

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**Texto-base:**

• BARROSO, Luiz Roberto. "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática". *Revista Atualidades Jurídicas*, n. 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em <http://www.oab.org.br/oaeditora> (acesso em 15.04.2010).

Bibliografia complementar:

• VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. & SALES, P. M. "Dezessete anos de judicialização da política". *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

• SORJ, Bernardo. "Novas tendências do conflito social: entre a juridificação e a judicialização". in: *A Nova Sociedade Brasileira*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

PROF. DR. AGNALDO DE SOUSA BARBOSA
SOCIOLOGIA DO DIREITO

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**JUDICIALIZAÇÃO: QUE FENÔMENO É ESTE?**

→ "*Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo*" [p. 3]

▪ "*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*" [p. 3]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL SÃO FENÔMENOS COMUNS NOS PAÍSES OCIDENTAIS NO PÓS-GUERRA**

→ *representam "um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária"* [p. 1]

▪ "*fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo*" [p. 2]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Avanço do neoliberalismo e afrouxamento das estruturas de direitos sociais resultantes desse processo canalizam para o Judiciário as expectativas sociais ("sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos" → VIANNA, et al., p. 40)

→ *Na avaliação do jurista francês Antoine Garapon, o Judiciário tornou-se o "muro das lamentações do mundo moderno"*

[GARAPON, A. *Le Gardien de Promesses*. Paris, Odile Jacob, 1996]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**CRISE DO LEGISLATIVO LEVA À EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO**

→ "*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*". [p. 9]

▪ *Deslocamento da agenda do país do Legislativo para o Judiciário* → ex.: decisão sobre pesquisa com células-tronco (2008); união homoafetiva (2011)

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL**DIFICULDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS EM SE COLOCAR COMO ARTICULADORES DOS NOVOS SUJEITOS SOCIAIS**

→ Sorj: "*Isso ocorre porque muitas vezes os novos sujeitos sociais se organizam em torno de identidades coletivas (religiosas, étnicas) que se colocam à margem dos ideais republicanos ou enfatizam identidades parciais não universalizáveis e de caráter difuso, seja porque estão articulados a movimentos sociais globais cuja lógica de atuação escapa à política nacional*".

▪ *Situação é agravada pelo "caráter cada vez mais contratual das relações sociais"* [SORJ, p. 110-111]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

BERNARDO SORJ: no Brasil, a *juridificação* da sociedade corresponde a uma perspectiva de *substitucionismo*

→ "(...) na sua versão mais radical, espera-se que o Judiciário seja o ponto de partida da regeneração do sistema social, de luta contra a desigualdade social e o patrimonialismo". [SORJ, p. 115]

▪ "Essa tendência, por sua vez, entra em contradição com a construção, também desejável, de instituições que se aproximem do modelo weberiano de funcionários públicos que atuem segundo normas universais e controláveis". [SORJ, p. 115]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

BRASIL: PRINCIPAIS MOTIVOS DO AVANÇO DA JUDICIALIZAÇÃO

1) Redemocratização/Constituição de 1988

"(...) 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" [p. 3]

→ Sorj: "O STF saiu fortalecido no seu papel e foi aumentado o número de instituições que podem impetrar mandado de inconstitucionalidade" [SORJ, p. 115]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

BRASIL: PRINCIPAIS MOTIVOS DO AVANÇO DA JUDICIALIZAÇÃO

2) Constitucionalização abrangente

Elaboração da nova Carta de 1988 "trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinárias".

▪ "constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito" [p. 3-4]

→ Crítica de Sorj: "a Constituição incluiu uma nova série de direitos programáticos mas irrealizáveis no contexto societário imediato" [SORJ, p. 117]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

BRASIL: PRINCIPAIS MOTIVOS DO AVANÇO DA JUDICIALIZAÇÃO

3) Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes do mundo

▪ "controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional".

▪ "controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal".

▪ "direito de propositura amplo, (...) pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas - as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais - podem ajuizar ações diretas". [p. 4]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

FUNDAMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO REMETE, EM SUA ORIGEM, À DECISÕES DA ESFERA POLÍTICA

→ Em diversas de suas decisões nos últimos anos, "(...) o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados".

▪ "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" [p. 5-6]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

MODELO CONSTITUCIONAL DEFINIDO EM 1988 ENGENDROU À PERSPECTIVA DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO → É uma consequência, "não um exercício deliberado de vontade política"

▪ "(...) O Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria" [p. 6]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

ATIVISMO JUDICIAL: EXTRAÇÃO DO MÁXIMO DAS POTENCIALIDADES DO TEXTO CONSTITUCIONAL

- “(...) o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.
- “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. [p. 6]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

EXPRESSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL

- “ (...) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”; BARROSO, p. 6
- “(...) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”;
- “(...) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

OPOSTO DO ATIVISMO: A AUTO-CONTENÇÃO

- “restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”
- “Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas”. [p. 7]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

JUDICIALIZAÇÃO: RISCO À LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA AO INVALIDAR ATOS DOS DOIS OUTROS PODERES?

