

## 21. ATIVISMO JUDICIAL, CONFLITO DE COMPETÊNCIAS E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS

(Referente ao projeto de pesquisa cadastrado "ativismo judicial, conflito de competências e ponderação de princípios formais")

Claudia Maria Toledo Da Silveira<sup>1</sup>  
Ana Clara Viana Nogueira<sup>2</sup>  
Pedro Andrade Queiroz<sup>3</sup>

**Palavras-chave:** Judicialização, ativismo judicial, princípios formais

### **Ativismo judicial, conflito de competências e ponderação de princípios formais<sup>4</sup>**

O ativismo judicial é um fenômeno jurídico que consiste na ingerência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência dos outros poderes, violando o princípio da separação de poderes. Na realidade brasileira, dois fatores têm influência nesse fenômeno: o extenso rol de direitos previstos constitucionalmente e a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. Muitas vezes tais poderes são omissos em efetivar e proteger todos os direitos previstos, fazendo com que cada vez mais o Judiciário seja acionado para tutelar tais garantias. Vale ressaltar que o Judiciário não pode se negar a julgar determinada causa, devido aos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e da proibição do *non liquet*.

De acordo com Luís Roberto Barroso, não se confunde judicialização da política e ativismo judicial. A judicialização ocorre devido às funções atribuídas ao Judiciário pela Constituição Federal, fazendo com que questões de relevante interesse político acabem sendo decididas judicialmente, e não nas vias de competência executiva ou legislativa. Já o ativismo, para o Ministro, consiste em uma postura, uma atitude do Judiciário, que opta por um modo mais proativo de interpretação da lei.

Embora na doutrina ainda não exista um consenso a respeito de ativismo judicial, havendo opiniões a favor e contra, temos que o fenômeno pode ser considerado como uma patologia constitucional, pois acaba por concretizar valores e discursos que não puderam ser sedimentados democraticamente na sociedade.

Para entendermos sobre conflito de competências, é necessário abordar temas como o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos (*check and balances system*). A tese da separação dos poderes remete a Aristóteles, mas foi o pensador moderno Montesquieu que a desenvolveu. Essa separação consiste na divisão do poder uno do Estado em diferentes funções atribuídas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e tem como objetivo evitar a concentração de poder em um único agente estatal. Nesse contexto, têm-se o sistema de freios e contrapesos, que tem como objetivo conter os abusos e indevidas intervenções ou omissões dos outros poderes, mantendo todos em harmonia e sem hierarquia. Tal divisão clássica é adotada em diversos países e, no Brasil, é consagrada pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988.

O conflito de competências é um assunto que enseja questionamentos na doutrina atual e se relaciona diretamente com a ponderação de princípios formais. Sabe-se que os princípios

<sup>1</sup> Professora associada da Faculdade de Direito, membro do corpo docente permanente do Mestrado em Direito e Inovação, coordenadora do projeto

<sup>2</sup> Aluna do 4º período do curso de Direito da UFJF

<sup>3</sup> Aluno do 5º período do curso de Direito da UFJF

<sup>4</sup> Projeto BIC/UFJF, em desenvolvimento de agosto/2017 a julho/2018.

são normas que constituem um mandamento de otimização, ou seja, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. Quanto aos princípios formais, pode-se dizer que têm como objeto não um conteúdo, mas decisões jurídicas independentemente de seu conteúdo. Isto é, são princípios procedimentais, que não consagram conteúdos, mas dizem respeito ao procedimento através do qual são produzidos conteúdos jurídicos (como e por quem). A despeito das controvérsias existentes acerca da conceituação do que seria efetivamente um princípio formal, o presente trabalho buscou basear-se nos estudos da Teoria dos Princípios de Robert Alexy e no seu desenvolvimento, por Matthias Klatt (2015), no tocante aos conflitos de competências entre poderes públicos. Com base nos princípios formais da discricionariedade legislativa e administrativa e da inafastabilidade do controle jurisdicional, Klatt apresenta requisitos para solucionar tais conflitos, alcançando um equilíbrio entre o exercício dos Poderes na esfera de competência que lhes é devida, e o controle recíproco entre eles.

No princípio da discricionariedade legislativa e executiva, o significado de discricionariedade abrange a faculdade de escolha, tendo em vista que, facultativo é aquilo que não é proibido, e nem obrigatório. Como um desdobramento do conceito, temos as discricionariedades administrativa e legislativa, espaços de liberdade do administrador público e do legislador, moldados e limitados pelo próprio Direito. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é um instrumento de garantia aos direitos fundamentais e uma forma de controle que expressa os valores do Estado Democrático de Direito. Aplicando a teoria dos princípios aos conflitos de competência – especialmente a máxima da proporcionalidade e sua máxima parcial, a ponderação –, Klatt tratou os conflitos de competência como uma colisão de princípios formais. Desta maneira, o procedimento a ser seguido consistiria na ponderação entre os princípios da discricionariedade legislativa/administrativa e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, considerando-se as condições fáticas dos casos em concreto.

