



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O ativismo judicial como amadurecimento da democracia brasileira

Fellipe Ferreira Rodrigues

Rio de Janeiro

2014

FELLIPE FERREIRA RODRIGUES

O ativismo judicial como amadurecimento da democracia brasileira

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2014

O ATIVISMO JUDICIAL COMO AMADURECIMENTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Fellipe Ferreira Rodrigues

Graduado em direito pelo Centro Universitário da Cidade. Advogado. Pós Graduando em direito pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Resumo: O ativismo judicial demonstra um novo aspecto do judiciário perante a sociedade brasileira e aos outros poderes, dando um caráter de protagonista ao poder judiciário na resolução não só de conflitos e pacificação social, como na seara de competência dos outros poderes que na atual conjuntura, encontram-se estáticos diante dos anseios da sociedade brasileira. Diante deste quadro, alimentado por uma crise de representatividade, bem como a judicialização de políticas públicas, forma-se o tripé deste fenômeno que ora se apresenta no Brasil como uma solução para parte da doutrina, ora se apresenta como problema para outros. Logo, o ativismo judicial surge como uma via de possibilidades do poder judiciário, mediante os magistrados dotados de poder e legitimidade, respeitando parâmetros principiológicos, a implementação de políticas públicas dentre outras questões que resultem em plena aplicação da jurisdição e de efetividade aos anseios sociais, construindo com suas decisões uma democracia mais madura e destemida de qualquer apetite voraz de poder, fortalecendo as instituições públicas e levando a máxima as necessidades daqueles que são a razão de ser do Estado: os cidadãos.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ativismo judicial. Política. Democracia.

Sumário: Introdução. 1. Origem e breve histórico diacrônico. 2. O Ativismo Judicial, a sua necessidade e aplicação. 3. O ativismo judicial e suas repercussões políticas. 4. O amadurecimento democrático como causa do ativismo judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a esclarecer de maneira objetiva como o ativismo judicial pode ser benéfico para a consolidação das instituições públicas brasileiras, direitos e garantias constitucionais, efetivação de políticas públicas e melhorias como um todo no desenvolvimento da sociedade e Estado no que tange ao bem estar social, diante de um quadro crítico estático tanto do poder legislativo quanto do poder executivo, pois a constatação de sua ineficiência e improdutividade diante das carências sociais de emergência, poderia o poder judiciário, no atuar de sua atividade constitucional de resolução de conflitos e pacificação social, contribuir com

uma postura pró ativa para aplicar não só a jurisdição, como tornar efetivos direitos e garantias fundamentais, insculpidas na Carta Magna de 1988.

Por óbvio, que a necessidade de uma postura ativista do poder judiciário decorre do crescente descontentamento da sociedade brasileira com a ineficiência e má qualidade na prestação por parte dos poderes legislativos e executivos nas suas atribuições constitucionais, onde a sociedade vem buscar socorro no judiciário para alcançar seus direitos e solução de conflitos.

O poder judiciário deve atuar calcado dentro de justificativas e limites constitucionais e republicanos, sendo tais limites uma verdadeira contenção para evitar a própria lógica do sistema republicano e democrático tripartido dos poderes.

No entanto, não se pode fechar os olhos para as contribuições da atuação ativista do poder judiciário diante dos problemas enfrentados atualmente pela sociedade brasileira, onde não só pela aplicação da jurisdição e dando efetividade a direitos e garantias constitucionais, o poder judiciário em uma postura ativista acaba por consolidar instituições públicas e acrescenta para o amadurecimento da democracia brasileira.

A discussão sobre a adequada atuação ou não do poder judiciário como um todo em uma postura ativista, é na verdade uma disputa de poder entre os poderes republicanos, onde a perda do protagonismo de atuação, principalmente na execução e concretização de políticas públicas e na elaboração de leis que possam impactar positivamente na vida das pessoas pelo executivo e legislativo, sinaliza ainda mais o caráter legítimo de atuação do judiciário ativista na consecução de tais políticas públicas, sociais, de direitos e garantias insculpidas na CRFB/88.

Cabe dizer, que o surgimento do ativismo judicial é resultado natural de uma sociedade republicana democrática, em que possivelmente diante de um sistema de crises de poderes ou

de enfrentamento entre poderes, o ativismo contribui para que a sociedade progrida em busca de uma melhor garantia de direitos, tornando-a uma democracia madura, firme e perene.