- **FUNDAMENTO NORMATIVO:** Constituição brasileira atribui esse poder ao Judiciário (o que ocorre também na maior parte dos Estados democráticos), a fim de garantir o exercício de parcela do poder de maneira técnica, imparcial.
- “Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo”. [p. 11]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

→ **FUNDAMENTO NORMATIVO:** MAGISTRADOS SÃO PARTICIPES NO PROCESSO DE CRIAÇÃO DO DIREITO

- ✓ “juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica”
- “Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. ”. [p. 11]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

JUDICIALIZAÇÃO: RISCO À LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA AO INVALIDAR ATOS DOS DOIS OUTROS PODERES?

- **FUNDAMENTO FILOSÓFICO:** baseado na perspectiva de que o Estado constitucional democrático tem está assentado em dois pilares principais: 1) poder limitado e respeito aos direitos fundamentais; e 2) soberania popular.
- Diante disso, Constituição desempenha duas funções cruciais: a) estabelecer as regras do jogo democrático; b) proteção a valores e direitos fundamentais (mesmo contra a vontade da maioria)

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

→ **FUNDAMENTO FILOSÓFICO:** “(...) o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas”.

▪ “(...) a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco” [p. 12]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

→ **POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA?**

▪ “Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juizes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula”. [p. 13]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

→ **POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA?**

▪ “Direito *não* é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias. O facciosismo é o grande inimigo do constitucionalismo. (...) Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto.”. [p. 14]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

PODER DO MAGISTRADO É, EM ÚLTIMA INSTÂNCIA, REPRESENTATIVO

→ “ (...) embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível ”.

▪ “em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático”. [p. 15]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

CAPACIDADE INSTITUCIONAL: QUAL PODER ESTÁ MAIS CAPACITADO PARA DECIDIR SOBRE O TEMA?

“Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico”.

→ “(...) em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade”. [p. 16]

DEMOCRACIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

RISCO DE EFEITOS SISTÊMICOS INDESEJADOS DESENCADEADOS POR DETERMINADAS DECISÕES

“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 o impacto de determinadas (...). [p. 16]

▪ “Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui”. [p. 17]

Dinâmica das ADINs – 1988/2005

Origem do Diploma Legal Contestado versus Períodos de Governo

	PERÍODOS DE GOVERNO			TOTAL
	Pré-FHC (1988-1994)	FHC (1995-2002)	Lula (2003-2005)	
EXECUTIVO FEDERAL	165 14,0%	266 16,3%	75 9,0%	506 13,9%
EXECUTIVO ESTADUAL	38 3,2%	125 7,7%	29 3,5%	192 5,3%
LEGISLATIVO FEDERAL	220 18,6%	265 16,3%	120 14,5%	605 16,6%
LEGISLATIVO ESTADUAL	676 57,3%	809 49,7%	515 62,0%	2000 55,0%
JUDICIÁRIO ESTADUAL	63 5,3%	139 8,5%	60 7,2%	262 7,2%
JUDICIÁRIO FEDERAL	18 1,5%	25 1,5%	31 3,7%	74 2,0%
TOTAL	1180 100,0%	1629 100,0%	830 100,0%	3639 100,0%

VIANNA, et al., p. 49

Dinâmica das ADINs – 1988/2005

→ Prevalência de litígios contra normas estaduais expressa, predominantemente, a exposição do poder a interesses locais nas unidades da federação

- o que gera uma legislação casuística e carente de escopo universalista

Número de ADINs é baixíssimo em estados dominados por oligarquias estáveis (ex.: BA e MA)

Dinâmica das ADINs – 1988/2005

Adins de Governadores Segundo as Unidades da Federação (1988-2005)

UF	FREQUÊNCIA	% FREQUÊNCIA
RS	116	12,2
SC	92	9,7
ES	89	9,4
RO	75	7,9
SP	74	7,8
RJ	68	7,2
DF	67	7,1
PR	59	6,2
AP	41	4,3
AL	32	3,4
MG	31	3,3
MT	27	2,8
RN	26	2,7

VIANNA, et al., p. 56

Dinâmica das ADINs – 1988/2005

AM	24	2,5
MS	22	2,3
PB	21	2,2
GO	17	1,8
PE	13	1,4
PI	13	1,4
CE	12	1,3
BA	7	0,7
MA	6	0,6
AC	5	0,5
PA	5	0,5
SE	3	0,3
RR	2	0,2
TO	2	0,2
TOTAL	949	100,0

VIANNA, et al., p. 56