

1915 – 2015 : RECONHECIMENTO DO GENOCÍDIO CONTRA O POVO ARMÊNIO; UM ACERTO DE CONTAS COM OS DIREITOS HUMANOS

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA: uma breve análise da realidade brasileira

JUDICIAL ACTIVISM AND JUDICIALIZATION OF LIFE: a short analysis of the Brazilian reality

Rodrigo Guilherme Tomaz¹

Ricardo dos Reis Silveira²

RESUMO

Nota-se na última década uma mudança considerável no Poder Judiciário, mudança esta que vem evoluindo e se modificando desde o fim da segunda guerra mundial. Tais mudanças ensejaram, primordialmente, em reflexões de problemas que envolvem o chamado ativismo judicial e a judicialização da vida. Eventos geralmente tratados como sinônimos por vários autores, mas que nesse breve estudo pretende-se discutir a diferenciação, apontando alguns pontos importantes da atuação ativista do judiciário – em geral – e da chamada explosão de litigiosidade, a qual comina, principalmente, na judicialização da vida. O presente artigo baseia-se principalmente em estudo bibliográfico e análise de julgados do poder judiciário.

¹ Professor universitário e advogado. Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, realizando pesquisa com bolsa concedida pela CAPES, Pós-Graduado Lato Sensu em Direito e Gestão Ambiental pela Universidade do Estado de Minas Gerais UEMG (2012), Graduado em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais UEMG (2010), Graduado em Geografia pelo Centro Universitário do Triângulo UNITRI (2008).

² Possui graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP (1999), Mestrado em Filosofia e Metodologia das Ciências pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR (2003), Doutorado em Filosofia e Metodologia das Ciências pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR (2010). Coursou programa de Pós-Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal (não concluído). Advogado em Ribeirão Preto.

Palavras-chave: ativismo judicial; judicialização da política; constitucionalismo; autonomia do Direito; política e judiciário;

ABSTRACT

It is observed in the last decade a considerable change in the Judiciary, change that has been evolving and modifying since the end of World War II. These changes gave rise primarily reflections of problems involving called judicial activism and the legalization of life. Events generally treated as synonyms by various authors, but this brief study intends to discussing the differentiation, pointing out some important points of the activist role of the judiciary – in general – and the called explosion of litigation, which results mainly on the judicialization of life. This article is mainly based on bibliographic study and analysis judged the Judiciary.

Keywords: *judicial activism; judicialization of politics; constitutionalism; autonomy of the right; political and the judicial.*

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo pretende-se abordar algumas questões pontuais para uma breve diferenciação entre a judicialização da vida e o ativismo judicial, e que tais fenômenos não ocorrem somente em nosso país, sendo que diversos tribunais estrangeiros também presenciaram situações semelhantes. No Brasil, o tema intensificou após a promulgação da Carta Magna de 1988 em virtude do chamado “Constitucionalismo Dirigente”.

É fato que o Supremo Tribunal Federal tem participado ativamente na vida institucional brasileira. A crítica especializada analisa a intervenção da Suprema Corte de

forma divergente, pois alguns entendem ser plausível e louvável, já outros criticam a forma atuante e às vezes ativista de suas decisões e modulações de efeitos.³

O Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, em destaque o ano de 2008, se tornou mais atuante nas decisões tomadas sobre conteúdos nacionais relevantes, dessa forma desempenhando sua função efetivamente.

A Corte e o Judiciário ao figurar com tal centralidade gerou repercussão positiva e negativa, recebendo críticas e elogios mediante as decisões tomadas e exigindo maior discernimento.

Este não é um episódio somente visto em território brasileiro, diversos países, em diversos períodos, tiveram suas Cortes Constitucionais ou Corte Supremas em destaque exercendo sua função de forma eficaz, sendo figuras importantes em julgados de matérias com grande extensão atuando em âmbito político, público e social.

É notória a importância e relevância da participação das Cortes, mesmo não sendo episódio inédito no território brasileiro, observamos que é um caso especial devido a proporção e dimensão de diversas circunstâncias relacionadas à Constituição, a realidade social e política e as competências delegadas aos Poderes que necessitaram da arbitragem do Supremo Tribunal Federal ou do poder judiciário.

Tais julgamentos e decisões foram acompanhados com fervorosa participação da mídia, com manchetes em jornais (escritos e falados) e o conteúdo todo acompanhado pelas lentes televisivas, permitindo um acompanhamento dos telespectadores.

A possibilidade de assistir na íntegra todo o conteúdo nacional a ser estudado e julgado por onze pessoas devidamente capacitadas e com boas intenções é vista com os bons olhos pela maioria da população, pois tal abertura facilita o acesso a esse tipo de informação, auxiliando na transparência e no controle social. Destaca-se a importante participação democrática nos julgamentos, diferentemente de outros países onde as audiências e resoluções são conduzidas de forma privada.

³ Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira, Clarissa Tassinari, José Celso de Mello Filho, Paulo de Barros Carvalho, dentre outros.

2. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CRITÉRIOS PRELIMINARES PARA UMA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO

O conceito de Estado de Direito foi extraído da própria Constituição, de forma que para Canotilho a Constituição passa a ser “um meio de direção social” e “uma forma ‘racionalizada’ de política”.⁴

Para Canotilho o problema do constitucionalismo dirigente é ter posto o Estado com “o homem de direção” ocasionando uma imoderada centralização estatal, segundo o autor, esse fenômeno traz alguns prejuízos, por desconsiderar o alto grau de diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada, e por esquecer-se assim, de outros meios de direcionamento social.⁵

Ao passar dos anos, o Poder Judiciário tem sofrido transformações em seu caráter de atuação. A partir da promulgação da Carta Maior de 1998, modificou-se a forma de exercício da jurisdição brasileira, dividindo em duas expressões que estão diretamente ligadas à atividade jurisdicional: Ativismo Judicial, e Judicialização Política. Será equivocada a afirmação de que ao tratar deste tema, esteja-se tratando do mesmo fenômeno. Com isso é necessário diferenciar para compreender.

2.1. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Para definir o que é judicialização da política, há três termos intrinsecamente relacionados: Direito, Política e Judiciário. Constitucionalismo é uma estrutura normativa e institucional de um organismo jurídico-político que organiza os poderes e protege os direitos fundamentais dos cidadãos. Delimitando mais estritamente, constitucionalismo pode ser determinado como tentativa jurídica de estabelecer limites para o poder político,

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra Editora. 2001. p. 48.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Barrocos” e interconstitucionalidade**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 31-37.

o que se concretiza através da Constituição. O Direito e a Política estão ligados intimamente, mas a política não é elemento decisional do Direito.

A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial são formas de manifestações de fenômenos diferentes que podem ser conferidas à atividade jurisdicional. Para Luis Roberto Barroso, a Judicialização da Política no Brasil, é adulterada por um enredo marcado por três fatores: redemocratização, constitucionalismo abrangente e incorporação de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade.⁶

Portanto ativismo judicial é um modo específico e antecipado de interpretação constitucional, aumentando o seu sentido e seu alcance, procurando extrair o máximo do texto de lei.

Diferentemente do que pensa Barroso, entendemos que no ativismo poderá existir a inovação e criação de um novo direito, mas concordamos que na participação do judiciário mais amplamente na concretização dos valores e finalidades constitucionais, interferindo na atuação dos outros dois poderes.

No entanto não se pode discordar da leitura do movimento da judicialização política como artigo das transformações ocorridas no Direito com adoção de um novo texto Constitucional.

O governo brasileiro passou a participar e interferir mais na sociedade, abrindo espaço para a jurisdição, que teve como papel fundamental suprir lacunas deixadas por os outros poderes, desta forma o Judiciário passou a exercer um papel decisivo na determinação de certos padrões respeitáveis. Diante do exposto é possível notar-se então, que a judicialização é muito mais que uma constatação, é em fim uma análise contextual da formação do cenário jurídico. Sendo originada por fatores alheios à jurisdição, e a diminuição da judicialização não depende dessa forma somente de medidas efetivadas por o Poder Judiciário, mas, do ajuntamento que envolva todos os poderes constituintes.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

2.2. DO ATIVISMO JUDICIAL

O ato de entrar com uma ação e o ativismo judicial relacionam-se mesmo que advindas de causas distintas e diferenciam-se pelo teor e prática. No Brasil, a judicialização se faz como uma conjuntura originada do teor constitucional pré-estabelecido devendo o Judiciário conduzir seu anseio mediante uma norma já existente.

Diverge-se assim, do ativismo judicial que se destaca por ser uma postura interpretativa e ampla da Constituição. Primordialmente, o ativismo judicial está coligado a uma participação ativa do Poder Judiciário na efetivação de valores constitucionais influenciando diretamente na posição dos demais Poderes.

Dita como autocontenção judicial é a prática contrária do ativismo judicial, onde o Poder Judiciário visa diminuir sua atuação sobre os demais Poderes. Dessa forma, magistrados e tribunais tendem a não aplicar diretamente as normas constitucionais em acontecimentos de incidência expressa e a utilizarem de rígidos meios para declarar a inconstitucionalidade de atos ou leis, além de não interferirem em acepção das políticas públicas.