Além disso, desde a promulgação da constituição de 1988, o Brasil vem sofrendo mudanças nas posturas sociológicas comportamentais, bem como a própria mudança jurídica.

Nisto, o primeiro capítulo aborda de maneira bem sucinta a origem e o histórico diacrônico do ativismo judicial no Brasil e no mundo. No segundo parágrafo, o trabalho visa apontar as necessidades da aplicação de uma postura ativista do judiciário brasileira na atual conjuntura social.

No que tange ao terceiro parágrafo é descrita uma abordagem ao aspecto político do ativismo judicial, com os seus possíveis desdobramentos e efeitos e no quarto e último capítulo, as colocações acerca do amadurecimento da democracia brasileira como fator ensejador do ativismo judicial no Brasil.

No presente trabalho, não se irá discutir especificamente em relação à possibilidade ou não da atuação ativista do judiciário, e sim a necessidade de atuação, bem como os benefícios que decorrem da postura ativista do judiciário que resultam em um amadurecimento da democracia e do sistema republicano e democrático brasileiro após a CRFB/88.

1- ORIGEM E BREVE HISTÓRICO DIACRÔNICO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E NO MUNDO

O ativismo judicial é um fenômeno originado no Estados Unidos da América, por volta de 1.800 anos, onde o poder judiciário, em uma ascensão institucional como um todo, caracterizado por uma postura pró ativa, atuou mediante seus membros, juízes e

desembargadores, com decisões de maior densidade política, com intuito de garantir maior efetividade e eficácia à aplicação jurisdicional das leis e princípios que regem aquela nação.

O fenômeno teve maior reverberação no Brasil e no mundo após o movimento de redemocratização acentuada posterior a segunda guerra mundial, principalmente com a adoção de novos modelos constitucionais, que ajudaram a inaugurar uma nova ordem calcada em um Estado de direito constitucional, com uma tripartição de poder.

Além desses fatores, contribuiu para alguns países, principalmente aqueles que adotaram a “*common law*”, a própria estrutura e organização política, que facilitou e induziu a ocorrência do movimento ativista nos judiciários destes países.

Nos EUA, o poder judiciário conserva todas as características que o distingue dos outros povos, só que fizeram dele um grande poder político. Essa é uma das principais características da força do ativismo judicial e de sua origem naquele país.

O juiz americano detém a capacidade de se imiscuir em assuntos públicos, de maior natureza política, não que seja rotineiro, mas acaba acontecendo pela condução normal da estrutura organizacional e política daquele país. Há certa semelhança com o que acontece atualmente no Brasil.

Os americanos depositaram em seus tribunais um grande poder político, mas obrigando-os a somente criticar as leis por meios judiciários, acabando por diminuir em muito os perigos do abuso desse poder, inclusive na execução do próprio ativismo judicial ou qualquer abuso em nome de tal ativismo judicial.

Segundo Aléxis de Tocqueville¹ elenca o seguinte:

Ora, a partir do dia em que o juiz se recusar a aplicar uma lei sem um processo, ela perderá instantaneamente parte de sua força moral. Os que ela lesou são avisados então de que existe um meio de se subtrair à obrigação de obedecer a ela: os processos

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Do Poder Judiciário nos Estados Unidos e sua atuação sobre a sociedade política*. Outros poderes concedidos aos juízes americanos. Do julgamento político nos Estados Unidos. In “Democracia na América”. São Paulo: Martins Fontes, 2001, Vol. 11, p. 111-126.

se multiplicam e ela cai na impotência. Acontece então uma destas duas coisas: o povo muda sua constituição ou a legislatura revoga sua lei.

Em semelhante análise com o sistema político e judicial brasileiro, pode-se inferir que o juiz, tanto americano quanto o brasileiro, é levado ao debate político naturalmente por razões de sua decisão que ora dotada de conteúdo político, pode afetar interesses de partidos ou de políticos que se incomodam com o fato de que a afetação por decisão do judiciário em suas pretensões políticas, acaba por transformar-se o tema como um assunto pessoal ou de caráter prejudicial à vontade popular simplesmente por ser uma decisão de embate político, mas que é referendada e prevista como um aspecto natural do próprio conteúdo do sistema de freios e contrapesos, “*check and balance*”.

