

FACULDADE RAÍZES
CURSO DE DIREITO

JEISSIELY LUZIA MAURICIO

O ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL

Anápolis – GO
2018

JEISSIELY LUZIA MAURICIO

O ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação da Faculdade Raízes.

Orientador: Prof. Me. Leocimar Rodrigues Barbosa

Anápolis – GO
2018

JEISSIELY LUZIA MAURICIO

O ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL

Monografia defendida e aprovada pela banca examinadora, constituída pelos professores abaixo relacionados, no dia _____ de _____ de 2018.

Professor Orientador

Professor Convidado

Coordenação do NTC

DEDICATÓRIA

A Deus, que, pela Sua infinita Misericórdia, não me deixou cair nos momentos mais difíceis.

Aos meus familiares e amigos, pelo apoio e paciência.

Aos professores e funcionários da Faculdade Raízes, pelos ensinamentos e serviços prestados.

AGRADECIMENTO

A Deus, pela graça da conclusão da presente monografia, por ter me dado forças para seguir e encarar as dificuldades, por nunca me deixar só e pela oportunidade de conviver e aprender com pessoas iluminadas por Ele, que me ajudaram e incentivaram em mais uma etapa de minha vida.

“Há de se notar que um indivíduo, vivendo em sociedade, constitui de certo modo uma parte ou um membro desta sociedade. Por isso, aquele que faz algo para o bem ou para o mal de um de seus membros atinge, com isso, a toda a sociedade”.

São Tomás de Aquino

RESUMO

A presente monografia, ao abordar o tema Ativismo Judicial, expõe, informações, obtidas através da pesquisa bibliográfica, de suma importância para que seja possível uma melhor compreensão sobre o assunto citado, como sua origem no mundo e no Brasil, suas bases e seu conceito. Esta monografia, também, apresenta uma análise crítica de alguns dos principais julgados considerados ativistas proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, pois é possível identificar a presença do ativismo judicial em suas decisões que buscam efetivar os Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, mas, que não têm como fundamento uma previsão legal expressa, e sim, uma interpretação ampla dos princípios constitucionais e das cláusulas constitucionais abertas, o que gera insegurança jurídica, e é visto como uma ameaça ao princípio da Separação dos Poderes. O presente trabalho monográfico esclarece se, na prática, tal atuação do Poder Judiciário é uma forma de garantir os direitos fundamentais constitucionais, ou uma ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. Ao apontar as principais críticas a esse instituto jurídico, verifica-se que, apesar de incipiente no Brasil, a prática do ativismo se faz, cada vez mais, presente nas decisões judiciais proferidas, e influencia, de maneira notável, a sociedade; incentivando, assim, discussões e críticas, principalmente, em relação ao Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Ativismo judicial; Princípio da Separação dos Poderes; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This monograph, when discussing the topic of Judicial Activism, presents information obtained through bibliographic research, which is of the utmost importance for a better understanding of the subject, such as its origin in the world and in Brazil, its bases and its concept . This monograph also presents a critical analysis of some of the main judges considered as activists by the Federal Supreme Court, a body of the Judiciary, because it is possible to identify the presence of judicial activism in its decisions that seek to implement the Fundamental Rights guaranteed by the Constitution but are not based on an express legal provision but on a broad interpretation of constitutional principles and open constitutional clauses, which creates legal uncertainty and is seen as a threat to the principle of separation of powers. This monographic work clarifies if, in practice, such action by the Judiciary is a way of guaranteeing fundamental constitutional rights, or an offense to the principle of Separation of Powers. In pointing out the main criticisms of this legal institute, it is evident that, although incipient in Brazil, the practice of activism is increasingly present in judicial decisions, and influences, in a remarkable way, the society; thus encouraging discussions and criticisms, mainly in relation to the Federal Supreme Court.

Keywords: Judicial activism; Principle of Separation of Powers; Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1. ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL	12
1.1 Influência do Ativismo Judicial no Mundo.....	13
2. CONCEITO E BASES DO ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL	19
2.1 A Cosntitucionalização do Direito e a Nova Forma de Interpretar a Cosntituição como Bases do Ativismo Judicial	19
2.2 Bases Constitucionais do Ativismo Judicial.....	21
2.3 Conceito de Ativismo Judicial.....	23
3. O ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .	26
3.1 Inexigibilidade de Autorização Prévia Para a Publicação de Biografias.....	27
3.2 Uniões Homoafetivas	28
3.3 Incompatibilidade da Criminalização do Aborto com Direitos Fundamentais	29
3.4 Descriminalização do Aborto de Fetos Anencéfalos	29
3.5 Fidelidade Partidária	30
3.6 Procedimento de <i>Impeachment</i> de Presidente da República.....	30
3.7 Súmula Vinculante nº 11	31
3.8 Súmula Vinculante nº 13	32
4. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL	34
4.1 Risco para a Legitimidade Democrática.....	34
4.2 Politização Indevida da Justiça	36
4.3 Limites da Capacidade Institucional do Judiciário	37
CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

Frente ao atual cenário político brasileiro, maculado pela corrupção e pela falta de representatividade dos administradores e legisladores eleitos, o Poder Legislativo não consegue regulamentar matérias de grande importância para a sociedade e o Poder Executivo, diante da burocracia estatal e da ineficiência dos administradores, por muitas vezes, não consegue garantir aos brasileiros a efetividade das políticas públicas, conforme determina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em decorrência disso, a sociedade tem buscado cada vez mais o Judiciário, visando ter seus direitos fundamentais satisfeitos e resguardados. Porém, ao satisfazer os anseios sociais e solucionar as lides, impondo obrigações ao administrador, sem haver previsão legal expressa, tendo como fundamento uma interpretação ampla dos princípios constitucionais e das cláusulas constitucionais abertas, o que caracteriza o ativismo judicial, o Poder Judiciário acaba por expandir suas funções, o que tem gerado discussões e críticas, principalmente ao Supremo Tribunal Federal.

