

# **O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: SIGNIFICADOS, CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS**

**João Pessoa – setembro de 2014  
Escola Judicial do TRT 13  
Professor Luiz Eduardo Gunther**

## SUMÁRIO

- 1 Qual é o problema do ativismo judicial?
- 2 O fenômeno da judicialização;
- 3 Os significados do ativismo judicial;
- 4 Críticas à crescente intervenção judicial:
  - 4.1 Riscos para a legitimidade democrática;
  - 4.2 Riscos de politização da justiça;
  - 4.3 A capacidade institucional do Judiciário e seus limites.

# 1 QUAL É O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL?

# Qual é o problema do ativismo judicial?

- O Supremo Tribunal Federal (STF) tem desempenhado, nos últimos anos, um papel ativo na vida institucional brasileira.
- A centralidade da Corte - e, de certa forma, do Judiciário como um todo - na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa.

# Qual é o problema do ativismo judicial?

- Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.
- De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial, verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.

# Qual é o problema do ativismo judicial?

- No Canadá, a Suprema Corte foi chamada e se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense.
- Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore.

# Qual é o problema do ativismo judicial?

- Todos esses casos ilustram a fluidez da fronteira entre a política e a justiça no mundo contemporâneo.
- Ainda assim, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume.
- Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às

## 2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

# O fenômeno da judicialização

- *Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.
- Como se percebe, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na

# O fenômeno da judicialização

- A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988.
- Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da Magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

# O fenômeno da judicialização

- A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.
- Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988.

# O fenômeno da judicialização

- A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo.
- Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu.

# O fenômeno da judicialização

- Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.
- De fato, somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas - que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADin), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) - questões como:

# O fenômeno da judicialização

- a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador- Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADin 3.150);
- b) o pedido de declaração de constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12);
- c) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130).

# O fenômeno da judicialização

- No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e o uso de algemas, dentre milhares de outros.

# O fenômeno da judicialização

- Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, por causa dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial.
- A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte.
- Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

# 3 OS SIGNIFICADOS DO ATIVISMO JUDICIAL

# Os significados do ativismo judicial

- A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens.
- Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.

# Os significados do ativismo judicial

- A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

# Os significados do ativismo judicial

- Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

# Os significados do ativismo judicial

- A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:
  - a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente do legislador ordinário;
  - b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
  - c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

# Os significados do ativismo judicial

- O oposto do ativismo é autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.
- Por essa linha, juízes e Tribunais:
  - a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;
  - b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos;

# Os significados do ativismo judicial

- O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.
- O movimento entre as duas posições costuma ser pendular e varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes.

# Os significados do ativismo judicial

- Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

# Os significados do ativismo judicial

- O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais.
- O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo - e isso não se passa apenas no Brasil - na atual quadra histórica.

# 4 CRÍTICAS À CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL

# Críticas à crescente intervenção judicial

- Três críticas, ou objeções, podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil.
- Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria.
- As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

## **4.1 Riscos para a legitimidade democrática**

## Riscos para a legitimidade democrática

- Os membros do Poder Judiciário - juízes, desembargadores e ministros - não são agentes públicos eleitos.
- Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e Tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes.

## Riscos para a legitimidade democrática

- Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?
- Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica.

## Riscos para a legitimidade democrática

- O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal.
- 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, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.

# Riscos para a legitimidade democrática

- A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender.
- O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas que não se confundem.
- Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais; o Estado de direito como expressão da razão.

## 4.2 Risco de politização da Justiça

## Risco de politização da Justiça

- Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação.
- Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na ideia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete.

## Risco de politização da Justiça

- Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder.
- Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana.

# Risco de politização da Justiça

- Nessa linha, cabe reavivar que o juiz:
  - a) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria;
  - b) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de vontade das leis;
  - c) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (vale dizer, emana do povo e em seu nome ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.

## **4.3 A capacidade institucional do Judiciário e seus limites**

## A capacidade institucional do Judiciário e seus limites

- A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes.
- As funções estatais de legislar (criar o Direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídos a órgãos distintos, especializados e independentes.

## A capacidade institucional do Judiciário e seus limites

- A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos.
- Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

## A capacidade institucional do Judiciário e seus limites

- Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário.
- O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça.
- Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar

- FIM -