Neste sentido, continua Toqueville² ao afirmar que:

[...] o juiz americano é levado independentemente de sua vontade ao terreno da política. Ele só julga a lei porque tem de julgar um processo. A questão política que deve resolver prende-se ao interesse dos litigantes e ele não poderia se recusar a resolvê-la, sem cometer uma denegação de justiça.

Pelos seus próprios limites, o poder concedido aos tribunais americanos de pronunciarse sobre a inconstitucionalidade das leis representa também poderosa barreira erguida contra a tirania das assembleias políticas, como atualmente ocorre no Brasil com os partidos políticos e chamado o presidencialismo de coalizão, por vezes criticados no campo político e sociológico.

No Brasil, um país de revolução industrial tardia, bem como de recente redemocratização, o judiciário inaugura tal movimento ativista após a Constituição de 1988, calcado em valores e razões principiológicas insculpidas no novo paradigma constitucional trazido pela novel Carta política.

² Ibid., p.111-126.

A carência de concretude de direitos e garantias fundamentais no Brasil é um dos fatores que acentuam a postura ativista do judiciário brasileiro, já que de uma maneira geral, todo poder judiciário vem seguindo uma postura de adequação de condutas à luz da Constituição de 1988 e seus princípios, para depois observar as normas legislativas ordinárias, observando ainda a subsunção dos fatos ao direito com forte viés não só técnico legislativo e jurídico, bem como o viés principiológico e sociológico.

Todo esse movimento também é fruto da concepção do, “*welfare state*”, um Estado do bem estar social, que visando a alcançar a efetivação de políticas públicas concretas que melhorem a qualidade de vida da população, trazendo saúde, educação, segurança, e todo um conjunto de políticas públicas que venham a convergir para o bem estar geral de um Estado de direito constitucional.

Atualmente, o que está em jogo é a amplitude desse Estado do bem estar social, em que a mutabilidade social com os progressos sociais, econômicos e tecnológicos, instam aos Estados constitucionais a mover-se de maneira que consigam atingir o seu fim precípua: atender aos anseios sociais da população que almeja cada vez mais um papel inclusivo na sociedade.

Porém, nem sempre a velocidade de atuação do legislativo e a do executivo estão prontas a atender adequadamente aqueles que são a razão de ser deste Estado do bem estar social: os cidadãos.

Ainda nesse breve histórico, cabe citar que o marco filosófico atual é bem delineado pela superação da mera filosofia jurídica positivista, da mera subsunção dos fatos a normas frias e abstratas, sendo este o período denominado de pós-positivismo. No Brasil, há a observância pelo reconhecimento da normatividade dos princípios e suas razões, ainda que não estejam tais princípios escritos, expressos.

No entanto, conforme ocorreu na Europa e nos EUA, no Brasil pós CRFB/88 há uma identificação da dignidade da pessoa humana como o princípio fundamental mais importante, conferindo-lhe caráter norteador aos demais direitos fundamentais, sendo esta uma decorrência dos parâmetros constitucionais em erigir tais razões principiológicas, mesmo que não expressas, porém de conteúdo espalhado por toda Carta Constitucional de 1988, revelando ainda, uma postura pós positivista do atual marco filosófico social.

Nesse sentido, citam-se os ensinamentos do Ministro Luiz Roberto Barroso³:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Calcado nestas razões, deve-se identificar o ativismo judicial como variadas condutas que se convergem no mesmo sentido, de concretização de valores e princípios constitucionais, de maneira que interfira na omissão dos outros poderes.

Cabe trazer à baila, a caracterização de posturas que denotam o ativismo judicial em ação, conforme elenca com propriedade novamente o Ministro Luiz Roberto Barroso⁴, dessa vez em artigo específico sobre o tema ativismo judicial:

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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a

³ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito. *O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em <http://www.jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 13 ago. 2014.

⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 25 out. 2014.

imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Destarte, para melhor compreender o ativismo judicial que é, em efeito, uma atitude, ou seja, um modo específico e pró ativo de interpretar a Constituição, norteando-se por princípios, torna-se necessário analisar a expansão da jurisdição constitucional, a crise de representatividade e o fenômeno da judicialização.

Não significa, todavia, que estes dois últimos fenômenos citados possam se confundir com o ativismo judicial, mas tais fenômenos convergem por resultar em uma conduta na maior parte das vezes ativista, sendo todos os três fenômenos, como citado na introdução do presente artigo, uma triangulação de fenômenos que na sua ocorrência, legitimam a postura ativista possuindo todos os fenômenos uma íntima ligação.