A proposta deste estudo é analisar o ativismo judicial e seus reflexos no princípio da Separação dos Poderes, visto que esse fenômeno se mostra cada vez mais evidente no cenário jurídico brasileiro.

E, apresentando os principais aspectos do ativismo judicial — não só praticado no Brasil, mas também, em vários países — o presente trabalho contribuirá para a formação de um posicionamento a respeito, pois se propõe a esclarecer se, na prática, o Poder Judiciário, ao tomar decisões baseadas diretamente no texto constitucional, por omissão do Poder Legislativo, para tentar efetivar os Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, fere o princípio da Separação dos Poderes.

A metodologia adotada, para que o trabalho atinja seus objetivos traçados, leva em consideração a natureza do problema, neste caso, básica. O trabalho proposto procura gerar conhecimentos úteis para o desenvolvimento do saber jurídico.

Considerando que o tema escolhido para este trabalho traduz um fato que não pode ser revelado fora de um contexto social, político, e jurídico, o método

científico utilizado, ou seja, o conjunto de operações mentais ou processos empregados na pesquisa é o método dialético. E como a dialética privilegia as mudanças qualitativas, a abordagem se dá pela interpretação de fenômenos e atribuição de significados, em outras palavras, pela abordagem qualitativa.

O objetivo do estudo é exploratório, visando proporcionar maior familiaridade ao problema. O trabalho proposto irá tornar explícito, o tema, para que se possa obter uma melhor compreensão sobre ele.

O procedimento técnico se dará por meio de pesquisa bibliográfica, sendo esta concebida a partir de materiais já publicados. Dentre os materiais essenciais para o estudo do fenômeno do Ativismo Judicial, no presente trabalho monográfico, destaca-se a utilização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de súmulas e de decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como dos ensinamentos de Campos — que trata das influências do ativismo judicial em outros países — e de Barroso — que além de conceituar o termo ativismo judicial, trata de suas características e aponta as principais críticas a seu respeito.

A presente monografia está dividida, em quatro capítulos. No primeiro deles, são apresentadas informações sobre a origem do ativismo judicial no mundo, suas bases históricas e como vem influenciando a sociedade em diversos países.

O segundo capítulo traz lições acerca da constitucionalização do direito e a nova forma de interpretar a Constituição, como bases do ativismo judicial praticado no Brasil e também acerca do complexo conceito do termo que, pelo seu uso indiscriminado e até mesmo pejorativo, possui diversas conotações.

Já, no terceiro capítulo, verifica-se a presença do ativismo judicial em algumas das principais súmulas e decisões do Supremo Tribunal Federal, tais buscam efetivar os Direitos Fundamentais, garantidos pela Constituição de 1988, mas não têm como fundamento uma previsão legal expressa, e sim uma interpretação ampla dos princípios constitucionais e das cláusulas constitucionais abertas.

E no quarto capítulo, encontram-se descritas as principais críticas ao ativismo judicial, sendo possível, posteriormente, na conclusão, verificar, através da análise dessas críticas, se na prática tal atuação do Poder Judiciário é uma forma de garantir os direitos fundamentais constitucionais, ou uma ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

Portanto, a presente monografia, por abordar um tema atual e de grande relevância social, tem por objetivos: estudar o fenômeno do ativismo judicial; e analisar até que ponto as decisões ativistas, na busca da efetivação dos Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, encaixam-se nos limites da Separação dos Poderes. Alcançando qualidade e profundidade, necessárias, essa, poderá contribuir para elucidação do tema citado, podendo, assim, servir como base para discussões enriquecedoras sobre o assunto.

1. ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL

Ao se tratar do tema Ativismo Judicial, faz-se indispensável uma sucinta análise da origem do termo. Suas bases históricas auxiliarão na compreensão desse fenômeno, ainda incipiente no Brasil, mas que, a cada dia, está mais presente em nosso cenário jurídico.

O berço das discussões, sobre o assunto em questão, certamente se deu nos Estados Unidos, onde a controvérsia a respeito da postura proativa da Suprema Corte norte-americana, na interpretação da Constituição e na interferência regular e significativa nas ações dos demais poderes, advém de longa data.

Para Barroso:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...] Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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 (BARROSO, 2010, p. 09).

Pelo que foi citado acima, pode-se inferir que a expressão “ativismo judicial” foi utilizada tendo como principal objetivo a qualificação de um fenômeno ocorrido, entre os anos de 1954 e 1969, nos Estados Unidos da América. A Suprema Corte norte-americana, presidida por Earl Warren, revelou uma jurisprudência progressista, em matéria de direitos fundamentais, sendo considerada, na época, uma revolução silenciosa, porém, profunda que ampliou a participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Arthur Schlesinger Jr., de acordo com a doutrina norte-americana, seria o responsável por ter — em seu artigo intitulado *The Supreme Court: 1947* — usado publicamente, pela primeira vez, o termo ativismo judicial.

Campos (2014) afirma que a formulação de Schlesinger apontou para um debate de tipo muito mais político-institucional, ou seja, sob a ótica das diretrizes que norteiam o processo decisório, do que simplesmente jurídico-metodológico, ou

seja, segundo o Direito, deixando claro que Schlesinger, assim como a maioria dos estudiosos da época, entendia que a democracia exigia que a Corte se retraísse ao invés de expandir seu poder, não sendo, portanto, o ativismo judicial, bem aceito.

1.1 Influência do Ativismo Judicial no Mundo

Verifica-se, atualmente, o tendente crescimento da influência do ativismo judicial ao redor do mundo, atuando, além do palco estadunidense onde começou, frente à diversificação e ampliação institucional e política, principalmente da Alemanha e da Itália, onde, na jurisprudência dos respectivos Supremos Tribunais, encontram-se influências do ativismo. Sem deixar de mencionar, também, a interferência desse instituto jurídico na América Latina, em especial na Colômbia e na Costa Rica.

