

ATIVISMO JUDICIAL: O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NA DISCUSSÃO DE TEMAS SOCIAIS RELEVANTES.

Lucas Eduardo de Oliveira MARCÍLIO¹

Claudio José Palma SANCHEZ²

RESUMO: a grande quantidade de decisões por parte do Judiciário em questões sociais e políticas tem o caracterizado como um poder proativo. O presente artigo pretende abordar o tema ativismo judicial e suas raízes e enaltecer esta atitude intervencionista. Casos concretos, críticas e apreciações serão expostos para a análise deste assunto cada vez mais recorrente no século XXI onde, dentre os três poderes, o Judiciário é o principal protagonista. Por fim, para o tratamento destas questões, utilizou-se do método dialético, ao propor uma nova síntese sobre assuntos que necessitam de uma abordagem crítica e inovadora.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Proatividade.

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de o homem conviver com seus semelhantes, pelo fato de ser um sujeito gregário, fez com que este se organizasse em sociedade, na busca pela felicidade e alcance de interesses que viessem a satisfazê-lo. Os avanços sociais, resultantes de fatos históricos, nos quais o ser humano é o principal protagonista, deram origem a sociedades complexas, com peculiaridades anteriormente inexistentes. A demanda por soluções aos problemas advindos dessas sociedades é crescente, em face da proteção cada vez mais dos direitos fundamentais, múnus, dentro das tarefas estatais do poder judiciário. Não será diferente no Estado brasileiro, cuja Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 2º, que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e Judiciário, diante do princípio da separação de poderes de

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito, no Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo", de Presidente Prudente. E-mail: l.eduardo-marcilio@bol.com.br.

² 2 Docente do curso de Direito, no Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo", de Presidente Prudente. Advogado, Pós Graduado em Direito Penal e Processual Penal. Pós Graduado em Contratos. Mestre em Teoria Geral do Direito. Autor de vários artigos publicados em revistas nacionais e internacionais. Professor de Direito Penal e Processual Penal, Introdução ao Direito e Prática Jurídica Penal. Palestrante. palma@unitoledo.br - Orientador do trabalho

Montesquieu, em que cada um desempenha, dentro de suas atribuições e limites, funções típicas e atípicas.

O neoconstitucionalismo, nas palavras de Walber de Moura Agra (*apud* LENZA, 2009, p.9), tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Nesta nova fase constitucional cabe destacar a postura proativa do Poder Judiciário, que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes, o que convencionou-se chamar de ativismo judicial.

2 ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial, conforme bem explica Ionilton Pereira do Vale³, é fruto da atuação corajosa de um jovem jornalista, Arthur Schlesinger, de 29 anos, da revista Fortune, que foi encarregado de fazer um mapeamento da Corte Americana quando chamada a fazer leituras da Constituição norte-americana na decisão de casos, e pesquisar a respeito dos integrantes daquele tribunal, impregnado de uma forte tensão política com o Poder Executivo.

Após a crise de 1929 viu-se um país quebrado economicamente e um presidente que, por meio do intervencionismo estatal, tentara superá-la, ao resgatar o espírito desbravador e a força construtiva. A partir de medidas legislativas, tentou ingressar o Estado na economia e teve inúmeras leis declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Temeroso de que seu plano econômico fosse à falência, em razão desta atuação destemida da Jurisdição Constitucional, Franklin Delano Roosevelt parte para o confronto, na tentativa de intimidar o Judiciário.

Então, Roosevelt encaminha um projeto de lei, no intuito de alterar a composição da Suprema Corte, de 9 para 11 juízes, além de mudar a idade da aposentadoria para 70 anos, com o escopo de inserir alguém que representasse para ele vitórias na declaração de constitucionalidade de seus planos econômicos. Encaminha uma mensagem ao Legislativo e inicia um conflito com a Corte norte-

³ Disponível em:< <http://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>> Acesso em: 7 Abr 2016.

americana. Franklin, na investida de emplacar esses planos de leis, sofre sucessivas derrotas do parlamento. Porém, há um falecimento na Corte e o tribunal, por um voto, muda de posição e passa a declarar a constitucionalidade das medidas legislativas tendentes a elaborar planos econômicos que visassem retirar os EUA daquela crise.