2 - O Ativismo Judicial, a sua necessidade e aplicação

O ativismo judicial como fenômeno recente na sociedade brasileira causa espanto não só aos chefes do executivo quanto aos membros do legislativo, como também aos próprios membros do judiciário brasileiro que estão de maneira arraigada presos ao formalismo tradicional do nosso judiciário tradicionalista, mesmo com as ondas progressistas pós CRFB/88.

O fato é que há muito medo, muito receio para se evitar que o bem comum da justiça seja desviado por uma casta de juízes que possa acabar por ser ameaçadora para a democracia mesmo no desempenho de uma conduta que vise atingir aos princípios e razões de tal democracia.

Há ainda o medo e crítica de que se deva evitar uma sociedade de litigantes, de litígios. Seria essa uma democracia consolidada e de progresso notável? Seria esse o espectro tenebroso do resultado do ativismo judicial?

Certo é que com a consolidação instituições novas, oriundas da fortificação do nosso processo democrático onde conflitos entre os poderes e instituições são necessários e saudáveis para a consolidação e maturação da própria democracia brasileira.

No entanto, o fato merecedor de atenção é a postura do atual poder executivo e do legislativo, onde constata-se que as mudanças e expansões necessárias de um Estado do bem estar social estão paralisadas, ou não conseguem atingir na velocidade necessária e adequada aos anseios da população, principalmente a mais carente.

Porém, não só no campo das palavras, os fatos merecem atenção não só pelos julgados no âmbito do STF como pelos tribunais estaduais e cortes de primeiro grau, onde o judiciário foi instado a se pronunciar sobre problemáticas que estão na esfera de competência de outros poderes.

Desde as famosas ondas renovatórias de acesso à justiça elencadas pelo jurista italiano Mauro Capelleti, o engrandecimento do judiciário, bem como de seu protagonismo na vida da sociedade brasileira passou a ter uma maior dimensão e importância.

Um bom exemplo seria no combate ao desrespeito aos direitos consumeristas e acesso à justiça, onde os juizados especiais deram maior e melhor amplitude a um problema que vivenciamos a muito tempo, que é o desrespeito pelas empresas, públicas ou privadas, concessionárias de serviços públicos, dentre outras, em relação aos consumidores.

Neste caso de combate ao desrespeito às normas consumeristas, evidencia-se ainda um esforço estatal tanto no campo político quanto no executivo, via autarquias regulatórias e fiscalizatórias, bem como de proteção e defesa específica dos consumidores (PROCONS), para melhorar todo sistema protetivo ao consumidor.

Porém, como já dito neste trabalho, a postura ativista do judiciário nestes casos infere-se na medida que repetidamente se vê no âmbito do próprio juizado especial, as mesmas

empresas demandas pelos mesmo problemas em diversas ações e os juízes necessitam atender as demandas e dar-lhes respostas eficientes na aplicação jurisdicional da lei, visando inclusive a diminuição do número de demandas.

Mas não acontece simplesmente desta forma, uma vez que por questões diversas, o juizado especial continua necessitando de melhorias e crescimento, agigantando ainda mais o poder judiciário e sua estrutura para atender aos jurisdicionados de maneira eficiente.

Mormente a isso, chega-se à conclusão que o código de defesa do consumidor e a lei dos juizados especiais não estão conseguindo ajudar aos juízes na diminuição de litígios na seara consumerista.

Nisto, o legislativo federal, bem como o executivo permanecem estáticos eis que suas ações quando acontecem, se tornam inócuas como por exemplo da edição do decreto 6.523 de 1998, que versa sobre o atendimento pelo chamado “*call center*” das empresas.

Certamente que tal decreto, como diga-se comumente no nosso país, “não pegou”, uma vez que a sua aplicação não traz nenhum efeito útil em que vise diminuir os conflitos, problemas e reclamações dos consumidores com relação as empresas costumeiramente demandadas.

Para não se ter apenas como exemplo a defesa do consumidor, passemos a análise da problemática do atendimento de saúde pública no nosso país, que obteve um crescimento de demandas no sentido de garantia de tratamentos e cirurgias emergências, tanto na esfera pública, quanto no campo da saúde privada.