A principal diferença entre o Tribunal Constitucional alemão e a Suprema Corte norte-americana se dá, segundo Campos (2014), no modo como o sistema de direitos fundamentais da Constituição alemã (promulgada em 1949, obedecendo ao propósito de romper com o passado de atrocidades, cometidas pelo regime nazista) é interpretado.

Conforme suas lições, Campos ao tratar da interpretação do sistema de direitos fundamentais da Constituição alemã assevera que essa se dá conforme a:

Ordem objetiva de valores, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ponderação, proporcionalidade, concordância prática, mínimo existencial, núcleo essencial são elementos de uma gramática de garantia dos direitos fundamentais que faz do caso alemão paradigma da importância que cortes constitucionais podem alcançar nos sistemas políticos e nas sociedades em que inseridas (CAMPOS, 2014, p. 100).

Sendo estabelecido, portanto, um Tribunal Constitucional amplamente acessível, titular de significativos poderes de decisão, dotado do monopólio do controle judicial de constitucionalidade das leis e da missão de fazer valer o compromisso dos direitos fundamentais e a garantia da dignidade humana.

De acordo com Campos (2014), Klaus Stern, um dos mais renomados advogados constitucionais na Alemanha, afirma que o Tribunal, por meio de práticas de declaração de inconstitucionalidade, tem participado diretamente da criação do

Direito no nível legislativo, evidenciando assim a prática do ativismo judicial como uma forma de garantir direitos fundamentais.

Na Itália, conforme os ensinamentos de Campos (2014), a intenção da ordem constitucional não foi diferente dos objetivos pretendidos pela Alemanha pós II Guerra. Buscou-se a ruptura com o passado totalitário do país.

Portando, a Constituição italiana, estabeleceu a democracia como forma de governo; o reconhecimento dos direitos invioláveis do homem; a igual dignidade social de todos; o dever do Estado em promover as condições econômicas e sociais necessárias ao pleno desenvolvimento do homem; a participação de todos os trabalhadores na organização política, social e econômica do país; as liberdades clássicas; as liberdades políticas; os direitos sociais entre outros direitos; e, para o controle de constitucionalidade das leis, a Carta previu a Corte Constitucional. Porém, de acordo com Campos (2014):

A nova Constituição italiana não teve a vida concreta que dela se esperava em seus primeiros anos e isso por dois motivos principais inter-relacionados – primeiro, embora os constituintes italianos tenham pretendido fosse a nova ‘Constituição concretizada mediante a obra política do Parlamento’, esse poder quedou-se inerte, de forma que a nova ordem constitucional precisou conviver por um longo tempo com a antiga legislação fascista; segundo, essa dificuldade poderia ter sido relativizada e até superada pela Corte Constitucional, porém, em razão de ‘desencontros políticos em torno da lei ordinária necessária para disciplinar seu funcionamento’, ela não foi instalada até 1956 e a Corte de Cassação, então responsável por dar a última palavra no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, comportou-se de modo absolutamente passivo (CAMPOS, 2014, p. 113).

Pelo exposto acima, verifica-se que a antiga legislação fascista, ao ter sua vigência concomitante com a vigência da nova e revolucionária Constituição italiana, dificultou a aplicação dos direitos fundamentais garantidos pela nova Carta Magna do país. Mas, isso seria superado se na época tivesse sido instaurado uma Corte Constitucional, pois, até 1956, ano de sua instalação, era a Corte de Cassação, absolutamente passiva, a responsável a dar decisão final no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e responsável, também, pela uniformidade da interpretação da legislação ordinária.

A partir da atuação da Corte constitucional na forma de sentenças, a referida Corte, segundo Campos (2014), consagrou a possibilidade de controlar, direta e concentradamente, a constitucionalidade da legislação fascista, pré-

constitucional, ou seja, uma forma de manutenção da prevalência da Constituição rígida sobre as leis ordinárias, sem necessariamente revogá-las.

Pode-se extrair, das lições de Campos, que:

Com esta nova orientação e a permanente omissão do Parlamento, a Corte assumiu um papel político-reformista e substituiu o legislador 'na modernização e na democratização do ordenamento jurídico italiano'. Para tanto, a Corte desenvolveu um arsenal de sentenças não ortodoxas que se tornou o traço distintivo de sua jurisprudência ativista. Para adequar o velho ao novo, o autoritário ao democrático, o juiz constitucional italiano, muitas vezes, extrapolou a função de revelar o que dizem as disposições normativas para manipular os sentidos das leis, adicionando novos significados normativos ou substituindo os já existentes. Sobre essas sentenças não ortodoxas, a dogmática constitucional tem desenvolvido uma tipologia muito influente: as chamadas sentenças manipulativas – sentenças que resultam na transformação do significado da lei, mas sem alteração formal do texto normativo (CAMPOS, 2014, p. 116).

Ademais, dos estudos de Campos (2014), pode-se observar ainda a classificação dessas sentenças manipulativas, em três tipos. Na primeira espécie, referente a sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas (ou manipulativas em sentido estrito), o juiz declara a nulidade de parte do conteúdo normativo, sem alterar formalmente o texto legal, reduzindo apenas seu alcance, de modo a conformá-lo à Constituição. Já, na terceira espécie, a das sentenças substitutivas, o juiz não se limita a julgar inconstitucional certo conteúdo normativo, mas, formula um novo, em substituição ao que declarou nulo.

Em complementação ao parágrafo anterior, e, ainda, conforme a doutrina de Campos (2014) é a segunda espécie a das sentenças aditivas, que mostra-se mais interessante a esse estudo. Pois, por meio delas, a Corte reconhece a inconstitucionalidade da lei, na parte em que não prevê algo que deveria prever, adicionando o significado normativo faltante. Como a decisão aditiva pressupõe uma lacuna, a declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa deve ser lógica e estruturalmente ligada à superação do estado omissivo. Sendo assim, a sentença aditiva se impõe onde a lei se omite, e essa prática integrativa é resultado do ativismo judicial.

