

Ativismo Judicial: O Poder Judiciário e sua Regular Interferência nas Políticas dos demais Poderes

Judicial Activism: The Judiciary and its Regular Interference in the Policies of the Other Powers

André Luiz Nunes Zogahib

Elieder Bonet Abensur

Reginaldo Gonçalves

Resumo: Em um momento de crescentes avaliações de leis, direitos humanos e a ascensão do poder em todo o mundo, o trabalho da maioria dos membros do Judiciário Brasileiro e os princípios da jurisprudência que eles defendem na promoção da justiça social continuam sendo um foco de estudos jurídicos. No título do artigo, é feita uma referência ao Poder Judiciário e sua magnitude, levando sempre em consideração o prisma da Constituição Federal de 1988 e o importante passo na construção de um país onde se respeite as opções executadas pelo os demais Poderes. Nesse contexto as decisões que moldaram e, por sua vez, foram moldadas pelo curso da transição política no país tem significativa relevância. O Judiciário nos últimos tempos tem estado no epicentro de contestações intergovernamentais e reivindicações individuais de direitos humanos e a função judicial tem desempenhado um papel ativo e direto na governança. Nesse sentido, o respectivo artigo tem por objetivo analisar e contextualizar de forma sistemática doutrinas e jurisprudências acerca do ativismo judicial e o processo de judicialização do direito brasileiro, sua evolução histórica, discutindo o Papel do Judiciário no Brasil e seu agigantamento, face ao Estado Democrático de Direito. Desta forma, os procedimentos metodológicos utilizados na pesquisa foram o levantamento e revisão bibliográfica, especificamente a lei, doutrinas e jurisprudências.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Poder judiciário; Separação dos Poderes;

Abstract: *At a time of increasing assessments of laws, human rights and the rise of power around the world, the work of most members of the Brazilian Judiciary and the principles of jurisprudence they advocate in promoting social justice continue to be a focus of study the legal basis. In the title of the article, a reference is made to the Judiciary and its magnitude,*

always taking into account the prism of the 1988 Federal Constitution and the important step in building a country where the options implemented by the other powers are respected. In this context the decisions that shaped and, in turn, were shaped by the course of the political transition in the country has significant revelation. The Judiciary has lately been at the epicenter of intergovernmental disputes and individual human rights claims, and the judicial function has played an active and direct role in governance. In this sense, the respective article aims to analyze and contextualize in a systematic way doctrines and jurisprudence about judicial activism and the process of judicialization of Brazilian law, its historical evolution, discussing the Role of the Judiciary in Brazil and its enlargement, against the Democratic State of Right. In this way, the methodological procedures used in the research were the bibliographical survey and revision, specifically the law, doctrines and jurisprudence.

Keywords: *Judicial Activism; Judicial power; Separation of Powers.*

1. Introdução

Embora suas decisões tenham tido relevância direta para a formulação de políticas e governança no curso da conturbada transição do Brasil desde o surgimento do governo democrático civil, houve pouco foco na natureza do papel judicial em estudos acadêmicos, especificamente no que se refere a competência e importância do judiciário na solução das demandas. Em termos práticos pode-se dizer que a dinâmica do ativismo judicial nesta ótica é um chamado ao operador do direito na busca da melhor solução a quem a ele recorre, de modo a protagonizar a efetivação dos direitos fundamentais em situações em que os outros poderes são omissos ou morosos.

Ironicamente, como o termo se tornou mais comum, seu significado tornou-se cada vez menos claro. Isto é assim porque o "ativismo judicial" é definido de várias maneiras diferentes, até mesmo contraditórias; estudiosos e juízes reconhecem este problema, mas persistem em falar sobre o conceito sem defini-lo.

Assim, o problema continua inabalável, ou seja, tal temática ainda não está esclarecido de forma efetiva para muitos estudiosos. É importante enfatizar que este comentário não tem a finalidade de atacar ou defender qualquer noção particular do ativismo judicial, nem oferece uma teoria inteiramente nova do termo.