Tais fatos decorrem da mesma origem problemática: a ineficiência do executivo em planejar e atender as questões principais de direitos e garantias constitucionais de um Estado pós CRFB/88, que nas suas garantias e direitos, invoca aos seus poderes a se manifestarem e agirem em prol dos interesses da sociedade como um todo.

O crescimento das demandas relacionadas aos problemas da saúde pública e privada no Brasil constata um fato ainda mais perverso da estagnação funcional do poder executivo e legislativo: Mesmo com agências reguladoras e fiscalizadoras, os planos de saúde atuam em total descompasso com as exigências legais, bem como o tratamento de saúde na esfera pública é simplesmente caótico ou inexistente dependendo da região e do tratamento requerido.

Nesta ótica, como já também citado, esses casos acabam por gerar o chamado fenômeno da judicialização, diferencia-se do ativismo judicial, embora venha a convergir para resultar na postura ativista.

Logo, com o assoberbamento de questões que não são solucionadas pelos poderes competentes para tal, especificamente legislativo e executivo, o judiciário acaba por se tornar o acolhedor das demandas que surgem da paralisia a qual vive o Estado brasileiro no campo legislativo e executivo.

O problema é político, porém com desdobramentos jurídicos e sociais, uma vez que a crescente tendência de judicialização acaba assoberbando o próprio judiciário, que utilizando-se do mesmo ativismo judicial, tenta solucionar neste sistema de crises, os problemas que deveriam ter sido resolvidos no campo legislativo e executivo.

Não há mágica, nem solução do judiciário como legislador positivo: há o enfrentamento de questões que reiteradas vezes, acabam por serem atacadas pela jurisprudência para que o Estado aja, uma vez que o mesmo Estado fora provocado.

De maneira prudente, seria melhor a imunização de todo esse mal, com a construção de uma organização política administrativa que pudesse tonar os poderes legislativo e executivo mais prospectivo na realização de suas funções.

O fato é que o distanciamento da política e do dinheiro por parte da classe de juízes, traz uma vantagem para estes, onde detém uma representação melhor de uma consciência moral

da vida social, política e econômica do país, cientes que mesmo na sua solidão do momento decisório, compreendem que as necessidades sociais precisam ser atingidas com a eficácia de suas decisões quando da aplicação da jurisdição.

O que não se pode olvidar, é que tal ativismo não se torne uma tentação de justiça redentora ou de um perigo que afete ao próprio sistema democrático, já que os juízes no Brasil sequer são escolhidos por votação.

Neste ponto, cabe um parêntese para afastar qualquer crítica ao ativismo judicial com relação a legitimidade dos juízes: a legitimidade do juiz no nosso país decorre da sua aprovação em concurso de provas e títulos. Tal legitimidade é resultante do modelo burocrático adotado, seguindo orientações espelhadas do próprio modelo francês, porém, com um primor na seleção técnica, onde se exige do candidato vasto conhecimento técnico.

No modelo burocrático, os juízes são escolhidos por concurso aberto a estudantes em geral, após a formação universitária. A organização é hierárquica, a promoção, geradora inclusive de uma certa competição ao longo da carreira, se faz sobre a antiguidade e o mérito.

Essa característica, de fato, pode alimentar boa parte das críticas ao instituto do ativismo, uma vez que pessoas com forte apego a moralismos pode nortear sua atuação pautada por uma magistratura mais tolhida e menos atuante em casos onde possa ser exigido uma postura mais progressista do juiz, com uma verdadeira visão moderna do magistrado e seus poderes, que repercutem na esfera política.

Abordando tais razões, cabe citar alguns argumentos citados por Antoine Garapon⁵, brilhante jurista francês, em sua obra, o juiz e a democracia: o guardião de promessas:

Na descrição assaz vivida do professor Alexander Bickel, existe realmente nos tribunais uma combinação única de dois elementos: de um lado, o que ele determinou de “isolamento” típico do estudioso, isolamento crucial “na descoberta dos valores duradouros da sociedade”, e, de outro lado, a quotidiana obrigação de tratar “com a

⁵ GARAPON, Antoine. *O Poder Inédito dos Juízes*. In “O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas”. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 55-74.

realidade viva de controvérsias concretas”, diversamente do legislador que tem de lidar “tipicamente com problemas gerais, abstratos ou vagamente previstos”. Essa combinação única constitui também, pelo menos potencialmente, a força única da função jurisdicional.