Outrora, a Colômbia, diferentemente da Alemanha e da Itália, cujo objetivo era romper com o passado totalitário gravado na história de ambos os países, tinha como metas a cumprir com a nova Constituição, promulgada no ano de 1991, conforme ensina Campos (2014), o restabelecimento e o fortalecimento da

democracia, institucionalizando extensa lista de direitos fundamentais e sociais; instituindo uma Corte Constitucional com amplo acesso à sua jurisdição e significativas competências e poderes de controle sobre os atos dos outros atores do governo, e em torno da missão fundamental de guarda da integridade e supremacia da Constituição. Não só a Colômbia passou por essa transformação, ainda, pelos estudos de Campos:

No fim dos anos 80 e começo dos 90, vários países da América Latina experimentaram profundas reformas constitucionais dirigidas a restabelecer ou fortalecer a democracia, institucionalizando, em novos documentos constitucionais, extensa lista de direitos fundamentais e sociais, e cortes constitucionais ou, simplesmente, novos e amplos poderes para as cortes supremas já existentes [como foi o caso do Brasil]. Nesse novo cenário político-institucional, houve marcante avanço da judicialização da política e do ativismo judicial envolvendo a proteção desses direitos. Dentro desta nova perspectiva latino-americana, as cortes de mais destaque são, além do Supremo Tribunal Federal, as Cortes Constitucionais da Colômbia e da Costa Rica (CAMPOS, 2014, p. 122).

Destarte, tendo o ativismo judicial avançado, como pressuposto de validade à proteção dos direitos garantidos pela Constituição, a Corte Constitucional colombiana se tornou, segundo Campos (2014), uma corte hiperativista que ganhou respeito popular, pois a sociedade colombiana tem-se muito utilizado dela. Verificou-se um avanço das pretensões judiciais de direitos, tutelando, a Corte, diretamente, esses direitos ou guiando a legislação e as decisões das instâncias judiciais inferiores, revelando uma posição ativista, contribuindo para que a Colômbia se tornasse um Estado social de direito.

Conforme Campos:

A história da Corte Constitucional da Colômbia, embora ainda curta, já produz ensinamentos singulares para o tema do ativismo judicial: importância dos desenhos institucionais, estabelecidos nas constituições democráticas contemporâneas, para a expansão do poder político e da relevância social das cortes constitucionais – carta de direitos entrincheirados e jurisdição constitucional acessível e de amplos poderes decisórios; o ativismo de cortes constitucionais, manifestado pela interpretação criativa e expansiva das normas constitucionais, pode ser decisivo para a afirmação da democracia e para a promoção de direitos fundamentais e sociais em contextos de insegurança e desigualdade (CAMPOS, 2014, p. 131).

Já, com relação ao ativismo na Costa Rica, pode-se dizer que, ainda conforme os ensinamentos de Campos (2014), sua Corte Constitucional é outra campeã de ativismo judicial na América Latina. Segundo ele:

Em 1989, a reforma da Constituição costarriquenha adicionou uma nova 'Câmara' à Corte Suprema de Justiça do país, que ficou conhecida como a 'Sala IV', especificamente para resolver questões constitucionais e defender os direitos fundamentais. Desde então, esta Câmara vem sendo considerada uma das cortes constitucionais mais poderosas e ativistas da América (CAMPOS, 2014, p. 131).

É possível, perante a análise da doutrina de Campos (2014), identificar a diferença entre a reforma constitucional colombiana e a reforma constitucional costarriquenha, esta última não inovou com um extenso rol de direitos fundamentais e sociais, pois em sua Constituição, datada de 1949, havia dispositivos referentes a esses direitos, o problema dava-se pelo fato de que a efetividade dos mesmos não era perceptível, ante a passividade apresentada pelo comportamento da Corte Suprema, no controle de constitucionalidade das ações dos outros poderes.

Campos assevera:

A nova legislação ainda atribuiu à Sala IV a competência para dirimir os 'conflitos constitucionais' entre os poderes de governo e definiu a eficácia vinculante e *erga omnes* de todas as suas decisões. Esse novo sistema é caracterizado, principalmente, pelo acesso amplo, barato e informal de todo e qualquer cidadão que pretenda questionar a constitucionalidade das leis, assim como dos partidos políticos de menos expressão (CAMPOS, 2014, p. 132).

Dessa forma, as decisões tomadas pela Corte Suprema de Justiça do país, que ficou conhecida como a Sala IV, a fim de resolver questões constitucionais e defender os direitos fundamentais, demonstraram ativismo judicial, servindo de exemplo para a promoção da ampliação do acesso às cortes constitucionais; para o fortalecimento de suas competências; e para o estabelecimento de procedimentos menos rígidos para a declaração de inconstitucionalidade.

Mostram também, segundo Campos, que "a evolução do ativismo judicial pode interferir nos arranjos políticos de um país a ponto de equilibrar a força entre maiorias e minorias que disputam o poder" (CAMPOS, 2014, p. 137).

Ante ao que, acima, foi exposto, percebe-se o avanço do ativismo judicial pelo mundo, de forma a ser considerado, por parte da doutrina, uma importante ferramenta para a garantia dos direitos fundamentais, assegurados pela

Constituição, e uma maneira de superar o entrave causado pela omissão legislativa. Porém, no ritmo em que ocorre o avanço desse instituto jurídico, as discussões e críticas ao ativismo jurídico tomam forma e ganham espaços, cada vez maiores, tais críticas serão abordadas nos próximos capítulos.

2. CONCEITO E BASES DO ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL

Ao se tratar do tema Ativismo Judicial praticado no Brasil, é mister proceder a uma análise das bases que sustentam tal postura, presente em nosso país a partir da Constituição de 1988, que serviu de instrumento para redemocratização do Brasil.

