

## A ATIVIDADE JURISDICIONAL E SEUS LIMITES NO CONTEXTO ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Ana Cláudia Rodrigues MULLER<sup>1</sup>

### RESUMO

Por meio de uma revisão bibliográfica, o presente estudo tem por objetivo discutir o papel ativo que os tribunais têm exercido na política e na sociedade. Existe uma fluidez entre a fronteira da política e justiça no mundo atual que tem assustado pela extensão e pelo volume. Esse comportamento do judiciário é chamado de judicialização, que significa que questões políticas e sociais não estão mais sendo decididas pelos órgãos tradicionais (Congresso e o Poder Executivo), ocorrendo uma transferência de poder ao judiciário que não é dele, e merece, portanto, ser analisada com cautela.

Palavras-chave: Judicialização. Ativismo judicial. Poder executivo. Poder legislativo.

### 1 NOÇÕES GERAIS

O tema que se pretende tratar insere-se em área interdisciplinar do conhecimento humano em que se podem conjugar ferramentas da Ciência Política e do Direito<sup>2</sup>.

Portanto, considerando a correlação entre fenômenos sociais estudados pelas duas ciências supramencionadas, tem-se assistido, a partir da Segunda Guerra Mundial, um nítido avanço no mundo ocidental da Justiça Constitucional sobre o espaço que era historicamente reservado à Política produzida e efetivada no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, lastreados e legitimados para tanto pelo voto popular.<sup>3</sup>

A teoria clássica da separação de poderes que enxergava no Poder Legislativo, no século XIX, a ‘caixa de ressonância da sociedade’, enquanto o Poder Judiciário era apenas e

<sup>1</sup> Advogada, professora de Direito Processual Civil, mestre em Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito e doutoranda em Direito Processual Civil pela PUC-SP, acrmuller@hotmail.com.

<sup>2</sup>Embora a relação entre Direito e Política suscite polêmica na doutrina, Friedrich Muller em sua obra *Juristische Methodick*: “O direito é uma forma particular da política, daí que a metodologia jurídica é a metodologia das condições e formas de trabalho de um setor específico da ação e da organização política [Müller, 1993, p. 49]. A política está pressuposta no direito. Todo o direito funciona como imposição, concreção, controle, discussão e revisão da política. O direito é, no todo, uma especial forma de política. E, em seus pressupostos, condições, funções e conteúdos, ele é determinado politicamente [Muller, 1993, pág. 50]” (MULLER, 1993).

<sup>3</sup>Acerca do surgimento do chamado ‘Estado Constitucional de Direito’, em que a Constituição tem a última palavra, ainda que contrária, por exemplo, a processos políticos, Luigi Ferrajoli assim nos fala: “A segunda mudança chegou à sua realização, neste último meio século, com a subordinação da própria lei, garantida por uma específica jurisdição de legitimidade, a uma lei superior: a constituição, hierarquicamente supra-ordenada à legislação ordinária. Disso resultam três alterações do modelo do Estado legislativo de Direito sobre os mesmos planos nos quais esse tinha modificado o direito jurisprudencial pré-moderno: **a**) no plano da natureza do direito, cuja positividade se estende da lei às normas que regulam os conteúdos da lei e implica por isso uma separação entre validade e vigor e uma nova relação entre forma e substância das decisões; **b**) no plano da interpretação e da aplicação da lei, onde tal separação implica uma mudança do papel do juiz, bem como das formas e das condições da sua sujeição à lei; **c**) no plano, enfim, da ciência jurídica, que resulta assim investido de um papel não mais simplesmente descritivo, mas crítico e projetual em relação ao seu próprio objeto.”

tão somente, no dizer de Monstesquieu, a ‘boca da lei’, não mais encontra guarida na atual realidade brasileira<sup>4</sup>. É o que se chama de judicialização do sistema político.

Acerca deste fenômeno, esclarece Luis Roberto Barroso:

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. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2008, p. 30).

Aliado a questão da judicialização, não se pode deixar de mencionar, visando aprofundar a apresentação do tema, o movimento neoconstitucionalista, que reconheceu modernamente que as Constituições deixaram de ser meros reprodutores de sistemas políticos, sendo certo que possuem, a exemplo da própria Constituição pátria, verdadeiros objetivos a serem perseguidos pela sociedade, trazendo em seu bojo princípios com força normativa, com aplicabilidade exigível judicialmente. Sobre o neoconstitucionalismo<sup>5</sup>:

O direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como “neoconstitucionalismo”. Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de implicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário

A prática do neoconstitucionalismo leva ao chamado ativismo judicial. Tal conceito guarda congruência com o aspecto da jurisdicionalização da vida que antes se expôs, no entanto, vai um pouco mais além. Para ilustrar tal questão, socorre-se novamente de Barroso