O eminente jurista francês partilha da ideia de que a proximidade maior com os problemas mais concretos e atuais da sociedade atribuem aos magistrados um maior olhar crítico e concreto dos fatos sociais que merecem ser considerados.

Além disso, o afastamento de pressões, alianças e outros traços característicos da política, característica do isolamento de um julgador, contribui para aplicação eficaz da jurisdição adequada, tornando por vezes os tribunais e juízes, verdadeiras vozes da razão, inclusive com o ativismo criativo de redescobrir soluções para cada caso.

Rechaçando tais críticas, entende-se hoje, calcado na Constituição Federal de 1988, bem como em suas razões principiológicas, que a seleção de pessoas para o cargo de juiz mediante concurso público é traço que legitima tanto quanto uma votação, daquele que estará apto a desempenhar a atividade judicante.

A legitimidade se dá pelo concurso público, de acesso geral e irrestrito para todos aqueles que queiram se tornar juiz e que tenham aptidões técnicas e morais, no sentido de conduta ilibada, idônea para ingressar em tal cargo.

Portanto, verificadas as causas e circunstâncias características como uma judicialização maciça de políticas públicas e de questões não resolvidas em âmbito legislativo e executivo, bem como na crise de representatividade na qual vive a democracia brasileira atualmente, o ativismo judicial encontra solo fértil para sua aplicação.

3- O Ativismo Judicial e suas repercussões políticas

Naturalmente, os juízes tomam decisões políticas em algum sentido, de maneira que se pode inferir que as relações entre justiça e Estado não geram apenas tensões políticas, como também expõem diferentes categorias sociais.

Essas relações devem ser encaradas de maneira orgânica e sociológica, visando acima de tudo o avanço nas relações democráticas e institucionais dos poderes.

Como pano de fundo das competências, o conflito do juiz com o poder político expressa a rivalidade de forças sociais diferentes.

Novamente, Antoine Garapon⁶, cita que:

A burocracia da monarquia francesa defendia não apenas a prerrogativa real, mas, através dela, seu próprio poder e prestígio social contra o corpo de parlamentares. Debates comparativos opunham, na Inglaterra do século XVIII, de um lado, a burguesia rural à coroa e aos lordes; de outro, a classe média comercial e intelectual às cortes de justiça.

Mormente a tais disputas, argumentos críticos não faltarão para desconstruir a legitimidade do fenômeno do ativismo judicial, ou simplesmente de taxa-lo de maléfico a democracia e organização política do país.

Na verdade, os poderes usados pelos juízes ativistas são os mesmos que sempre tiveram, com amparo constitucional, certos de que atuam na sua estrutura dos freios e contra pesos quando necessário para o próprio controle de constitucionalidade.

Porém, com o crescimento de seu protagonismo em decisões que normalmente seriam de cunho legislativo ou de aplicação pelo executivo, o juiz é levado ao campo político de forma natural, mesmo contra sua vontade.

Há de se ressaltar que comumente a decisão de uma postura ativista do juiz condiz com o real interesse da sociedade. Este é o efeito de melhor concretude e legitimador do

⁶ Ibid., p.55-74

ativismo quando das críticas ao fenômeno pela falta de legitimidade dos juízes por não terem sido eleitos por voto popular.

Não deixa de ser importante o destaque de que o ativismo se verifica não apenas em âmbito do tribunal constitucional brasileiro. Nas instâncias de 1º grau, revela-se o quanto o sistema político passa por uma crise de representatividade e nas falhas quanto da aplicação e consecução das políticas transformistas para um verdadeiro Estado de bem estar social.

No campo político, o fato de que o caráter democrático dos processo legislativo e executivo seja submetido a limitações e condicionamentos reais, frequentemente inevitáveis, na verdade não justificaria inteiramente a conclusão de que não se deve fazer contínuo esforço com vistas a salvaguardar, o mais realisticamente possível, a legitimação democrática e representativa, e que isto não se deva fazer por todas as formas de criação do direito, inclusive a jurisprudencial por meio do ativismo judicial.

O poder judiciário de fato exhibe real vantagem, na competição com o poder legislativo, por operar com casos concretos, generalizando apenas depois de longo período de tentativas experimentais, de provas e contraprovas, no esforço de chegar à elaboração do princípio praticável.

A legislação, pelo contrário, quando não meramente declarativa, quando não se limite a colocar em forma de lei vinculante o que já foi adquirido pela experiência jurisdicional, implica todas as dificuldades e perigos.