2.1 A Cosntitucionalização do Direito e a Nova Forma de Interpretar a Cosntituição como Bases do Ativismo Judicial

Segundo Barroso (2015, p. 519), “sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”. A falta de efetividade das normas constitucionais anteriores a 1988 era evidente, pois conforme ensina Barroso (2015), as classes que dominavam, persistentemente, faziam-se indiferentes ao que prescrevia a Lei Maior, construindo uma realidade própria de poder, contrária a uma real democratização da sociedade e do Estado, verificava-se a falta de seriedade em relação à Lei Fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-se.

A passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, conforme leciona Barroso (2012), foi o marco para a Constitucionalização do Direito no Brasil, passando então, a Constituição, a partir de 1988, a desfrutar, além da supremacia formal, uma supremacia material, auxiliada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios, tendo assim, um efeito expansivo de suas normas que passaram a irradiar todo o sistema jurídico brasileiro, seus valores, fins públicos e comandos, passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

A efetividade trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, deu-se por três mudanças de paradigma elencadas por Barroso (2015), acompanhando, assim, o direito constitucional contemporâneo. A primeira mudança revelou-se no reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais; passam a ter aplicabilidade direta e

imediate, servido, a partir de então, como fundamentos utilizados em postulações de direitos e de argumentação jurídica.

A segunda mudança consiste na expansão da jurisdição constitucional, que se concretizou na atribuição do direito de propositura de ações constitucionais diretas a muitos órgãos e entidades, sendo estas ações levadas ao Supremo Tribunal Federal, para que se exerça o controle de constitucionalidade e a defesa dos direitos fundamentais.

A terceira grande mudança verificou-se através do surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional. De acordo com Barroso (2012), essa nova forma de interpretar a constituição muda o papel da norma, dos fatos e do intérprete:

A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito. (BARROSO, 2012, p. 13 - 14).

Em outras palavras, a norma positivada deixou de ser aplicada mecanicamente, em algumas situações mais complexas e plurais, deficientemente, supridas pela legislação vigente; situações que na maioria das vezes envolvem questões morais e políticas, a exemplo:

Até a Constituição de 1988, havia uma única forma de se constituir família legítima, que era pelo casamento. A partir da nova Carta, três modalidades de família são expressamente previstas no texto constitucional: a família que resulta do casamento, a que advém das uniões estáveis e as famílias monoparentais. Contudo, por decisão do Supremo Tribunal Federal, passou a existir uma nova espécie de família: a que decorre das uniões homoafetivas. (BARROSO, 2012, p. 13).

Nesses casos, o aplicador do direito tem o papel fundamental de construir o direito através dos elementos do caso concreto, tomando por base a interpretação dos princípios constitucionais e das cláusulas constitucionais abertas, para a possível solução da demanda.

Por todo o exposto acima, verifica-se a evolução do sistema constitucional brasileiro, que passou a ter efetividade, assumindo o papel central no ordenamento

jurídico. Essa nova maneira, de enxergar e interpretar a Constituição, abriu espaço para um maior controle jurídico de implementação das normas constitucionais, tendo, a própria Constituição, disciplinado os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais, para agir quando for violado um de seus mandamentos.

Como será adiante exposto, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, competente pela guarda da Constituição, tem papel fundamental na concretização dos valores e fins constitucionais.

2.2 Bases Constitucionais do Ativismo Judicial

Nossa atual Constituição, em seu primeiro artigo, revela-nos que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, ou seja, constitui-se em um Estado que se submete ao império da lei e respeita o princípio da soberania popular, descrito no parágrafo único do mesmo artigo, no qual reconhece todo o poder emanar do povo, sendo, por ele, exercido indiretamente ou diretamente.

Silveira (2014, p. 46) afirma que “é no Estado Democrático de Direito que o Poder Judiciário toma a frente como elemento central da regulação do sistema de freios e contrapesos, imerso na problemática da separação de poderes”.

Cabe aqui esclarecer que, conforme dita a Constituição, em seu artigo 2º, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, adotando assim, o Brasil, a teoria da tripartição dos poderes, que, na realidade, por ser o Poder Estatal, uno e indivisível, trata-se de uma repartição das funções estatais, por órgãos distintos e independentes. Porém, afirma Lenza:

A teoria da ‘tripartição de Poderes’, exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir uma maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta deles (LENZA, 2016, p. 586 - 587).

O Legislativo, o Executivo e o Judiciário, portanto, acabam exercendo, além de suas funções típicas, outras funções atípicas atribuídas aos outros poderes. Sendo o principal objetivo dessa separação das funções estatais (exercidas, cada

qual, por um órgão distinto e independente) o controle de um poder sobre o outro, a fim de se evitar uma concentração de poder, minimizando-se, assim, os riscos de abuso de poder.

Porém, a postura mais incisiva do poder judiciário, verificada em sua atuação mais ampla, encontra validade no inciso XXXV do 5º artigo de nossa Constituição que, assim, postula: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2017, p. 19).

Faz-se importante, nesse ponto, salientar que, segundo Barroso:

[...] o processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia [...] da recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. [...] Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a ausência de um anteprojeto geraram [...] um texto que, mais do que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo (BARROSO, 2012, p. 03).

Desse modo, a Constituição de 1988 traz em seu escopo, conforme nos ensina Dutra (2017), elementos orgânicos, como o conjunto de normas que regulam a estrutura do Estado e do poder; elementos limitativos, como as normas que trazem o elenco dos direitos e garantias fundamentais que limitam o exercício do poder estatal; elementos sócioideológicos, como as normas que revelam o compromisso das Constituições modernas entre o Estado Liberal e o Estado Social; elementos de estabilização constitucional, como o conjunto de normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas; e elementos formais de aplicabilidade, como as normas que estatuem regras de aplicação da Constituição.