Neste contexto, ao publicar seu artigo, Arthur usa a expressão ativismo judicial em uma óptica e, de outra, algo como uma jurisprudência defensiva, de autocontenção, que repele, retira do tribunal os grandes debates marcados por componentes políticos, ou seja, uma Suprema Corte que refuta componentes políticos de grande relevo. Não seria o caso do tribunal norte-americano, já que este avança em conteúdo de índole política, ou seja, não rejeita a análise de casos sensíveis reivindicando questões formais.

2.1 Caso Marbury x Madison

O caso Marbury x Madison⁴ foi um marco emblemático na história do ativismo judicial. Em 1800, o presidente dos Estados Unidos, John Adams, aprovou uma lei e nomeou inúmeros juízes para compor a Suprema Corte. Porém, na eleição posterior, é derrotado por Thomas Jefferson, quem percebe que a intenção de Adams era constituir o tribunal de integrantes favoráveis às suas correntes ideológicas. Desta maneira, John Adams não queria empossar os juízes.

William Marbury, um dos juízes que seriam nomeados, teve seu ato de nomeação guardado em uma gaveta e, resignado, invocou uma lei que conferisse à Suprema Corte a competência para apreciar ações contra atos do Secretário de Estado norte-americano James Madison.

Diante deste cenário, no ano de 1802, não houve sessão daquele tribunal, por causa da tensão política. Thomas Jefferson, expediu um comunicado desmoralizador à Suprema Corte, com a informação de que não tomaria posse caso a nomeação do juiz fosse concretizada.

Neste contexto, em 1803, a ação movida por Marbury contra aquele que assinou o ato, James Madison, foi pautada no tribunal e a Suprema Corte trouxe

⁴ Cumpre pontuar que utilizou-se, na construção do presente tópico, as lições emanadas pelo Professor Saul Tourinho Leal, durante a ministração de uma de suas aulas, constantes no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, a ser devidamente referenciada ao final do trabalho.

o caso a julgamento. Marshall, presidente desta, decide que o requerente da ação tinha razão ao reivindicar a posse no cargo de juiz. Entretanto, a lei invocada por William Marbury, ao dar competência da apreciação de ações contra o Secretário de Estado à Suprema Corte, violaria a Constituição dos Estados Unidos da América, pelo fato de somente esta poder estabelecer competências daquele tribunal. Destarte, não obrigou Jefferson a dar andamento àquela decisão.

Marshall, ao adotar este posicionamento, atuou como um guardião da Constituição, pois seguiu o que ela dispõe e retirou do ordenamento jurídico uma lei considerada inconstitucional. Observa-se, aqui, uma atuação proativa da Suprema Corte na resolução de intempéries políticas

2.2 Caso Lochner x New York

Não se olvida que outros doutrinadores, como Oliver Wendell Holmes(Jr.), indicam o caso Lochner x New York. Assim, assevera Bruno Azevedo⁵ carga horária de mais de cem horas de trabalho, por padeiros de cidades norte-americanas, e condições prejudiciais à saúde destes levaram legisladores nova-iorquinos a aprovarem, em 1895, o Bakeshop Act, uma legislação com o objetivo de melhorar as condições sanitárias e de trabalho dos padeiros, além de reduzir sua jornada laboral para 10 horas diárias ou 60 semanais.

Proprietários de pequenas padarias sentiram-se prejudicados com esta medida, pois a grande maioria não empregava mais que 5 padeiros e gozava de pequena margem de lucro. Por isso, Joseph Lochner, dono de uma pequena padaria em Utica, Nova York, após permitir que um de seus funcionários trabalhasse mais de 60 horas durante uma semana, foi multado em 50 dólares e recorreu à Divisão de Recursos da Suprema Corte de Nova York. Nesta, perdeu por 4 votos a 3. Na Corte de Apelações deste Estado, teve novamente o seu pedido negado.