Em vez disso, o trabalho dentre suas especificidades reúne teorias de ativismo judicial que ganhou ampla aceitação, elucidando os conceitos necessários e ligando-os à história, bem como sua importância em nosso País. Para tanto o trabalho tem a finalidade pautada em esclarecer o significado de "ativismo judicial" quando é usado em diferentes contextos.

Para alcançar este objetivo, a respectiva pesquisa começa explorando os aspectos negligenciados atualmente sobre conceito de ativismo judicial. Nesse segmento Luís Roberto Barroso¹ diz que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

O artigo tem como objetivos complementares: Identificar fatores preponderantes que tratam os limites do ativismo judicial na realização de políticas dos demais poderes; analisar em doutrinas e jurisprudências o processo de judicialização do direito brasileiro, e com isso compreender a importância do ativismo judicial além elucidar concepções doutrinárias sobre a “tripla divisão de Poderes” a fim de compreender a aplicabilidade do ativismo judicial na separação dos poderes.

2. Metodologia

No respectivo artigo optou-se pela pesquisa bibliográfica. Para dar suporte científico ao trabalho, a pesquisa bibliográfica foi de suma importância pelo fato de que deu sustentabilidade teórica para a construção do conhecimento com relação à problemática apresentada sobre o eixo temático.

As técnicas utilizadas possibilitaram segurança e economia na pesquisa, permitindo chegar ao resultado pretendido com objetividade. De acordo com Marconi e Lakatos² as técnicas “São consideradas um conjunto de preceitos ou processos de que se serve uma ciência [...] na obtenção de seus propósitos. Correspondem, portanto, à parte prática de coleta de dados”.

A pesquisa, quanto à abordagem, será qualitativa, essa abordagem segundo Mezzaroba e Monteiro³ tem como característica o aprofundamento no contexto estudado e a perspectiva interpretativa desses possíveis dados para a realidade.

Também foram usadas à pesquisa bibliográfica, baseada principalmente em livros, onde foram encontrados os assuntos relacionados ao tema proposto. Alguns autores explicitam que esta “pode ser considerada um procedimento formal com método de

pensamento reflexivo que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para se conhecer a realidade ou para descobrir verdades parciais⁴⁷.

Em geral, o método científico compreende basicamente um conjunto de dados iniciais e um sistema de operações ordenadas adequado para a formulação de conclusões, de acordo com certos objetivos predeterminados.

3. Desenvolvimento

3.1 Contexto Histórico sobre o Ativismo Judicial

O marco inicial que trata sobre o ativismo judicial nos remete à jurisprudência norte-americana que em um primeiro contato se demonstrou com o cunho conservador. Nesse diapasão Volken⁵ diz que o ativismo judicial, desconsiderando a comparação e a criação judicial do direito e o controle difuso de constitucionalidade, teve origem no direito estadunidense. Sua primeira aparição de forma clara se deu no caso *Lochner versus New York*, quando a Suprema Corte americana julgou inconstitucional uma lei do estado de Nova Iorque que limitava a carga horária de trabalho dos padeiros a 60 horas semanais, defendendo que de acordo com o princípio da liberdade individual de contratar, a norma estatal que fazia tal limitação era irrazoável e arbitrária.

3.2 Conceitos e Definições de Ativismo Judicial

Levando em consideração a historicidade do ativismo judicial pode-se dizer que existiam duas linhas de pensamento: A primeira linha entendia que a Suprema Corte podia desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com embasamento nas concepções políticas dos juízes; e a segunda linha que defendia, basicamente, o oposto, pregando uma postura de autocontenção judicial, deixando as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo. A opção pela primeira linha foi intitulada de ativismo judicial.

Como nem os conservadores nem os liberais afirmam que as decisões judiciais deveriam se basear na política, e não na lei, o debate sobre o ativismo judicial não toma a forma de argumentos a favor e contra. Em vez disso, cada lado acusa o outro de ativismo e nega que eles próprios se envolvam nele.