Abordando temas de diversas naturezas, a Constituição acaba por conter normas e princípios com grande caráter de abstração, alguns direitos, ali descritos, necessitam de legislação específica para que possam ser efetivados, porém, frente ao atual cenário político brasileiro, maculado pela corrupção e pela falta de representatividade dos administradores e legisladores eleitos, o Legislativo não consegue regulamentar matérias de grande importância para a sociedade, e o Executivo, diante da Burocracia Estatal e da ineficiência dos administradores, por

muitas vezes, não consegue garantir aos brasileiros a efetividade de políticas públicas e de direitos fundamentais, conforme determina a Carta Magna.

Pelo acima exposto, a sociedade tem buscado, cada vez mais, o Judiciário, visando ter seus direitos fundamentais satisfeitos e resguardados. E, como a própria Constituição determina, o Judiciário não pode escusar-se de dizer o direito, mesmo sem amparo legal específico, restando, assim, ao Judiciário, valer-se da nova interpretação judicial. O que amplia a atuação do judiciário, na tentativa de assegurar a continuidade e a estabilidade das relações jurídicas, resguardadas no texto constitucional.

Mas, como será possível verificar a seguir, tal atuação ativista, principalmente a praticada pelo Supremo Tribunal Federal, é duramente criticada, sendo até mesmo considerada uma ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

2.3 Conceito de Ativismo Judicial

Após serem apresentadas as bases do ativismo judicial, cabe, oportunamente, a conceituação do termo citado. Antes, porém, é necessário superar o que denomina Campos (2014, p. 149) “problema de indefinição conceitual do termo”. Tal questão torna-se mais grave pelo uso indiscriminado, e até mesmo pejorativo, da expressão. Segundo ele:

Dentro de amplo universo de debate, a opinião sobre a virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. Na verdade, o ativismo judicial, [...] é mais criticado do que elogiado. Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como ‘substituto para excesso judicial’. [...] Decisão ativista seria, na opinião majoritária, sinônimo de decisão arbitrária; juízes ativistas, os ‘caras maus’ (CAMPOS, 2014, p. 149).

O fato é que o termo, ativismo judicial, possui diversas conotações; não havendo um consenso sobre seu real significado, tendo, inclusive, alguns doutrinadores proposto a substituição da expressão ou mesmo sua abolição. Mas, o que se tem certeza, conforme Campos (2014, p. 163), é que “o ativismo judicial tem reais e importantes implicações políticas e sociais, de modo que precisa ser conhecido abstratamente e identificado concretamente”.

Na tentativa de conceituar o termo, Campos fixa diretrizes que servem para a construção de um conceito, chegando à seguinte conclusão:

Defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias (CAMPOS, 2014, p. 164).

Infere-se, pois, da citação acima, que a ampla atuação do judiciário tem certa legitimidade, devendo ser reconhecida através da análise de dispositivos constitucionais, e que o produto dessa atuação interfere, nas mais diversas camadas sociais, pois as decisões ativistas envolvem diversos contextos e fatores políticos, sociais e jurídico-culturais.

Já, segundo lições de Barroso:

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: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; 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; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008, *on line*).

De maneira simples, por todo exposto, o ativismo judicial é uma conduta mais ativa do poder judiciário que ao se ver julgando casos que envolvem direitos fundamentais em que a legislação é deficiente, decide por ampliar o sentido e o alcance dos princípios constitucionais e das cláusulas constitucionais abertas objetivando efetivar esses direitos elencados na Constituição.

É imprescindível, também, tendo por fim evitar imprecisões terminológicas, a diferenciação dos termos judicialização da política e ativismo judicial, pois, ambos institutos jurídicos ao serem praticados têm consequências semelhantes e demonstram que algumas questões que deveriam ser decididas

e discutidas pelo Poder Executivo ou Pelo Poder Judiciário acabam sendo decididos pelo Poder Judiciário. Portanto, para distingui-los, Barroso afirma:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, 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. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2008, *on line*).

Destarte, verifica-se, na judicialização, que o Poder Judiciário decide porque, legalmente, lhe cabe decidir, tendo, a atuação abrangente do magistrado, amparo constitucional. Já o ativismo refere-se a uma posição adotada pelo judiciário, mais proativa, em relação a sua interpretação da Constituição, valendo-se de cláusulas abertas e princípios constitucionais, a fim de expandir seu sentido e alcance, tendo como objetivo concretizar os valores e fins constitucionais, embasando-se no princípio da Supremacia da Constituição.

Sendo assim, a postura ativista mostra-se mais ampla e presente em nosso país, é, portanto, de suma importância o seu estudo, a fim de ser esclarecida a real amplitude e implicação, para que se possa decidir entre preservá-lo, caso represente uma forma de garantia dos direitos fundamentais, ou combatê-lo, se for um risco para a segurança jurídica brasileira.

É notória, a influência do ativismo judicial no cenário político jurídico e social brasileiro, porém, a evolução desse instrumento se dá aos poucos. As discussões acerca do tema ainda estão no início e como será possível analisar, nos próximos capítulos, a posição ativista do judiciário brasileiro, apesar de aparentemente benéfica aos interesses sociais, gera polêmicas e dúvidas. Há aqueles que dizem ser, tal instituto jurídico, uma afronta ao princípio da Separação dos Poderes e uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

3. O ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Faz-se necessário, para uma melhor compreensão prática do Ativismo judicial, a análise de alguns dos julgados proferidos pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, que tem como competência precípua a guarda da Constituição Federal de 1988, conforme definido pela própria Carta Constitucional, em seu o artigo 102, que também define suas demais competências.

Conforme preconiza artigo 101 da Carta Magna:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (BRASIL, 2017, p. 19).

Sendo assim, atualmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem como Presidente, a Ministra Cármen Lúcia; como Vice-Presidente, o Ministro Dias Toffoli; como Decano, o Ministro Celso de Mello; e como demais Ministros, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Roberto Barroso, o Ministro Edson Fachin e o Ministro Alexandre de Moraes.

