ATIVISMO JUDICIAL

VERBETE

Segunda-Feira, 2 de Novembro de 2020 21:21:17

VERBETE - TRADUÇÃO

FONTE: Black's Law Dictionary. Seventh Edition, 1999

TRADUTOR: Luís Afonso Heck

Semestre de inverno de 2017

Para uso em sala de aula – UFRGS – Faculdade de Direito

Anexos: 03

Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Semestre de inverno 2017

Para uso em aula - UFRGS - Faculdade de Direito

ATIVISMO JUDICIAL

Uma filosofia de produção da decisão judicial, pela qual juízes permitem que suas concepções pessoais sobre ordem pública [public policy]*, entre outros fatores, conduzam suas decisões, habitualmente, com a sugestão que partidários dessa filosofia tendem a achar violações constitucionais e estão dispostos a ignorar precedente. – **ativista judicial**. Comparar com judicial restraint (3) [contencão judicial].

"Se para resolver a disputa o tribunal tem de criar uma nova regra ou modificar uma antiga, isso é criação de lei. Juízes que se defendem de acusações de ativismo judicial dizem que eles não fazem lei, eles apenas a aplicam. É verdade que em nosso sistema os juízes não devem e, geralmente, não fazem nova lei com a mesma liberdade que legislativos podem e fazem; eles são, na frase de Oliver Wendell Holmes, 'limitados dos movimentos molares aos moleculares'. A qualificação é importante, mas o fato permanece que juízes fazem, e não somente acham e aplicam, lei." Richard Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform* 3 (1985).

* **Ordem pública. 1.** Em termos gerais, princípios e critérios considerados pelo legislativo ou pelos tribunais como sendo de preocupação fundamental para o estado e toda a sociedade. (...)

Contenção judicial. (...) 3. Uma filosofia de produção da decisão judicial, pela qual juízes evitam ceder às suas crenças pessoais sobre o bem público e, em vez disso, tentam meramente interpretar a lei como legislada e segundo o precedente. – Também designado (no sentido 2 & 3) *judicial self-restraint*. Conferir ativismo judicial.

Fonte: Black's Law Dictionary. Seventh Edition, 1999.

(Pontuação no original. Os colchetes não estão no original.)

Obs.:

Vamos concluir [Sr. Marco Aurélio], voltando ao já novo Ministro, Luís Roberto Barroso, que nos oferece uma síntese expressiva dos fundamentos e limites do ativismo judicial em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:

"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; (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. Sobre esse último caso, podemos lembrar a interferência no campo da saúde, fornecimento de medicamentos, internação etc. Enfrenta ele a questão sempre suscitada, em favor da autocontenção judicial, qual seja a de que os membros do Poder Legislativo e o chefe do Poder Executivo são agentes públicos eleitos, investidos em seus cargos pela vontade popular, enquanto a atividade criadora do Judiciário e, sobretudo, sua competência para invadir atos dos outros Poderes devem ser confrontadas como argumento da falta de justo título, e, então, mostra que esse justo título, o fundamento de uma jurisprudência criadora, está no fato de que a Constituição desempenha dois grandes papeis: a) assegurar o jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria; b) mas, como a democracia não se resume ao princípio majoritário, o outro papel da Constituição consiste em proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais voto."

Fonte: RTJ 227 (493). O sublinhado é meu.

Quanto ao
i: passa por cima do direito constitucional escrito (Hesse, Konrad. Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio

Antonio Fabris Editor, 1998, p. 43, número de margem 33. Tradução: Luís Afonso Heck);

ii: ignora o sentido subjetivo e objetivo de Kelsen (Kelsen, Hans. Wesen und Entwicklung ... S. 44 f. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 140 e seguinte. Tradução: Alexandre Krug);

iii: confunde policy e principle (Dworkin, Ronald. Taking Rights Seriously, 1978, p. 22 f.) e desconhece que o controle de policy pelo juiz realiza-se por meio de principle (Dworkin, Ronald. Law's Empire, 1986, p. 244). A posição do juiz diante da omissão no âmbito da policy, é outra questão.

Quanto ao b)

ignora o significado do princípio da maioria na ordem democrática (Hesse, Konrad. Elementos de direito constitucional ..., p. 124, número de margem 142 e seguinte), por um lado; por outro, a jurisdição constitucional como representação argumentativa (Alexy, Robert. Constitucionalismo discursivo. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 163 e seguintes. Org./trad.: Luís Afonso Heck). Por fim, contém uma contradição: a existente entre monarquia absoluta (o que vale é a vontade do monarca, não a lei - resultante de eleição e de decisão por maioria -) e a existência de um controle de constitucionalidade de leis (material) por meio do juiz.

No conjunto: ao misturar tradições (Überlieferung: tradição, transmissão) jurídicas diferentes mostra que não está crescido para interpretar (explicar - auslegen: interpretar, explicar) a própria.

MARCADORES

Verbetes |