No entanto, a persistente diferença de opinião entre estudiosos e juízes sobre como a Constituição deve ser interpretada e isso dificulta a demonstração de que qualquer decisão em um caso polêmico é produto da política e não da lei.

Para Oliver⁶ o ativismo judicial, conforme será verificado, consiste em um fenômeno de transformação do Estado, cujo mecanismo de funcionamento, racionalização e legitimidade acaba por ter como finalidade última atender às necessidades e direitos do povo.⁷ Em termos práticos esse autor salienta que o sistema judicial no Brasil é um sistema que fornece aos tribunais o poder e a autoridade para administrar a justiça, embora essa justiça deva estar dentro dos limites da lei. Como algumas leis neste país tendem a ser confusas, ou carentes de uma direção específica aplicada a um caso específico, o sistema judiciário também é responsável por interpretar as leis e garantir que elas sejam aplicadas corretamente nos níveis estadual e federal.

Ainda que o ativismo judicial é um fenômeno que se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro como medida para efetivação dos direitos fundamentais, vista à baixa produtividade legislativa e administrativa no Estado na execução de suas atribuições⁸.

Ou seja, enquanto o sistema judicial não é autorizado pela Constituição, ele aplica os fatos de cada caso às leis existentes, a fim de chegar a uma decisão que garanta que a justiça seja cumprida. Em alguns casos, o tribunal é obrigado a tomar uma decisão sobre como uma lei deve ser aplicada às circunstâncias específicas para chegar a sua decisão. Quando tais decisões são tomadas por tribunais superiores, como tribunais de apelação e cortes supremas, elas se tornam o que é chamado de “precedente obrigatório”, o que significa que outros tribunais devem usar a interpretação da lei daquele tribunal superior em casos similares futuros.

3.3 O Poder Judiciário e sua Interferência de Maneira Regular e Significativa nas Opções Políticas dos Demais Poderes

Relações construtivas entre os três braços do governo o executivo, legislativo e judiciário são de fato importantíssimo para a efetiva manutenção da constituição e do estado de direito. É necessário salientar que nos últimos anos a relação entre esses poderes mudou significativamente, tanto por causa mudanças na governança e por causa de mudanças sociais mais amplas.

Em seus ensinamentos Montesquieu dividiu os poderes em: Legislativo, aquele de ditar a lei; O Executivo como expressão daquele que depende do Direito das Gentes, e o Executivo que depende do Direito civil, em uma clara referência ao Poder Judiciário. O Legislativo, teria o poder de fazer a lei, o segundo o de celebrar a

paz ou a guerra, estabelecer missões diplomáticas e prevenir invasões, e o último resolveria os conflitos entre os cidadãos. Atualmente ao poder legislativo são conferidas pelo texto constitucional funções típicas ou próprias, sendo essas de fazer, derrogar, ou ab-rogar lei; ao Poder Executivo, a aplicação das Leis e a Administração Pública; e ao Poder Judiciário, o exercício da atividade jurisdicional, dirimindo os 13 conflitos entre os cidadãos ou entre estes e o Estado. Contudo, tais funções não são exclusivas de cada poder, outrossim há além de uma função predominante em cada poder, chamada de função típica ou própria, outra, chamada de atípica.⁹

Para Barroso¹⁰ a judicialização da política define-se, conforme foi exposto, como um processo, um fato institucional que decorre do modelo constitucional adotado em determinado Estado, segundo o qual há a transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e determinar políticas públicas e rever a competência de cada Poder de Estado.

De acordo com este autor enquanto o ativismo judicial, apesar de ser correlato à judicialização. Barroso¹¹ salienta que a judicialização apresenta-se em uma esfera individual, sendo definido como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados, no sentido de revisar temas e questões - prima facie - de competência de outras instituições.

Diante dessas considerações, podem ser aferidas como causa dessa situação de criação de normas pelo Poder Judiciário no trecho da obra de André Rufino do Vale¹².

