiológica e sistemática do texto legal foi superada junto à premissa de um Estado Democrático e Social que vive em constantes mudanças. O fortalecimento da jurisdição constitucional de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação do poder judiciário em funções dos demais poderes. Mas, seria legítimo um ativismo judicial em uma constituição que prega a divisão de poderes defendida por Montesquieu? Seria essa função atípica do judiciário uma afronta ao princípio da separação dos poderes, ou uma

¹ Discente do 4º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail natalia2557@hotmail.com.

necessidade constitucional para garantir a plena eficácia e supremacia das normas constitucionais? (MORAES, 2012, p.801)²

O ativismo judicial é um tema de grande relevância na política social, pois é um dos elementos transformadores do novo Estado Democrático de Direito. O Brasil tem se deparado com uma rápida evolução de direitos advindos das liberdades apresentadas pela Carta Maior de 1988 e esse movimento é uma resposta à uma sociedade que demanda cada vez mais rapidez e eficiência na aplicação de seus direitos. Portanto, há com esse instrumento uma maior preocupação com o bem estar social, com a garantia dos direitos dos cidadãos, diante da falta de regulamentação das leis ou omissão dos poderes políticos. Corrobora o jurista Barroso em seu artigo publicado pela revista consultor jurídico: “o judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento...”. (BARROSO, 2012)

O presente trabalho buscou analisar a efetiva atuação do judiciário e os limites impostos a essa função atípica com base nos parâmetros que a própria Constituição Federal oferece. Precipuamente, há a definição de ativismo judicial, suas peculiaridades e críticas. Em seguida, tratou de indicar esse fenômeno em âmbito mais prático, o ativismo judicial à luz da jurisprudência. E por fim, a conclusão a que se chega desse eventual paradoxo.

2. ATIVISMO JUDICIAL

Como o próprio nome já diz, é o Poder Judiciário atuando ativamente na interpretação e aplicação das normas constitucionais, diante da omissão do parlamento, correndo uma verdadeira troca de sujeitos para efetivar direitos fundamentais. Ativismo judicial caracteriza-se pela possibilidade de decisão do Judiciário, é o exercício deste nas funções dos outros poderes, mas dentro de limites e parâmetros estabelecidos pela Lei Maior.

Pertinente ao tema, José Afonso da Silva aborda o tema ativismo judicial em seminário da OAB, ocorrido do dia 12 de junho de 2013, definindo-o como:

² MORAES, Alexandre – Direito Constitucional 28ª edição.

O ativismo judicial se caracteriza por um modo pró-ativo de interpretação constitucional pelo poder judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais.

Bem, esse modo pró-ativo vem sendo utilizado com frequência e a doutrina tem se debruçado sobre a temática. Elival da Silva Ramos (2010, p.129), em seu livro “Ativismo Judicial”, estabelece o seguinte conceito desse fenômeno:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

A expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez em 1947 nos Estados Unidos da América do Norte, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, para ele, ativismo judicial é quando o juiz interpreta a lei no sentido de garantir direitos. Essa ideia foi muito criticada e vista por muitos de forma negativa. No entanto, foi a grande responsável pelas mudanças sociais no país, como o fim da segregação racial. Porém, entende-se que ativismo judicial vai muito além do que o exposto nessa definição. O conceito do americano se encaixa mais na judicialização (direito de acesso ao judiciário quando houver qualquer lesão ou ameaça a um direito), enquanto ativismo judicial ocorre quando um juiz “cria” uma nova norma, ele não interpreta uma lei existente, mas inventa uma não contemplada no ordenamento jurídico. Segundo, Luís Roberto Barroso, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal:

A judicialização ampla, portanto, é um *fato*, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma *atitude*, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. (BARROSO, 2012, revista consultor jurídico).

Ativismo judicial, em um primeiro momento, reporta-se à ideia de uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento da função

legislativa. Diversamente, do Sistema *Common Law*, em que é muito mais difícil a caracterização do que seria uma atuação ativista do judiciário, pois há uma proximidade maior entre a atuação do juiz e do legislador, no que tange a criação de normas jurídicas. Nos países de família anglo-saxônica, o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito. (juízes legisladores? Cit. p.123 RAMOS, 2010, p.109). Destarte, o ativismo é elogiado, diante do Sistema *Common Law*, por proporcionar uma adaptação do direito diante das novas necessidades sociais, diferente do “passivismo”, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador, o que já está normativamente consagrado.