<sup>4</sup>Em breve comentário, Marco Antonio Meneghetti, em sua dissertação de mestrado cujo tema foi “Judicialização da Política no Brasil e Moderação do Poder”, apresentada em março de 2008 no Instituto de Ciência Política da UNB, nos fala: “O fenômeno da judicialização da política é evidência de que o pêndulo político estaria no final do século XX apontando para o Judiciário, que estaria se ocupando não apenas da tarefa de aplicar o direito produzido pelo Legislativo, mas igualmente produzindo esse direito.” (MENEGETTI, 2008, p. 80)

<sup>5</sup>SARMENTO, 2009, p. 35)

(2008, p.4):

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

Diante deste cenário, é importante ainda considerar que novos desafios são criados aos componentes do Poder Judiciário, já que a reconhecida normatividade dos princípios constitucionais possibilita grande raio de interpretação ao aplicador do direito<sup>6</sup>.

Tais princípios carregam, via de regra, conceitos semânticos bastante abertos e de cunho moral elevado, abrindo, por via de consequência, espaço inclusive para discussões filosóficas no dia-a-dia forense. Acerca da dificuldade em se lidar com esta realidade, em especial na presença de “*hard cases*”<sup>7</sup>, é importante mencionar-se a regra da proporcionalidade, possível solução para que se possa estabelecer limites à atividade jurisdicional no contexto de agigantamento do Poder Judiciário em que a sociedade mergulhou.

Na obra “O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição” traz a lição de Gilmar Mendes (1994) acerca da matéria:

A aplicação do Princípio da Proporcionalidade na solução de um caso concreto se dá pela verificação, na espécie, da presença de três elementos essenciais: a adequação dos meios utilizados pelo legislador na consecução dos fins pretendidos; a necessidade da utilização daqueles meios (e de nenhum outro, menos gravoso, em seu lugar); e a efetiva razoabilidade da medida (proporcionalidade em sentido estrito), aferida por meio de uma

<sup>6</sup> Sobre o amplo espaço conferido ao intérprete operador do Direito na modernidade, confira-se Ana Paula de Barcellos: “*Diante da freqüente ausência de parâmetros legais específicos aos quais a ação administrativa esteja vinculada, o Judiciário tem passado a empregar critérios que não se limitam à verificação de formalidades ou de características externas dos atos administrativos, muitos deles, no caso brasileiro, inscritos formalmente na Carta de 1988. Com efeito, nas últimas décadas, e cada vez mais com mais intensidade, o Judiciário passou a ingressar no exame do que tradicionalmente se identifica como ‘mérito administrativo’ para aferir sua compatibilidade com determinados princípios constitucionais, como os da razoabilidade, da eficiência, da moralidade e da economicidade. Em linha semelhante, a atuação do Poder Legislativo – dos três níveis federativos no caso brasileiro – igualmente tem sido submetida a uma verificação de constitucionalidade mais ampla, já que a Constituição disciplina temas os mais diversos. Em tudo isso, nota-se, está-se tratando de interpretação jurídica.*” (BARCELLOS, 2006. P. 65)

<sup>7</sup> Em seu artigo “*O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*”, Luis Roberto Barroso assim qualifica as palavras ‘hard cases’: “(…), a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida n o ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade.” (BARROSO, 2008, P. 12).

rigorosa ponderação entre o significa da intervenção para o atingido eos objetivos perseguidos pelo legislador (BUECHELE, 1999, p. 475-769).

Destarte, diante do cenário aqui exposto (correlação entre Direito e Política, Estado Democrático Constitucional, Neoconstitucionalismo, Judicialização da vida cotidiana, conteúdo normativo dos Princípios Constitucionais e Ativismo Judicial, bem como a aplicação do princípio da proporcionalidade para solução dos problemas trazidos para a análise deste ‘novo’ Poder Judiciário) é que se pretende desenvolver cientificamente esta tese, pretendendo demonstrar a origem, evolução, limites, problemas e soluções da atividade jurisdicional contemporânea.

## **2 ASPECTOS POLÊMICOS**

O fenômeno do Ativismo Judicial tem despertado posições favoráveis e contrárias no mundo jurídico, gerando grande polêmica entre os operadores do direito. Nas posições contrárias, se concentram vários argumentos. Dentre eles destaca-se a ideia de que juízes, Tribunais e principalmente os Tribunais Constitucionais, não possuem legitimidade democrática, contra os atos legalmente instituídos pelos poderes Legislativo e Executivo. Os críticos ainda asseveram em suas assertivas que o Poder Judiciário não poderia atuar como Poder Legislativo ou Executivo. Os críticos mencionam que ocorre também no Ativismo Judicial na atribuição de peso aos princípios conflitantes que dependem do subjetivismo e da vontade de quem interpreta.