Henry Weismann, o primeiro líder dos trabalhadores e bacharel em Direito, rompeu com o Sindicato dos Padeiros, abriu duas padarias e passou a atuar como membro da Associação dos Padeiros Empregadores de Nova York. Com a ajuda do advogado Frank Harvey Field, Weismann conseguiu levar o recurso de Lochner à Suprema Corte norte-americana. Sustentavam que o Bakeshop Act

⁵ Disponível em: <<http://brunocazevedo.blogspot.com.br/2010/07/direito-do-trabalhador-lochner-vs-new.html>> Acesso em: 8 Abr 2016.

violava a Décima Quarta Emenda, pelo fato de esta dispor que ninguém seria privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. Nesta época, o devido processo legal era mera garantia de que, ao aplicar as leis, deveriam ser obedecidos procedimentos judiciais corretos e preestabelecidos.

Este entendimento foi modificado pela Corte ao findar do século XIX, e o devido processo legal substancial deu aos tribunais o poder de analisar, também, o conteúdo da legislação.

Joseph Lochner alegou o fato de a legislação nova-iorquina violar direitos de liberdade contratual, apesar de este não estar na Constituição. Sustentou que a liberdade contratual seria decorrente do devido processo legal. O juiz Rufus Peckham afirmou que a liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda incluía o direito de compra e venda da força de trabalho. Sendo assim, qualquer lei que interferisse nesse direito seria nula, a menos que houvesse circunstâncias que o excluíssem.

Na decisão do caso, Peckham, ao adotar a ideia que apenas a legislação destinada a proteger a moralidade pública, a saúde, a segurança, a paz e a ordem representava o exercício legítimo do poder de polícia do Estado, afirma ser do conhecimento de todos, que as padarias não ofereciam perigo à saúde dos padeiros nem à população. Portanto, a legislação analisada não expressava um legítimo exercício do poder de polícia, o que a tornava, assim, inconstitucional.

Holmes, ao dissentir da maioria sobre o caso supracitado, uma das decisões mais controvertidas da Suprema Corte, acusou o Tribunal de ativismo judicial, pois interferiu no poder do legislador de regular a economia, já que a maioria fundamentara sua decisão na ideia de liberdade de contratar, não prevista na cláusula do “due process” contida na Décima Quarta Emenda, texto constitucional utilizado como base para a decisão.

3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O Brasil, nos últimos anos, teve uma larga expansão do Poder Judiciário na tomada de decisões sobre temas polêmicos e centrais para a vida do país, que vão desde a união homoafetiva até a distribuição de royalties de petróleo. Diante da inércia dos demais poderes na concretização de direitos constitucionais e

interesses públicos, o Supremo Tribunal Federal, principalmente, toma uma posição ativista, na prática do chamado ativismo judicial.

Segundo Barroso (2008, p. 29):

Ativismo judicial é uma escolha, uma atitude proativa do STF em interpretar a Constituição de forma a expandir o seu sentido e alcance, possibilitada, principalmente, pela omissão dos demais poderes. Reflete, por este conceito, a maior participação do judiciário na consecução dos fins trazidos pela Constituição, interferindo, por isto, de forma mais intensa, no espaço de atuação dos demais poderes.

Antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos anos de Ditadura, o STF atuava de maneira discreta no exercício de suas funções. A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário é propiciado, de certa forma, pela própria Constituição Federal de 1988, que viabiliza uma ação judicial recorrente a procedimentos interpretativos legitimadores de aspirações humanas e sociais (CITTADINO, 2004).

Para Marshall (2002, p. 37), o ativismo jurisdicional é conceituado como a recusa dos Tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes.

O legislador, no cenário contemporâneo brasileiro, é chamado a intervir para buscar solucionar todos os problemas sociais, advindos de uma sociedade que objetiva a efetivação de seus direitos e garantias, e satisfazer uma parcela da mídia. Cria, assim, diplomas legais e outros atos normativos, que crescem abruptamente. A título de exemplo, pode ser citado a discussão em torno da redução da maioria penal, devido ao aumento de inúmeros problemas relacionados a crimes cometidos por menores infratores, em que a sociedade mais uma vez, insatisfeita, almeja uma solução imediata, porém, muitas vezes não tem seus anseios atendidos.