Segundo Elival Ramos:

As decisões judiciais não se limitam a reproduzir o que está no texto da lei, estes podem ser desdobrados, adaptados e até enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática a qual o judiciário foi provocado. (RAMOS, 2010, p.119).

Entretanto, não se pode negar, que a liberdade de criação aos aplicadores oficiais do direito é menor do que aquela reservada ao poder legislativo, pois a este é caracterizado como sua função típica. Contudo, os conceitos vagos deixados pelo legislador, não podem ser considerados como erro em sua função, mas uma maneira encontrada pelo legislador de deixar uma ampla flexibilidade para o intérprete-aplicador para alcançar as finalidades pretendidas.

“A jurisdição é função criativa: cria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto” segundo Fredie Didier (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 86).

A atividade do juiz não deve estar sujeita a um procedimento mecânico de impor a “letra” legal, pois se assim fosse, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar. Em consequência a isso, os valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado (princípio da supremacia da lei), estão cedendo espaço à crítica judicial, em que o juiz deve utilizar de todos os instrumentos necessários para decisão do caso concreto. (DIDIER JÚNIOR, 2010, pp.86-87).

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a constituição, do controle de constitucionalidade e

da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto. Essa opinião é compartilhada por doutrinada como Fredie Didier DIDIER (2010, p.88) e também Luiz Guilherme Marinoni MARINONI (2006, p. 99).

Hanz Kelsen enfatizava a distinção entre a discricionariedade legislativa e a discricionariedade judicial (1998, p.368). Ambas possuem o dever de observar os parâmetros jurídicos já estabelecidos, porém possuem certa liberdade de ação dentro dos limites do direito. Portanto, haveria um marco de diferença entre essas discricionariedades, que kelsen denomina como uma diferença quantitativa, pois examina o grau de discricionariedade entre o poder legislativo e o judiciário. Aquele possui uma vinculação bem mais reduzida com o aspecto material, o legislador está limitado apenas às normas constitucionais, já o juiz é muito mais livre na criação do Direito, por se referirem à totalidade do sistema (normas-princípios, conceitos indeterminados...) ³.

Os princípios constitucionais assumem um papel importante na atividade interpretativa do juiz, pois norteiam a construção e aplicação das normas a ele relacionadas. O legislador não consegue prever todas as situações da vida. Portanto, para que o juiz possa fazer valer o direito do indivíduo, os princípios estão cada vez mais sendo aplicados aos casos concretos.

Destarte, o ativismo trata-se de uma maneira ativa de interpretação da constituição, em razão de diversos fatores como, a valorização e o reconhecimento da força normativa da constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem uma postura mais ativa e criativa do órgão jurisdicional para a solução dos problemas e, também, a criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção, que atribui ao judiciário a função de suprir, no caso concreto, a omissão legislativa. Este seria atraente, todavia, o uso de forma exacerbada pode trazer sérios riscos ao Estado de Direito, que tem como pressuposto a supremacia da constituição e o respeito dos poderes quanto a ela.

2.1 Críticas a esse fenômeno

³ RAMOS, Da Silva Elival, *Ativismo Judicial*, p.123 *Teoria Pura do Direito* p.368.

Parte dos doutrinadores se opõe ao ativismo judicial, como é o caso do filósofo Americano, Ronald Dworkin, para ele:

Um juiz ativista ignoraria o texto da constituição, a historia de sua promulgação, as decisões anteriores da suprema corte que buscam interpreta-la e as duradouras tradições de nossa cultura política, o ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige... (DWORKIN, 2010, p.135)

Leva-se em conta, precipuamente, o fato de o ativismo judicial não ter lugar dentro de uma democracia representativa, pois o povo não elegeu os magistrados para fazer leis, mas sim o poder legislativo, considerado representante do povo, portanto ocorre uma inversão democrática. Críticos enfatizam que seria uma alienação popular, como se as pessoas não participassem das decisões de grande importância.

Outrossim, afirmam, que com o ativismo há o enfraquecimento dos poderes constituídos, podendo causar conflitos ou até mesmo uma acomodação dos demais poderes. Esse fato dotaria o poder judiciário de superioridade.