Posição importante a ser destacada neste sentido vem Ronald Dworkin (1999, p.451/452), que considera o Ativismo Judicial algo nocivo por representar a primazia das concepções subjetivas de justiça e de bem do próprio julgador:

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.

Assim, a judicialização da vida cotidiana e o ativismo judicial, podem representar perigo para a normalidade democrática brasileira. Isto porquanto, embora magistrados desempenhem um poder político capaz de invalidar atos dos outros dois poderes, estes não são agentes públicos eleitos. É preciso, portanto, estudar e avaliar o que a doutrina chama de dificuldade contramajoritária que o Poder Judiciário carrega consigo ao desempenhar suas

funções<sup>8</sup>.

Por outro lado, os defensores do Ativismo Judicial declaram que o Poder Judicial possui legitimidade para invalidar decisões do Legislativo e do Judiciário, afirmando que a legitimidade exercida pelo Poder Judiciário, está expressa na própria Constituição Federal, assim os juízes atuam conforme preconiza a Lei e não por causa própria. Ainda, sustentam a ideia informando que esta atuação proativa de que na Constituição Federal, a disciplina tripartite das funções do poder foi transformada consideravelmente. O princípio da separação de poderes evoluiu desde a sua sistematização inicial, sobrevivendo uma flexibilização.

Deste modo, perceber qual é o ponto de equilíbrio entre decisões plenamente fundamentadas na Constituição, dentro de um processo racional, ainda que, por exemplo, estas amplifiquem direitos com base na já comentada força normativa dos princípios constitucionais, e quais são as decisões fruto de mera imposição de vontade do julgador e, portanto, ilegítimas pelo próprio processo democrático.

Dessa forma é importante, analisar de maneira aprofundada o que se pode chamar de “politização” do Poder Judiciário, em especial quando se trata da Suprema Corte Constitucional. Acerca deste fenômeno, que precisará ser melhor analisado na redação da teses, importante mencionar Zaffaroni<sup>9</sup> que em sua obra “Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos”, assim ensina:

A tarefa de interpretar a lei para aplicá-la ao caso concreto é árdua, equívoca e discutível. Se assim não o fosse, seriam inúteis as bibliotecas jurídicas. Não há dúvida de que, diante de certos problemas, a lei não é interpretada da mesma maneira por um conservador e um liberal, um socialista ou um democrata-cristão, mas isso não obedece a que qualquer comitê partidário lhe distribua ordens e menos ainda a corrupção. Fora de qualquer patologia institucional, isso obedece a uma certa coerência necessária e saudável entre a concepção de mundo de cada um e a sua concepção do direito (que é algo que ‘está no mundo’).

<sup>8</sup> Vários doutrinadores já escreveram acerca da “dificuldade contramajoritária”. O principal deles, Alexander Bickel, é citado neste artigo de autoria de Barry Friedman, pinçado na base de dados Academic Search Premier: “*Modern constitutional theorists have struggled to reconcile the practice of judicial review with democratic governance. That dilemma generally is referred to as the "counter majoritarian difficulty," a term coined by Alexander Bickel in 'The Least Dangerous Branch'. At least since the early 1960s, when Bickel wrote, and actually much earlier than that, academics have tried to justify what they see as a practice in which unaccountable judges interfere with the will of the people and their representatives.*” Tradução livre: “Os teóricos constitucionais modernos esforçaram-se para reconciliar a prática do controle judicial com a administração democrática. Esse dilema é conhecido geralmente como a “dificuldade contramajoritária”, um termo cunhado por Alexander Bickel na obra ‘*The Least Dangerous Branch*’. Pelo menos desde o princípio dos anos 60, quando Bickel escreveu, e realmente muito mais cedo do que isso, os acadêmicos tentaram explicar o que é visto como uma prática em que os juízes interferem na vontade dos povos e de seus representantes” (FRIEDMAN, 2000, p.4).

<sup>9</sup> Zaffaroni (1995, p.92).

Deve-se enfrentar ainda, dentro do tema, a capacidade institucional do Poder Judiciário para, no contexto de sua hipertrofia, solucionar da maneira mais sensata as demandas que lhe são trazidas. Nesta linha de raciocínio, necessário de faz perscrutar se os magistrados estão preparados para, neste jogo de substituição de vontades, decidir acerca de temas que, exigem capacitação técnica que ultrapassam em muito o conhecimento médio de qualquer pessoa.