Muitas vezes, porém, leis criadas pelos representantes do Poder Legislativo não possuem aval constitucional, o que tornam-nas inconstitucionais. Nestes casos, cabe ao Poder Judiciário torná-las inválidas, por meio das chamadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, conferidas ao presidente da República, Senado, Câmara, Governador do Estado, procurador-geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou partido político.

Gomes (2009) entende que é preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial:

Há o ativismo judicial inovador (criação, ex-novo, pelo juiz de uma norma de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do artigo 71 do Código Penal, que cuida do crime continuado. Neste último caso, o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma nova norma, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

Em razão disso, será tratado, no próximo tópico, o Ativismo Judicial na salvaguarda de direitos, observados os problemas sociais advindos dessa sociedade que visa a efetivação de seus direitos e garantias.

3.1 Ativismo Judicial Na Salvaguarda De Direitos

A resolução de enigmas, como Testemunhas de Jeová X transfusão de sangue, garota judia X liberação da Educação Física, consequências de uma sociedade peculiar, caracterizada por problemas complexos, acabam no Poder Judiciário, em que as pessoas envolvidas, no exercício do direito legal à justiça, buscam respostas categóricas.

No Brasil, em 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou a Suspensão de Tutela Antecipada do caso Marcos José, cuja relatora era a ministra Ellen Gracie. Estudante universitário, Marcos José foi baleado, vítima de assalto, após trafegar em uma região perigosa da capital Recife, no caminho que ia à faculdade diariamente. A família deste entrou com uma ação judicial contra o estado de Pernambuco, alegando responsabilidade do Estado por falhas na segurança pública e reivindicando que o mesmo arcasse com os custos médicos do jovem, como a implantação de um marca-passo diafragmático no valor de 150 mil dólares

A ação proposta contra o estado teve êxito na primeira e segunda instância em Pernambuco. Entretanto, em março de 2008, Ellen Gracie suspendeu a tutela antecipada concedida ao estudante. Ela determinou que a defesa do paciente providenciasse documentos que comprovassem a inviabilidade de tratamento

alternativo fornecido pelo SUS e, também, a inexistência de médico no país habilitado a implantar o marca-passo diafragmático

Por cinco votos a um, os ministros garantiram ao jovem o direito de ser operado às custas do governo de Pernambuco, por um especialista nos Estados Unidos, pelo fato de não existir no Brasil nenhum cirurgião capaz de instalar um marca-passo diafragmático para que a vítima voltasse a respirar naturalmente, sem a ajuda de aparelhos.

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon, defendeu o ativismo judicial em favor dos direitos das crianças em uma audiência pública, no ano de 2013, organizada por desembargadores da Seção de Direito Público do TJSP. Neste evento, discutiu-se como equacionar o problema do direito à creche, que é assegurado pela Constituição Federal. Segundo a ministra, o Judiciário não pode ser apenas um fazedor de processos. Tem de estar próximo da comunidade em que está inserido, pois este é o perfil da Justiça que está escrito com todas as letras na Constituição Federal de 1988. Observou que é função constitucional do Judiciário zelar pelo cumprimento das políticas públicas e que, neste sentido, o ativismo judicial é bem-vindo.

3.2 Correntes Críticas Ao Ativismo Judicial

Conforme observa o professor Ednilson Donisete Machado, em seu livro "Ativismo Judicial, limites institucionais democráticos e constitucionais", os juízes, no atual cenário constitucional, deixaram de se submeterem apenas à vontade da lei e passaram a trazer consigo uma grande quantidade de inquietações com certa relevância.

Há ainda a introdução de questões principiológicas ao sistema jurídico, com incidência de conceitos filosóficos morais e políticos, refletidos na decisão judicial de casos difíceis, principalmente em decorrência da posituação dos direitos humanos.

Os próprios direitos fundamentais devem se exteriorizar por ações positivas e não mais por ações apenas negativas, marco do Estado liberal. Em segundo lugar, esses direitos fundamentais são, também, limites intangíveis para a

deliberação das maiorias, como reflexo da opção política e sua consequente positivação.

