

ATIVISMO JUDICIAL E SUAS CONTROVÉRSIAS

Dhiego Seffrin Brambilla

João Pedro Zamboni Scholl

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a controversa técnica do poder judiciário, o ativismo judicial, bem como onde ele surgiu, qual sua história no Brasil e à evolução do poder judiciário exercendo o papel de legislador positivo, principalmente no que tange à garantia dos direitos fundamentais sociais quando o executivo e o legislativo se mostram ineficientes. Ainda será discutido acerca das limitações desta prática e as críticas à ela impostas.

Palavras-Chaves: Ativismo Judicial; Direitos Fundamentais; Judicialização; Supremo Tribunal Federal; Poder Judiciário;

1 INTRODUÇÃO

Compreende se por ativismo judicial, o momento onde o poder judiciário entra em cena interpretando alguma norma de maneira mais expansiva, ocorrendo uma interferência nos outros poderes.

À primeira menção do termo surgiu em 1947 com o historiador norte-americano Arthur Schlesinger quando ele publicou na revista Fortune o artigo "The Supreme Court: 1947" onde ele comparou os juízes da Suprema Corte Americana classificando eles em ativistas e passivistas. O termo do modo como foi usado por Arthur não condiz com o significado que apresenta hoje, ainda existe divergência na doutrina sobre a origem para Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, o ativismo judicial originou-se à partir da década 50 com decisões progressistas da Suprema Corte Americana referente à questões ligadas aos direitos fundamentais como por exemplo da decisão sobre a segregação racial.

Nas últimas décadas podemos verificar a crescente participação de Juizados no mundo todo, estes participando de grandes decisões, em tempos diferentes, locais diferentes, continentes diferentes, evidencia-se assim que as cortes supremas auxiliaram ou decidiram questões importantes dentro de seus países, com grande influência em políticas públicas ou em temas muito debatidos na sociedade.

Esse fenômeno é chamado de Judicialização, ou seja a participação das cortes na justiça constitucional, que começou a crescer após o fim da Segunda Guerra Mundial. Quando estas cortes foram invocadas para decidirem em quesitos, por assim dizer "políticos", que estariam mais em conformidade com o Legislativo e Executivo.

2 DESENVOLVIMENTO

No Brasil não foi diferente, podemos ver que frequentemente o STF é invocado para decidir verdadeiros embates de assuntos diversos.

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 intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO,2009).

Observamos que no Brasil o processo de judicialização aconteceu tardiamente, uma vez que o estado teve várias constituições autoritárias como à de 1967 no qual o poder estava concentrado nas mãos do poder executivo, onde a constituição tinha força de lei inferior aos atos institucionais, esses que culminaram em uma grande redução dos direitos constitucionais e da autonomia individual bem como o silenciamento do poder judiciário.

O poder judiciário nessa época, antes do surgimento da constituição de 1988 adotava uma postura contrária ao ativismo judicial no qual se buscava o mínimo de interferência nos outros poderes da união, atendendo à

manifestação do legislador para aplicar à lei maior à casos que fugiam de sua competência.

Sobre esse assunto o ministro Barroso (2009, p.7) expõe que:

Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Com a constituição de 1988 foi restabelecido o estado democrático de direito, com isso foi assegurado à inviolabilidade de direitos e liberdades básicos, além de estabelecer diversas normas progressistas como a igualdade de gêneros, a criminalização do racismo, a proibição total da tortura e direitos sociais como educação, trabalho e saúde para todos. Porém, por mais que esses direitos estejam positivados, nem sempre o executivo e o legislativo se mostram eficazes na garantia destes.

O judiciário aos poucos recuperou seus poderes e tornou-se um verdadeiro poder político dentro do cenário Brasileiro, fazendo com que as leis e a constituição deste país não fossem somente algo positivado em algumas paginas esparsas de uma constituição, assim com um Brasil mais democrático, houve um grande avanço em cidadania e em informação ao povo, que teve plenos poderes em participar, como na TV Justiça, onde qualquer pessoa pode assistir a uma sessão transmitida ao vivo, trazendo por um lado algo preocupante, e por outro a facilidade de acesso à informação para a população, trazendo mais conhecimento de direitos a diferentes classes sociais, estas que passaram a buscar seus direitos junto aos juizados para resolução de suas necessidades pessoais.

Observamos à tese de Robert Dahl, sobre como à Suprema Corte também é um órgão político, o autor refere-se à corte americana, porém, podemos usar à análise dele ao Supremo Tribunal Federal, explica Clarissa Tassinari sobre à tese de Robert Dahl:

Neste contexto, a tese de Robert Dahl consiste em afirmar que é uma ficção, compreender à Suprema Corte como um órgão não político, mas exclusivamente jurídico. Isso porque, por mais que as decisões da Suprema Corte somente sejam consideradas legítimas se tomadas por um critério jurídico, em contrapartida, em face das matérias sobre as quais é chamada a se manifestar, a Corte acaba exercendo o papel de “formuladora de políticas nacionais”. (TASSINARI, 2013)

Um exemplo de interferência do poder judiciário é nas questões ligadas ao direito à saúde, previsto no artigo 6º da constituição brasileira, apesar disso não são todas as pessoas que conseguem acesso à esse direito, com isso cada vez mais tem crescido à demanda de ações no poder judiciário tanto no âmbito estatal quanto federal para se conseguir acesso à medicamentos e terapias por meio de decisões judiciais que obrigam tanto à União, Estados e Municípios a pagarem e disponibilizarem esses medicamentos e terapias uma vez que à constituição em seu artigo 196º estabelece “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, observamos à ineficiência do poder executivo neste caso.