Acerca da capacidade, qualificada na doutrina como “institucional” Barroso (2008, p.4) fala:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. 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. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas 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. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Enfrentando o problema interno de funcionamento do Poder Judiciário, acerca do efeito que decisões prolatadas por magistrados podem ter em grandes segmentos da sociedade, ainda que dirigidas para processos individuais, ou ainda nos impactos sofridos na prestação de serviços públicos causados por sentenças de cunho emocional, colocando em risco a própria organização da Administração Pública. Porém vários demonstram que no Brasil, há uma enorme dificuldade de concretização dos direitos fundamentais sociais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. Por esta razão tem havido a intervenção do Poder Judiciário, visando garantir o que está estampado na Constituição Federal de 1988. Com isso, tal intervenção tem que ser cautelosa para não violar os demais institutos, como o princípio da separação dos poderes.

### **3 CONCLUSÃO**

Na seara do problema da judicialização, tem-se que analisar as *formas e limites* da atividade jurisdicional. Ao falar dos *limites* da atividade jurisdicional, é importante pensar em que tipos de tarefas sociais podem ser adequadamente atribuídos a juízes, tribunais ou outros órgãos jurisdicionais e quais são as linhas de divisão que separam essas tarefas daquelas que exigem o exercício de poder executivo ou que devem ser assumidas por órgãos de

planejamento ou agências estatais.

Algumas questões são inerentemente inadequados para serem tratados por órgãos jurisdicionais. De maneira mais geral, tomando emprestado o pensamento de Rosco e Pound, é necessário limites da ação jurídica efetiva, sempre lembrando que determinações legislativas normalmente só se tornam efetivas se puderem ser interpretadas e aplicadas judicialmente.

É necessário ficar claro que o Poder Estatal é Uno e é baseado na Constituição Federal, onde se encontra a separação de funções desse poder como forma de soberania.

Teoricamente falando, a separação dos poderes facilita o exercício das funções públicas necessária para se manter a harmonia social. Entretanto, ocorre desequilíbrio quando se observa a inércia de um ou outro órgão, o que obriga o judiciário a ter uma maior atuação na intenção de suprir as lacunas existentes. Por conta das inércias do poder executivo e legislativo, que passa a ser supridas pelo poder judiciário.

Com isso, conclui-se que apesar de a ativação judicial ser claramente um desejo na Constituição Federal Brasileira, tal atividade envolve riscos, causando uma confusão na discricionariedade administrativa e legislativa, falta de efetividade do controle jurisdicional, além da legitimação democrática dos julgadores.

Portanto é recomendável a autocontenção dos juízes, que devem seguir as orientações e decisões dos outros poderes quando estas não ofenderem a Constituição e as Leis.

Entende-se que o legislador não é o único que deve aplicar a Constituição, o judiciário também tem esta missão, e pode agir em prol da preservação dos direito e valores constitucionais. Entretanto, deve existir limitação, devendo o judiciário acatar as decisões legítimas do legislativo, respeitando-se assim a tripartição dos poderes, atuando, entretanto, nos casos das omissões legislativas.

## **A JUDICIAL ACTIVITY AND ITS LIMITS IN THE CONTEXT CURRENT OF JUDICIARY BRAZILIAN POWER**

### ***ABSTRACT***

Through a literature review, this study aims at discussing the active role that the courts have played in politics and society. There is fluidity between the border of politics and justice in the world today that has startled by the extent and volume. This judicial behavior is called legalization, which means that social and political issues are no longer determined by traditional authorities (Congress and the executive branch), taking place a transfer of power to the judiciary that it is not his, and must be therefore carefully analyzed.

**Keywords:** Legalization. Judicial activism. Executive power. Legislative power.

## REFERÊNCIAS

MULLER, F. **Juristische Methodik**. 5.ed. Berlin: Duncker&Humblot, 1993.

BARCELOS, A. P de. Alguns parâmetros normativos para ponderação constitucional. In: BARROSO, L. R. (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tomo II. (Temas de Direito Constitucional).

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2009.

BUECHELE, P. A. T. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

COSTA, P.; ZOLO, D. (Org.). Estado de Direito entre o passado e o futuro, por Luigi Ferrajoli. In: **ESTADO** de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins, Fontes, 2006.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRIEDMAN, B. The history of the countermajoritarian difficulty, part four: law's politics, **University of Pennsylvania Law Review**, v.148, p. 4, Apr. 2000.

MENEGHETTI, M. A. **Judicialização da Política no Brasil e Moderação do Poder**. 2008. 141 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=708&classe=...>>. Acesso em: 16 ago. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. “A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo: IOB, nº 23, 1ª Quinzena de Dezembro de 1994, verbete nº 1/8175, p. 475-469.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais, n. 9, jan./mar. 2009.

ZAFFARONI, E. R. **Poder judiciário**: crises, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Recebido em 12 de maio de 2016.  
Aceito em 28 de junho 2016.