Ao seguir esta linha argumentativa, Edinilson verificou que o Estado passa, então, a ser provedor de garantias sociais e, portanto, vinculado às prestações positivas apresentadas no texto fundamental, a cargo de seus órgãos políticos.

Deste modo, decisões políticas fundamentais nas escolhas das políticas públicas vêm sistematicamente sendo substituídas por decisões judiciais, que para os críticos dessa atuação intensa do Judiciário, desrespeita os princípios democráticos e os princípios constitucionais, especialmente os da separação de poderes, e mesmo o dos direitos fundamentais.

Lenio Streck preleciona que:

Os juízes (e a doutrina também é culpada) que, agora, deveriam aplicar a Constituição e fazer a filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saíram, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do direitos por juízos subjetivos do julgador, além disso, concordaram, caíram em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não houver concordância com a lei ou com a Constituição, construir-se-á um princípio. Afirma, ainda, Streck, que 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.

Contrário à esta linha de pensamento, o ministro Gilmar Mendes, que faz com que o STF seja, talvez, um dos Tribunais Superiores mais ativistas do mundo, aduz que quando a Constituição estabelece a existência de um direito subjetivo à edição de uma norma e cria o mandado de injunção para garantir a efetividade desse direito, especialmente os direitos de caráter positivo, direitos sociais, ao exigir do Legislativo a edição da norma, não trata-se de ativismo, mas sim uma atitude de não resignação com o modelo que está posto de uma inércia cuja consequência é o bloqueio do exercício dos direitos. O mesmo ocorre quando o Judiciário não logra fazer com que o Legislativo atue, e aí ele propõe uma solução provisória, intermediária ou coisa assemelhada.

4 CONCLUSÃO

Conforme o exposto acima, percebe-se o quão importante é a atitude proativa do Poder Judiciário, já que diante da omissão dos demais poderes e da maior demanda da sociedade por justiça, na efetivação de direitos fundamentais, participa da realização dos fins trazidos pela Constituição. No caso Marcos José, supracitado, ao julgar a Suspensão de Tutela Antecipada 223, a decisão do STF possibilitou que a vítima tivesse resguardado o direito à uma vida digna, a partir do momento em que responsabiliza o Estado a custear a cirurgia para o implante do marca-passo diafragmático.

A atividade jurisdicional, além de interpretar e aplicar a lei, deverá sim, também, analisar casos de extrema importância social e centrais para a vida do país e decidi-los, o que frequentemente possibilita a garantia de direitos individuais e difusos. Em situações contrárias entre a legislação e a Constituição, o tribunal deverá aplicar esta última, por ser superior a qualquer lei.

Portanto, mesmo com correntes contrárias que alegam o fato de o ativismo judicial ser ruim à democracia, em razão de o Judiciário proferir decisões de âmbito político e este desrespeitar, segundo críticos, a tripartição dos poderes, quando for necessário à conservação de direitos e felicidade do povo, a Corte deverá ser chamada a intervir, conforme dispõe a certidão de nascimento da jurisdição constitucional, a Constituição da Pensilvânia de 1776, nos Estados Unidos, documento que originou o Conselho dos Censores e que, posteriormente, viraria o embrião da Suprema Corte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Bruno. **Direito do Trabalhador** - Lochner vs. New York, 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: < <http://brunocazevedo.blogspot.com.br/2010/07/direito-do-trabalhador-lochner-vs-new.html>> Acesso em: 8 Abr 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização**, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. 2008. 29 p.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n.2164, 4 jun.2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 926 p.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial:** limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. 174 p

MARSHALL, William P. **Conservatives and Seven sins of judicial activism.** University of Colorado. Law Review. V. 73, set. 2002, p.3.

TOURINHO, Saul. **Controle de Constitucionalidade Moderno.** 2. ed., ver., atual. e ampl.

_____. **Curso Ativismo Judicial.** Disponível em:<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/SAUL_TOURINHO.pdf> Acesso em: 7 Abr 2016.

VALE, Ionilton Pereira do. **O Ativismo Judicial:** conceito e formas de interpretação. Disponível em:< <http://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>> Acesso em: 8 Abr 2016.