Outro exemplo que podemos citar, mas referente à omissão legislativo, à qual é atribuída à função da elaboração das leis, é à positivação de novos direitos fundamentais, visto que os membros do legislativo são eleitos pela maioria nem sempre garantem os direitos de todos os grupos que compõem à sociedade, deixando de lado à minoria e adotando projetos que à maioria aprova. Com isso entra o papel do ativismo no poder judiciário, de todas as esferas, mas principalmente da suprema corte e é o que vimos no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, e do Mandado de Injunção (MI) 4733 onde por maioria, à corte reconheceu a mora do para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT e criminaliza a homofobia e transfobia como crimes de racismo.

É de interesse deixar à fala do ministro Luís Roberto Barroso sobre seu voto:

Assentei que, como regra, a criação primária de leis é competência do Congresso Nacional, mas, em casos de omissão legislativa, especialmente no que diz respeito a direitos fundamentais, cabe ao Supremo Tribunal Federal, legitimamente, agir para fazer valer a Constituição, num diálogo respeitoso com o Congresso e com a sociedade.

Com base nos exemplos percebemos que nos tempos atuais cada vez mais o judiciário é provocado à resolver litígios de alta complexidade, nem sempre tendo uma lei positivada para aplicar ao caso concreto isso ocasiona à interferência nos outros poderes, com isso levantamos a questão sobre quais são os pontos positivos e negativos, e ainda como ocorre à limitação do ativismo judicial.

Um dos principais pontos positivos do ativismo judicial, sem dúvida é quando ele é usado de maneira a garantir os direitos fundamentais e sociais, como explica o membro da Associação de Magistrados Brasileiros, doutor em filosofia do direito José Ricardo: “A partir do momento em que a Justiça brasileira deixou de ser privada, imunizando os interesses das classes dominantes e passou a ser pública, esse fenômeno dentro do Judiciário contribui para a sociedade”.(PINHEIRO et al., 2013).

Por outro lado o principal argumento contrário ao ativismo judicial, fundamenta-se em que, diferente dos membros do legislativo e do executivo, o magistrado não é eleito e sim ingressa no cargo através de concurso, por isso não tem legitimidade democrática para interferir em questões que competem aos outros poderes, por não ser um representante do povo eleito, por maioria de votos. Outro argumento utilizado pelos doutrinadores de posição contrária é que em um conflito entre princípios, prevalece a opinião subjetiva do julgador nesse contexto diz Ronald Dworkin (1999, p. 451,452):

“O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso

para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”.

Contrariando o ideia que falta legitimidade democrática à dois argumentos um levando em conta à natureza normativa e outro à filosofia, segundo Barroso(2009) na natureza normativa temos, de acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica.

Na natureza filosófica Barroso(2009) diz que, o Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Claro que o judiciário não pode atuar com demasiada interferência sobre os outros poderes, existe uma limitação ao ativismo judicial, cabe ao judiciário agir sempre com razoabilidade e observando à constituição respeitando o que o legislativo dispõe e atuando quanto à omissão deste.

3 CONCLUSÃO

O Brasil passou por vários regimes políticos autoritários ao longo de sua história, por isso algumas pessoas podem entender e temer o ativismo judiciário como uma espécie de autoritarismo do poder judiciário, nota-se uma aceção negativa ao conceito do ativismo judiciário, onde somente é

visto como uma mera interferência do poder judiciário aos demais, porém, é de extrema importância olhar o que está por trás da decisão judicial, o que motivou o judiciário a tomar essa posição ativista.

Nota-se que os direitos fundamentais não são os mesmos de 100, 50, 20 anos atrás, uma de suas principais características é a mudança conforme o tempo, eles estão sempre se modificando e se moldando conforme o desenvolvimento social e nem sempre os poderes executivos e legislativos atuam com rapidez para atender à demanda social.

Com isso entra o papel do judiciário ativista para garantir que esses direitos sejam respeitados, ainda levando em conta que nem sempre se tem uma lei pronta para o julgador aplicar ao caso concreto, além, de vários textos normativos com interpretações ambíguas e subjetivas.

Cabe ao juiz analisar e julgar cada caso com sabedoria e razoabilidade respeitando a constituição e não extrapolando o limite imposto ao ativismo, nunca tomando decisões com empáfia e vaidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Julgamento da ADO 26 e do MI 4733: omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia. omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia. 2019. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/2019/02/25/julgamento-da-ado-26-e-do-mi-4733-omissao-na-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia/>. Acesso em: 11 maio 2020.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. Proposta para uma discussão conceitual. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496562/000940652.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Law's Empire. Disponível em:

https://www.academia.edu/36445096/DWORKIN_Ronald._O_imp%C3%A9rio_do_direito. Acesso em: 11 maio 2020.

PINHEIRO, Morena et al. Magistrados discutem pontos positivos e negativos do Ativismo Judicial. 2013. Disponível em: <https://www.amb.com.br/?p=17802>. Acesso em: 11 maio 2020.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 156 p. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=4EhWDwAAQBAJ&pg=PT2&lpg=PT2&dq=tassinari+2013&source=bl&ots=jV0lySd62u&sig=ACfU3U1X1OqMEpPP3oCFoeDGK1kmzEv8Pg&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwigheqVnJ7qAhXqIbkgGHdZ2Bk4Q6AEwCXoECAoQAQ#v=onepage&q=tassinari%202013&f=false>. Acesso em: 24 jun. 2020.

Sobre o(s) autor(es)

Dhiego Seffrin Brambilla, Acadêmico do curso de Direito - 5º Período Turma - A - Unoesc - São Miguel do Oeste - dhiegosb@gmail.com

João Pedro Zamboni Scholl, Acadêmico do curso de Direito - 5º Período Turma - A - Unoesc - São Miguel do Oeste - joao.scholl11@gmail.com