Todavia, o fator principal, justificativa da grande maioria das críticas, é o princípio protegido pelo texto constitucional, da tripartição dos poderes. Paradoxo seria a legalidade do ativismo judicial, por ir contra ao que reza o art. 2º da CF.

Porém, o princípio da separação dos poderes está muito relativizado no Estado Moderno, a justificativa, é a importância dos direitos fundamentais e sua efetivação. Não há como um poder se manter inerte, por não ser sua função típica, diante de uma conduta que viole direitos fundamentais. Eduardo Cambi ressalta que:

Se a Constituição está acima de todas as funções estatais e cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, ainda que possam surgir zonas de tensões, não se pode reservar aos juízes o papel de mero carimbador das decisões políticas tomadas pelo Legislativo e/ou pelo Executivo [...] O Poder Judiciário é chamado a exercer função sócio-terapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais. Não está, para isto, mais condicionado à estrita legalidade (*dura lex sed lex*), assumindo, ao lado do

Poder Executivo e do Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social (CAMBI, 2008, pp. 97-98).

Portanto, não há mais aquela rigidez anteriormente verificada, hoje já é perceptível, uma relação de cooperação entre os poderes do Estado. O sistema de “freios e contrapesos” garante essa harmonia e independência entre estes, um podendo atuar da função do outro, objetivando evitar o arbítrio e proteger os direitos individuais e coletivos. Acentua a essa informação José Afonso Da Silva:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (SILVA, 2009, p. 110).

O ordenamento jurídico brasileiro é lacunoso, exige-se, portanto o reconhecimento desse caráter criativo da atividade jurisdicional. O povo não elegeu os magistrados, mas são eles que satisfazem suas pretensões quando necessárias. O juiz trabalha para fazer justiça, e uma decisão justa ao caso concreto requer um direito adaptado às necessidades sociais. Situações novas surgem a todo o momento e demandam decisões rápidas, pois tratam de direitos e garantias fundamentais, resguardados na égide da constituição federal.

Dentro do princípio da harmonia e separações dos poderes há funções típicas e atípicas, visando que o Estado funcione de maneira a assegurar os direitos e garantias fundamentais. O juiz deve ser sempre um intérprete dos sentimentos sociais, das circunstâncias do seu tempo. A realidade de hoje requer certa autonomia do poder judiciário, porém essa autonomia é relativa, o direito impõe ao juiz limites a que devem ser atentados, em nome da legitimidade democrática. Na democracia, os poderes se controlam mutuamente, destarte, o fato do judiciário ter a ultima palavra da interpretação constitucional, não te da o direito de sobrepor-se sem medidas aos demais poderes.

Portanto, o papel do juiz é considerado sim democrático, porque mesmo quando invalida uma lei ou um ato do executivo, ele está fazendo isso em

nome da democracia, e não em violação a esta, porque a democracia é mais do que a simples vontade da maioria, é o governo da maioria, respeitados os direitos fundamentais e as regras do jogo da política.

. 2.1.1 Ativismo judicial à luz da jurisprudência

Decisões do Supremo Tribunal Federal mostram um Judiciário mais ativo na efetivação dos direitos fundamentais. Vejamos alguns pontos que comprovam essa tese diante da inércia do Legislativo, que configura um tipo de desobediência, ou seja, inconstitucionalidade por omissão.

O art. 5º, LXVII da constituição federal, permite a prisão por dívida do depositário infiel. Porém, a súmula vinculante 25 do STF proíbe esse ato.

“é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Percebe-se, portanto, que o supremo alterou a interpretação de uma norma constitucional, sem declará-la inconstitucional e o que prevalece é a decisão do STF.

Outrossim, são exemplos de decisões ativistas, como a restrição do uso de algemas, exigência de fidelidade partidária, regulamentação dos direitos de greve aos servidores públicos, vedação do nepotismo dos três poderes, equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, interrupção da gestação de feto anencefálico, entre muitos outros.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, decidiu, na sessão de 13 de agosto de 2015, que o poder judiciário pode determinar que a administração pública realize obras e reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos. Tal decisão foi muito contestada, por acreditarem que seria uma ingerência indevida do judiciário em seara reservada à administração, portanto violaria o princípio da separação dos poderes. No entanto, o ministro, relator do caso, Ricardo Lewandowski deixou claro que “É chegada a hora de o Judiciário fazer jus às elevadas competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal, assumindo o status de Poder do Estado, principalmente

quando os demais poderes estão absolutamente omissos na questão dos presídios” e salientou que não é possível falar em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, usando como fundamento o princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma das garantias basilares para efetivação dos direitos fundamentais, a qual possui resguardo pelo art. 5º XXXV CF, garantindo a todos que qualquer conflito submetido ao tribunal, deva necessariamente ser resolvido. Isso importa dizer, que ainda que a situação concreta não esteja expressamente prevista em lei, o magistrado não pode deixar de julgar, de dar uma resposta ao problema.