4. Considerações Finais

Na pesquisa examinou-se a conceitos e definições acerca do tema, edição de precedentes, a fim de determinar o papel exercido pelos 03 (três) poderes. Ficou entendido de certa forma que não há desequilíbrio entre os poderes devidos à publicação do resumo em análise, ao passo que, apesar da tripartição de poderes, devem atuar em conjunto, com o objetivo final de coesão do sistema jurídico do país.

O trabalho apresentado foi de práxis importantíssima, pois elucidou de forma breve e sistemática situações que interessa muito toda a sociedade brasileira, qual seja a tentativa de limitar o poder. O controle interno é feito dentro do sistema abordado de tripartição das funções, pois a ideia é que cada um dele exerça seu papel e estabeleça limites aos demais. Apesar de apresentar problemas, o modelo da tripartição tem suas virtudes e cumpre seu

papel, pois a independência preconizada como princípio serve para que as pessoas tenham uma garantia importante frente ao Estado.

Notas Complementares

- 1 Luís Roberto Barroso, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso 29.10.2018
- 2 LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. 5. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 107.
- 3 MEZZAROBA. Orides, MONTEIRO. Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito: atualizado de acordo com as últimas normas da ABNT*. Imprensa: São Paulo Saraiva, 2004.
- 4 MARCONI e LAKATOS 2007, p. 43
- 5 VOLKEN, Rafael Augusto de Azevedo. "Ativismo Judicial: limites frente ao Estado Democrático de direito com base no princípio da Separação dos Poderes". 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Taquari - Univates, Lajeado, dez. 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10737/1542>>. Acesso 27.10.2019
- 6 OLIVER. Luciana. Zanchetta. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. São Paulo 2016, p. 11.
- 7 OLIVER. 2016, p. 21.
- 8 OLIVER (2016, p. 55) enfatiza que os fatores históricos aliados aos ideais democráticos são alguns dos elementos que impulsionaram a prática do ativismo, cujo termo é utilizado, equivocadamente, de forma negativa. A atuação do Poder Judiciário se manifesta como medida para concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Não são relevantes para esse estudo, os diferentes agrupamentos temáticos que qualificam a jurisprudência ativista. Importa, nesse capítulo, retratar a consolidação do ativismo na prática judicial brasileira.
- 9 MONTESQUIEU. "Do Espírito das Leis". São Paulo, Editora Nova Cultural, 1997.
- 10 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf >. Acesso em: 15/12/2019.
- 11 BARROSO 2009, p. 81
- 12 VALE. André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva 2009.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf >. Acesso em: 30/10/2019.

MONTESQUIEU. "Do Espírito das Leis". São Paulo, Editora Nova Cultural, 1997.

OLIVER, Luciana. Zanchetta. Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação. São Paulo 2016, p. 11.

VALE. André Rufino. Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva 2009.

VOLKEN, Rafael Augusto de Azevedo. "Ativismo Judicial: limites frente ao Estado Democrático de direito com base no princípio da Separação dos Poderes". 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Taquari - Univates, Lajeado, dez. 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10737/1542>>. Acesso 27.10.2019

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. Fundamentos de metodologia científica. 6. ed. 5. reimp. São Paulo: Atlas, 2007, p. 107.

MEZZAROBA. Orides, MONTEIRO. Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito: atualizado de acordo com as últimas normas da ABNT. Imprensa: São Paulo Saraiva, 2004.

Luís Roberto Barroso, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso 29.10.2019

Autores

André Luiz Nunes Zogahib

Doutor em Administração pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil (2014), mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (2008). Professor adjunto da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Graduado em Administração de Empresas/Comércio Exterior pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (2004). Graduado em Administração Pública pela Universidade do Estado do Amazonas (2005).

Elieder Bonet Abensur

Mestre em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Pós-graduando em Direito Processual pela Escola da Magistratura do Amazonas (ESMAM). Graduado em Direito pela Uninorte.

Reginaldo Gonçalves

Pós-Graduando em Direito Processual pela Escola Superior da Magistratura do Amazonas (ESMAM). Graduado em Direito pela Uninorte.