Mas, como visto anteriormente, e segundo Barroso (2017), quem utiliza o termo, Ativismo, geralmente o associa ao exercício impróprio da jurisdição, tendo assim, o Ativismo, interpretação negativa. Porém, ainda conforme Barroso (2017), o Poder Judiciário, em algumas situações, deve ser autocontido, mas, em outras, sua atuação deve ser mais expansiva e sugere que, para identificar as intervenções judiciais mais abrangentes, quando necessárias e legítimas, seja utilizada a expressão: interpretação construtiva.

Conforme Barroso:

Decisões políticas devem ser tomadas por quem tem voto e, portanto, como regra, o STF deve exercitar autocontenção [*self restraint*]. Isso é especialmente verdadeiro quando estejam em discussão temas como:

I- Regulação econômica [Ex. Normas de transição de uma moeda para outra, salvo situações absurdas];
 II- Questões tributárias [Salvo violação inequívoca de algum direito fundamental dos contribuintes];
 III- Questões político-administrativas [transposição de rios, demarcação de terras indígenas].
 O Judiciário tem uma capacidade institucional limitada para lidar com temas com esse grau de complexidade. O que lhe cabe fazer é verificar se o procedimento adequado foi seguido. (BARROSO, 2017, p. 11).

Desse modo, verifica-se uma autocontenção do Poder Judiciário, em relação aos casos em que este não deve agir de forma mais proativa, porém, conforme exposto, existem situações em que o Judiciário mostra-se mais ativista e, de acordo com Barroso (2017, p. 11), “são as que envolvem a proteção: I- de direitos fundamentais; II- das regras democráticas e; III- a moralidade político-administrativa”.

Barroso ainda define algumas características do ativismo judicial, para facilitar a identificação dessa postura quando praticada pelo Supremo Tribunal Federal:

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 (BARROSO, 2008, p. 6).

Barroso (2017), como Ministro do STF, cita alguns julgados em que a Suprema Corte brasileira utilizou-se de uma interpretação construtiva da Constituição, a fim de proteger direitos fundamentais, regras democráticas e a moralidade político-administrativa.

Portanto, cabe, por fim, a análise de alguns casos de ativismo judicial praticados pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgados. Sendo indispensável, para uma melhor compreensão do tema proposto no presente trabalho, citar algumas decisões proferidas por esse órgão, em que o ativismo judicial se faz presente.

3.1 Inexigibilidade de Autorização Prévia Para a Publicação de Biografias

Conforme STF (2015, *on line*), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em 2015 julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815 em que a associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) sustentava que os artigos 20 e 21 do Código Civil conteriam regras incompatíveis com a liberdade de expressão e de informação. No caso em questão, a tensão se deu entre a liberdade de expressão e o direito à informação, de um lado, e os direitos da personalidade como a privacidade, imagem e honra, de outro. Foi declarada, portanto, a inexigibilidade da autorização prévia para a publicação de biografias.

Ao analisar o caso, acima, citado, levando em consideração as características do ativismo judicial, apresentadas por Barroso (2008), verifica-se que o ativismo se deu pelo fato de que, apesar dos artigos 20 e 21 do Código Civil não terem sido expressamente contrários aos preceitos constitucionais, tais artigos presaram pelos princípios da privacidade, da imagem e da honra, em detrimento dos princípios da liberdade de expressão e da informação. E o Supremo, a ver-se em meio a tal embate, interpretando a constituição, mostrou-se contrário à vontade do legislador do Código Civil e presou pelos princípios da liberdade de expressão e da informação.

3.2 Uniões Homoafetivas

Outro caso, em que a decisão do Supremo foi considerada ativista, foi quando, no ano de 2011, o mesmo equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais; e, assim, oportunizou o casamento de pessoas do mesmo sexo. Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, conforme STF (2011, *on line*), o ex-ministro Ayres Britto, na época, relator das ações, ao interpretar a Constituição, votou pela procedência das ações, a fim de excluir interpretações do artigo 1.723 do Código Civil que impeçam o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

No caso em tela, o ativismo se deu pelo fato de que, apesar de na Constituição e no Código Civil não haver permissão expressa para esse tipo de união, após a leitura interpretativa do artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna, que veda qualquer forma de discriminação e preconceito em virtude de origem, raça, sexo, cor

e idade, o Supremo oportunizou a igualdade do direito de uma pessoa unir-se a outra, com o objetivo de, com esse vínculo, formar uma família, aos casais de mesmo sexo, o que também está de acordo com os princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

3.3 Incompatibilidade da Criminalização do Aborto com Direitos Fundamentais

Já no caso do julgamento do Habeas Corpus (HC) 124.306, ocorrido no ano de 2016, apesar de tratar-se de um caso específico, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ao conceder, segundo STF (2016, *on line*), a procedência da ação, afastando a prisão preventiva dos denunciados pela suposta prática do crime de aborto, com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, abriu precedente para descriminalizar o aborto até o terceiro mês.

Isso se deve pelo fato de que o voto do ministro Luís Roberto Barroso, relator da ação, considerou, segundo STF (2016, *on line*), não só a ausência dos requisitos que autorizam a prisão cautelar, mas, também, alegou que “a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade” (BRASÍLIA, STF, 2016, *on line*).

Sendo assim, o ativismo nessa decisão se deu pelo fato de que, apesar do aborto ser considerado crime pelo Código Penal brasileiro, só não sendo punido em casos como de gravidez resultado de estupro, casos em que haja risco para a vida da mulher, ou, nos casos em que os fetos sejam anencéfalos, o voto do Ministro Barroso deixou claro que ele considera a criminalização do aborto, nos demais casos, contrária a alguns direitos fundamentais.

3.4 Descriminalização do Aborto de Fetos Anencéfalos

Em 2012, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o Supremo descriminalizou o aborto realizado em fetos anencéfalos, reconhecendo o direito fundamental à dignidade da gestante e, segundo STF (2012, *on line*), compreendendo tal fato como causa de excludente de ilicitude.