Já com relação ao executivo, a implementação das políticas públicas que chegam aos tribunais para execução, é oriunda da própria ineficácia administrativa de tal maneira que visualiza-se uma total falta de vontade política para atender a tais necessidades e serviços públicos.

Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais.

Logo, um judiciário razoavelmente independente pode dar uma grande contribuição à democracia, colaborando positivamente desde que seja um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de freios e contrapesos.

4 – O amadurecimento democrático como causa do ativismo judicial

Há no Brasil contemporâneo uma verdadeira insatisfação generalizada em relação aos seus representantes, tanto do poder executivo quanto do legislativo.

A falta de resposta aos anseios e pretensões da sociedade por um governo que não consiga realizar as políticas necessárias e exigidas pelo povo, muita das vezes pela ineficiência e estagnação dos poderes supramencionados, bem como a falta de qualidade nas políticas públicas e alto índice de corrupção, ocasiona a chamada de crise de representatividade.

Tal crise, inicialmente pela falta de identidade entre o povo e seus representantes, e posteriormente entre os próprios poderes, repercute no poder judiciário com o aumento das demandas, sendo um de seus desdobramentos a judicialização de políticas públicas por exemplo.

A conexão entre a crise de representatividade e a judicialização é justamente o aumento da força do poder judiciário dentro do vácuo dos poderes legislativos e executivo, onde o judiciário torna-se o grande poder capaz de sanar os anseios e pretensões de uma sociedade mal representada democraticamente.

A crise de representatividade acaba não por criar, mas por reforçar a necessidade de um judiciário ativista e adstrito a realidade social que impõe sua atuação no enfrentamento da ineficiência e ineficácia de atuação dos outros poderes.

Com o fenômeno da judicialização, não significa que um Estado extremamente litigante possa estar progredindo bem, mas reforça que suas instituições estão funcionando, se fortificando dentro de um sistema e uma situação de crise.

Desta forma, converge a posição do presente trabalho, de que o ativismo acrescenta benefícios a sociedade brasileira, diante de um vácuo de poder e execução de leis e políticas públicas que respondam aos anseios e necessidades da sociedade brasileira.

Os resultados iniciais da judicialização, apesar de mostrar um Estado que parece ser excessivamente litigante, na verdade demonstram que as instituições estatais estão funcionando, onde uma disputa de poderes é inerente ao próprio sistema de freios e contrapesos, reafirmando que a atuação ativista pode ser tida como inerente ao Estado democrático de direito, quando estivermos em situação de crises entre os próprios poderes.

O fato é que o crescimento desmedido do número de processos, que cada vez mais força o judiciário a criar uma infraestrutura maior e a contratar pessoal para dar conta deste aumento de processos, acaba entrando em uma espiral em que nunca irá terminar, ou melhor, irá cada vez mais tornar o acesso à justiça oneroso, criando um verdadeiro colapso no sistema, vítima de um verdadeiro processo autofágico.

Isto por si só comprova que o sistema político carece de uma reforma, bem como a própria organização administrativa, que precisa de fato ser independente no seu poder fiscalizatório, sem as interferências de lobistas via congresso ou outros atores políticos ou extra políticos que visem atrapalhar a atividade das agências fiscalizatórias ou órgãos que contribuam para o aperfeiçoamento das execuções de políticas públicas.

Neste passo, urge ao judiciário, atuar no sentido de responder aos anseios daqueles que lhe provocam, com atuação de maneira firme, não sendo apensa o chamado juiz habbermaziano, ou um super juiz herói, mediante o seu ativismo, mas um juiz do seu tempo, ciente dos problemas que afligem a sociedade em que vive, encarando o fato de que não só como agente político, e sim como cidadão, pode e deve resolver a questão com os poderes que lhe foram outorgados e sua legitimidade advinda pelo processo do concurso público, o que diminui e muito a interferência de terceiros em prol do favorecimento de empresas que preferem investir na indústria da banalização da responsabilidade, ao invés de investir na boa prestação dos seus serviços.

Também não procede a tese de usurpação de poderes por parte do juiz em seu ativismo, visto que como detentor de poder, deve atuar, quando ciente e provocado para se manifestar de maneira que vise a inibir e minimizar a proliferação de problemas no mesmo sentido em que esteja julgando.