As condições relativas aos fatos jurídicos são demasiadamente diversificadas, assim como são diversos os fatores que podem recair sobre eles, sendo necessário que se estabeleçam critérios objetivos que sirvam de parâmetro para uma análise dos limites entre a discricionariedade e a interferência judicial. Por conseguinte, Klatt elaborou fatores que devem ser considerados no momento da ponderação dos princípios formais, a saber:

- 1) Confiabilidade epistêmica empírica das premissas utilizadas para a decisão: quantos menos confiáveis são as premissas apresentadas, maior peso deve ser dado à discricionariedade legislativa/executiva, e menor peso dado a revisão judicial;
- 2) Extensão da regulamentação legislativa sobre a matéria em questão: quanto mais regulamentação legislativa a matéria em questão tiver, menor deve ser a esfera de discricionariedade administrativa e legislativa, e maior deve ser a possibilidade de revisão pelo poder judiciário;
- 3) Interferência nos direitos fundamentais: quanto maior for a interferência no âmbito dos direitos fundamentais, maior será a amplitude da revisão judicial, e menor será a discricionariedade dos poderes executivo e legislativo.

Isto posto, o presente trabalho almejou identificar, no decorrer da pesquisa bibliográfica, a referência aos critérios elaborados por Klatt ou a descoberta de outros fatores que possibilitem a delimitação das condições fáticas do caso concreto em que há conflito de competências. No entanto, tais critérios e fatores não foram encontrados na doutrina nacional.

Para se verificar se realmente está acontecendo um processo de judicialização da política e politização do judiciário, na pesquisa empírico-jurisprudencial, foram levantados os julgados do Supremo Tribunal Federal nos anos 2000, 2005, 2010, 2015, relativos ao “direito à saúde”, “direito à educação”, “discricionariedade legislativa/administrativa”, “inafastabilidade do controle jurisdicional” e “mínimo existencial”. Nas decisões, os princípios mais abordados foram o princípio da separação de poderes, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio da reserva do possível, o princípio da dignidade humana e o princípio

da igualdade. Em relação à margem de discricionariedade legislativa e executiva e de apreciação judicial, tem-se o recorrente argumento de que a interferência do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas já existentes não configura violação à separação de poderes, uma vez que o Judiciário está apenas exercendo sua competência, não adentrando os limites de atuação dos outros poderes. Ademais, os argumentos apresentados afirmavam que a discricionariedade do Poder Executivo e Legislativo, frente aos direitos fundamentais, teria seu âmbito reduzido, já que estes últimos seriam cláusulas pétreas consagradas pela Constituição. Foram obtidos resultados parciais, tendo em vista que até o presente momento foram encontrados e analisados vinte e dois acórdãos, em que foram encontradas as seguintes referências:

- a) “Discricionariedade legislativa/administrativa” e “inafastabilidade do controle jurisdicional” - dois acórdãos em 2000;
- b) “Mínimo existencial” - quatro acórdãos em 2005;
- c) “Direito à educação” - cinco acórdãos em 2005 e dois em 2010;
- d) “Direito à saúde” - três acórdãos em 2000, dois em 2005 e quatro em 2010.

Dentre estas, apenas uma decisão foi favorável ao Estado. Assim como se verificou na doutrina brasileira, também na jurisprudência nacional não foram encontradas referências aos critérios elaborados por Klatt. Porém, até o momento, podem ser apresentados dois resultados parciais em relação aos argumentos analisados:

- 1) Dentre os vinte e dois acórdãos estudados, em seis (27%), foi utilizado o argumento de que o Poder Judiciário está atuando na concretização de políticas públicas já existentes, situação em que não há ingerência indevida do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade dos outros poderes, não havendo, portanto, afronta ao princípio da separação dos poderes;
- 2) Não foram constatados argumentos exteriores ao Direito nos acórdãos examinados. O critério central para definição do argumento como jurídico ou extrajurídico (integrante do discurso jurídico ou do discurso prático geral, com base no pensamento alexyano) foi a regulamentação ou não do tema pelo direito positivo (legislação e precedentes) e/ou doutrina.

### **Referências Bibliográficas**

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa: O Controle de Prioridades Constitucionais. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18 - n. 3 - p. 416-434 / set-dez 2013.

KLATT, Matthias. Who decides? Judicial review in balance. International Journal of Constitutional Law, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 13, N. 2, p.354-382, 2015.

LEAL, Mônica Clarissa Henning, GERVASONI, Tássia Aparecida. Judicialização da política e ativismo judicial: a abertura do processo interpretativo da Constituição como mecanismo de democratização da jurisdição constitucional de participação no tratamento de conflitos in Revista Direitos Culturais, n.14, janeiro de 2013, p.1-12.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; DONADELLI, Antônio Paulo de Mattos. O papel do Judiciário, o Estado de Direito e o chamado “Ativismo Judicial” na doutrina brasileira in Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 19, n. 1, janeiro–abril, 2014, p.42-76.

SANTOS, Raphael de Souza Almeida. Entre a técnica e a efetividade: o ativismo judicial como instrumento de garantia dos direitos fundamentais in AREL FAAR, Ariquemes, RO, v. 1, n. 1, mai. 2013, p. 76-94.