Atualmente, no Brasil, o judiciário adota em diversas circunstâncias uma postura ativista. Têm-se, como exemplos para cada implicação, primeiramente, a aplicação das normas constitucionais em situações não abordadas em seu teor, pelas palavras de Luis Roberto Barroso, a fidelidade partidária, onde:

[...] o STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.⁷

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

As resoluções ativistas devem ser moderadas e eventuais. Contudo, só há a possibilidade de uma democracia sólida se houver interesse político benéfico e coerente, com o equilíbrio interno dos Poderes Públicos para ser refletido na sociedade em si.

Havendo o reconhecimento da vinculação do Direito e da Política repercutiu de forma eminentemente a conceber a atuação dos Juízes e tribunais, motivando a propagação de um ativismo judicial, gerando certa fragmentação do que seja ativismo. Para Elival da Silva Ramos, o problema do ativismo envolve três características: o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagareza e ambiguidade do Direito. De fato, ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão relacionadas.⁸

3. APONTAMENTOS NECESSÁRIOS PARA ESTABELEECER AS BASES PARA A COMPREENSÃO

Lenio Streck define ativismo judicial e judicialização política dessa forma:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado [...] ⁹

A partir do disposto pelo autor, pode-se sumariar: como a estrutura de um Poder Judiciário coberto de supremacia com capacidades que não lhes são atribuídas constitucionalmente. Então podemos considerar quatro características sintetizadas para uma diferenciação entre judicialização política e ativismo judicial. É inegável a ligação entre Direito e Política; a relação intrínseca entre Direito e Política não concede a existência do ativismo judicial; será equivoco considerar que ativismo judicial e judicialização, política trata-se do mesmo fenômeno; e o ativismo judicial subleva-se de

⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589.

determinado contexto social, não dependendo da postura dos magistrados, em uma ótica que o ativismo discorre de uma postura do Judiciário, não previstos na Constituição.¹⁰

4. CONCLUSÃO

Ao decorrer do texto vimos que judicialização e ativismo são elos principais no panorama jurídico brasileiro da última década, principalmente. Desde o final da Segunda Guerra Mundial e com promulgação da “nova” e atual Constituição Federal (1988) ficou evidente a atribuição de funções e permissões para os três Poderes.

Tais modificações realizadas pela presença efetiva destes atribuíram diretamente ao Poderes, especialmente privilegiando o Judiciário, com autonomia suficiente para intervir nos assuntos que julgar necessário de acordo com suas funções preestabelecidas.

A forma como é conferida tal autonomia a agentes postados em cargos públicos, desde que estes sejam imparciais, viabilizam melhores possibilidade de julgamento material de forma integral e coerente, e também com o princípio da transparência, que através da mídia torna estas decisões de fácil acesso a toda a população, pode-se dizer que há uma melhoria significativa nos aspectos em que são fundamentais a opinião e consciência popular.

Mas, a tênue linha do bom-senso que pauta o julgamento do magistrado, das mais vastas matérias que chegam no judiciário, pode acabar extrapolando o poder conferido constitucionalmente ao julgador, razão pela qual podem ocorrer exageros nas decisões, ferindo o princípio dos “pesos e contra pesos” identificando claramente uma situação ativista do juiz.

Não se confunde, entretanto, ativismo com judicialização – das mais variadas esferas da vida – uma vez que, a esta (judicialização) tem seu ponto nevrálgico a problemas de “política pública”, como por exemplo aa concreção de direitos constitucionais garantidos na Carta Maior. Desta forma o cidadão busca a efetivação

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589.

destes direitos no poder judiciário – resultando em uma “explosão de litigiosidade”, pois o judiciário é o órgão que desagua todas as demandas de direitos pré-constituídos pela Constituição e leis infraconstitucionais e não efetivados pelo Executivo.

Desta forma, a judicialização é um problema que culmina no judiciário, mas não é um problema deste órgão, diferentemente do ativismo, que esta intrinsecamente ligado a interpretação da legislação/constituição, onde o julgador exterioriza sua vontade pessoal, extrapolando os limites legais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Barrocos” e interconstitucionalidade**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra Editora. 2001.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1998.

FARIA, Jose Eduardo. **As novas formas e funções do direito: nove tendências**. In: _____. Sociologia Jurídica: direito e conjuntura. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRSHL, Ran. **The judicialization of politics**. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), The Oxford Handbook of Law and Politics, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais – CES, 1995.

SILVIA, Cecília de Almeida. ET AL. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Jaruá, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Atividade judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileiras e norte-americana [dissertação]**. São Leopoldo/RS; Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2012.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização da política e ativismo judicial: notas para uma necessária diferenciação**. No prelo 2015.

VERISSIMO, Marcus Paulo. **A Constituição de 1998, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV, São Paulo, 4 (2), p. 407-440, jul./dez. 2008.