Ademais, o ativismo vem como uma maneira de compor dentro das esferas de poder, a eficiência nos serviços públicos e na dinâmica de resultados na consecução de políticas públicas, através de decisões, que demonstrem essa necessidade daqueles que só alcançam sua pretensão, após buscar socorro no poder judiciário.

Logo, o ativismo judicial brasileiro é o fenômeno que contribui para consolidar direitos e garantias do Estado democrático de direito pós Constituição republicana de 1988, além de servir para amadurecer e consolidar a democracia brasileira.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial somado à judicialização maciça de políticas públicas, bem como na eventual crise de representatividade tanto do poder executivo quanto do legislativo, forma-

se um tripé que legitima a atuação do juiz ativista como verdadeiro ator político em última circunstância para somar-se na proteção e guarda da Carta Constitucional, bem como proteger a democracia.

Pelo presente trabalho, o que se conclui é que pelo instituto do ativismo, um fenômeno que ocorre em diversas democracias, independente de terem adotado o “*civil law*” ou o “*common law*”, pode-se extrair os efeitos benéficos quando calcados em sistemas organizacionais que estruturam o Estado de maneira a controlar a classe de juízes sociologicamente pelo melhor método que é o aristocrático.

Embora as diferenças em relação ao Brasil, que adotou o “*civil law*”, sejam perceptíveis e criticáveis quando da aplicação do instituto do ativismo judicial, é evidente que o instituto está em franca expansão, sendo necessário o seu uso diante dos problemas atuais vividos pela sociedade brasileira.

Observa-se que não é só o voto um instrumento que demonstre legitimidade e representatividade para que o magistrado carreira que tome decisões que repercutam politicamente estejam aptos a perpetrar um ativismo. O próprio procedimento do concurso público efetua esta ação de legitimidade que daria ao magistrado o poder de atuar em seu cargo com todos os poderes e recursos que possua, garantindo a busca efetiva pela utópica e ideal justiça.

Ademais, o magistrado quando age no seu mister, decidindo a questão com denso conteúdo político, também exerce o seu papel de cidadão, que como qualquer outro, exerce o seu papel, ao decidir a questão, buscando sempre o interesse público e a já mencionada justiça.

A proximidade entre o magistrado com as celeumas que tendem a violar direitos e garantias daqueles que buscam socorro ao judiciário, reforça ainda mais a ideia de que o magistrado, detentor do conhecimento técnico e bem próximo da necessidade social, é capaz

de decidir de maneira ativista e pró ativa quando da aplicação da jurisdição, sem que isso represente uma usurpação de função ou de poder.

Isto se justifica, pois decisões políticas são o escopo daqueles que ocupam cargos políticos, diferente dos juízes, que são forçados na sua atividade decisória a enveredarem no campo político, que na ausência de ações dos poderes legislativo ou executivo, acaba por ser resolvido e suprido pelo poder judiciário.

Assim, é justo que tribunais atuem de maneira ativista, desde que sempre obedeçam à Constituição, em preferência a todas as outras leis. Isso decorre da própria essência do poder judiciário: escolher entre as disposições legais e os princípios que o encadeiam mais estreitamente é, de certa forma, o direito natural do magistrado, sendo portanto, o ativismo judicial uma de suas vertentes decisórias para ajudar na consolidação da democracia brasileira.

Portanto, um fenômeno que pretende garantir e concretizar direitos, diante daqueles que buscam socorro as portas do judiciário, não pode ser tido como algo que comprometa ou possa afetar a natureza democrática do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito. *O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em <http://www.jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 13 ago. 2014;

_____, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 25 out. 2014;

CAPPELETTI, Mauro. O problema da legitimação Democrática do Direito Jurisprudencial. In: _____. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Safe, 1999.

DWORKING, Ronald. A intenção do Locutor e O Método de Hércules. In: _____. *O Império do Direito*". São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARAPON, Antoine. O Poder Inédito dos Juízes. In: _____. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HABERMAS, Jurgen. Crise do Estado de Direito e Compreensão Procedimentalista do Direito. In: _____. *Direito e Democracia; entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, vol. 2.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. Do Poder Judiciário nos Estados Unidos e sua atuação sobre a sociedade política. Outros poderes concedidos aos juízes americanos. Do julgamento político nos Estados Unidos. In: _____. *Democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, vol. 11.

VIANNA, Luiz Werneck et alii. Introdução. In: _____. *A judicialização da política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.