“Todos esses julgamentos demonstram o poder judiciário atendendo às demandas sociais não satisfeitas pelo poder legislativo e executivo” (BARROSO, 2012, Revista Consultor Jurídico). Contempla então, o ativismo judicial como um fenômeno positivo, onde as pessoas podem fazer valer seus direitos, papel do judiciário em garantir a efetivação destes em detrimento a uma invasão na função típica do legislativo e do executivo.

3 CONCLUSÕES

A postura ativista se manifesta devido ao aumento de temas controversos, que não possuem legislação para resolução do caso, com isso, acabam esbarrando nas portas do judiciário para a satisfação da tutela jurisdicional. Entretanto, a atividade do juiz, se não realizada de forma cautelosa, acarretará um atropelamento do judiciário na vida do legislativo. É por esse motivo, que há sempre limites a serem respeitados, nenhuma conduta é absoluta no mundo do direito.

Autores há a defender, que sendo o poder judiciário o guardião da constituição federal, faz-se necessário uma postura mais criativa e comprometida com a justiça. Em contrapartida, críticas são evidenciadas pelos demais juristas, que enxergam no ativismo judicial um caráter nocivo à democracia, na qual acarretaria o indesejado “governo de juízes”, sobrepondo aos demais poderes, e indo contra ao princípio da separação dos poderes.

No entanto, alguns juristas estão acomodados em achar que há sempre uma resposta pronta para tudo, oferecida pelo ordenamento jurídico atual e negam-se a observar sobre o aspecto ético da atividade jurisdicional, que lhe

permite a escolha mais justa ao caso concreto. As necessidades sociais em constantes mudanças exigem a satisfação de seus direitos. Qualquer pessoa, por mais leiga que seja, quando tem um direito seu infringido, busca amparo nos meios judiciais, é por esse e outros motivos, que não seria ético dizerem, que a atuação ativista do poder judiciário seria uma alienação popular ou então uma violação ao princípio da separação dos poderes, o meio jurídico deve acompanhar a dinâmica do meio social, um direito intacto, não é sinônimo de direito justo.

Um Estado só funcionará bem, se suas atividades forem exercidas harmonicamente, é por isso que há de se ressaltar o sistema de “freios e contrapesos”. Portanto, é natural que as dificuldades se apontem, mas um manuseio racional, técnico, bem efetivado, pode servir como pilar para a construção desse novo “templo constitucional”.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A ascensão política das supremas cortes e do judiciário.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>> Em: 6 jun. 2012 acesso em: 15 fev. 2015

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12685_Cached.pdf> acesso em: 18 fev. 2015

CAMBI, Eduardo. **Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais.** In: Direitos fundamentais revisitados. Andrea Bulgakov Klock et al. (orgs.). Curitiba: Juruá, 2008.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento.** Ed. jusPODVM, 2010, v.1, 12º edição.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/12921>> Em: jun. 2009 acesso em: 15 fev. 2015

LEVI MELLO, José. **Estado de Direito e Ativismo Judicial.** Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. Ed. Saraiva. 15° Edição. 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RAMOS, Elival. **Ativismo Judicial**. Ed. Saraiva, 2010

REVISTA DOS TRIBUNAIS- **As deliberações do STF relacionadas a definições de direitos fundamentais**. 2014. Pag. 147 e 148

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. Disponível em:<<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>> Em: 12 jun. 2013

TOLEDO, Maurício Moreira. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial no Brasil**. Disponível em:<<http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/pesquisa/pibic/publicacoes/pdf>>.

KELZEN, Hans – **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ZAVASCKI, Teori. **A aula de Teori Zavascki sobre o ativismo judicial**. Disponível em:<<http://www.jornalggn.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial>> Em: 20 de março. 2014