Ainda, segundo STF (2012, *on line*), a não inclusão dessa hipótese de excludente de ilicitude, na legislação penal, trata-se de uma omissão legislativa, cuja

inconstitucionalidade deu-se pelo fato de tal conduta, na época, ainda ter sido tipificada como crime, ofendia, assim, “à integridade física e psíquica da mulher, bem como na violação ao seu direito de privacidade e intimidade, aliados à ofensa à autonomia da vontade” (BRASÍLIA, STF, 2012, *on line*). Portanto, o ativismo se mostra presente em tal decisão.

3.5 Fidelidade Partidária

Verifica-se, também, o ativismo na decisão do Supremo que declarou a constitucionalidade da Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em 2008, que disciplina o processo de perda do mandato eletivo, por infidelidade partidária, até que o Congresso Nacional exerça a sua competência e regule o assunto em lei específica, conforme STF (2008, *on line*). A Corte o fez, por considerar a mudança de partido, por deputados, após as eleições, uma fraude no processo democrático.

O ativismo, no caso citado, deu-se pelo fato de não existir, em nosso ordenamento jurídico, norma que preveja a perda do mandato do parlamentar diante da hipótese de troca de partido ou de cancelamento da filiação partidária. Porém, tal decisão não foi unânime, os ministros, Eros Grau e Marco Aurélio, sustentaram votos discordantes por entenderem que o TSE legislou ao editar a resolução, ingerindo em competência privativa do Poder Legislativo.

Mas, em 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por decisão, unânime, segundo STF (2015, *on line*), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5081, decidiu:

Não se aplica aos cargos do sistema majoritário de eleição [prefeito, governador, senador e presidente da República] a regra de perda do mandato em favor do partido, por infidelidade partidária, referente aos cargos do sistema proporcional [vereadores, deputados estaduais, distritais e federais] (BRASÍLIA, STF, 2012, *on line*).

Sendo assim, a perda do mandato por infidelidade partidária, só será admissível nos casos em que o cargo se der pelo sistema proporcional.

3.6 Procedimento de *Impeachment* de Presidente da República

O ativismo mostra-se evidente, também, na decisão da maioria, do Plenário do Supremo em 2015, que julgou, segundo STF (2015, *on line*), parcialmente procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378, a qual discutia a validade de dispositivos da Lei 1.079/1950 que regulamentam o processo de *impeachment* de presidente da República. A maioria dos ministros não acompanhou o voto do ministro Edson Fachin, relator da ação.

O ativismo mostra-se presente pelo fato de que os ministros, ao tomarem tal decisão, deram nova interpretação ao artigo 86 da Constituição Federal que, assim, dispõe:

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade (BRASIL, 2017, p. 40).

Conforme a nova interpretação e segundo o STF (2015, *on line*), onde está escrito no artigo citado a palavra acusação, leia-se simples autorização, ou seja, “a Câmara dos Deputados apenas dá a autorização para a abertura do processo de *impeachment*, cabendo ao Senado fazer juízo inicial de instalação ou não do procedimento, quando a votação se dará por maioria simples” (BRASÍLIA, STF, 2015, *on line*).

3.7 Súmula Vinculante nº 11

Outra conduta ativista do Supremo pode ser constatada na edição da Súmula Vinculante nº 11, aprovada também em 2008, com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana; da presunção de inocência; e da integridade física, assim dispõe:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (BRASÍLIA, STF, 2017, *on line*).

De acordo com os ensinamentos de Avelar (2012), o ativismo se faz presente, pois, no texto da referida súmula, o Supremo legislou:

Há uma regra contida no texto sumular que deixa explícito seu caráter de lei. Trata-se da disposição de que, se ocorrer uma das hipóteses excepcionais e for necessário lançar mão das algemas, a excepcionalidade deve ser justificada por escrito. E mais: no caso de não haver essa fundamentação, para a qual se exige a forma escrita, haverá a responsabilização administrativa, civil e penal do agente ou da autoridade, além da responsabilidade civil do Estado (AVELAR, 2012, p. 166).

3.8 Súmula Vinculante nº 13

Ao aprovar a Súmula Vinculante nº 13, no ano de 2008, que assim preceitua:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (BRASÍLIA, STF, 2017, *on line*).

O Supremo Tribunal Federal, conforme Avelar (2012), pela hermenêutica dos princípios contidos no artigo 37 da Constituição Federal, veda o nepotismo, por esta ser uma prática inconstitucional, apesar de não haver lei formal para coibir a prática. Porém, ainda, segundo Avelar (2012), o ativismo, neste caso, se deu pelo fato de que:

Além de se cogitar da inconstitucionalidade da prática do nepotismo, foram criados parâmetros, numa atividade legiferante, ao se prever que se considera ilegítima a nomeação que recaia sobre cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau. Definindo-se o grau de parentesco, o Supremo Tribunal traçou as diretrizes, impôs regras gerais específicas e, com isso, excedeu aos seus poderes atribuídos pela Lei Política da nação (AVELAR, 2012, p. 167).

Sendo assim, ao definir critérios específicos para a caracterização do nepotismo, o Supremo praticou, mais uma vez, o ativismo judicial.

Por todo o exposto, e através da análise de alguns dos julgados, considerados ativistas, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, foi possível verificar o motivo pelo qual o Supremo foi além de suas atribuições, na tentativa de assegurar direitos fundamentais, através da interpretação de princípios constitucionais. Porém, como visto nos capítulos anteriores, a atuação ativista, do Órgão de Cúpula do Poder Judiciário, não é bem aceita, por ser considerada uma afronta ao princípio da Separação dos Poderes.

4. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Para Barroso “as críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário” (BARROSO, 2008, p. 10). Em outras palavras, verifica-se que existem três principais críticas ao ativismo judicial: uma delas consiste no risco que tal instituto jurídico oferece para a legitimidade democrática; outra se refere ao receio da politização indevida da justiça; e, por fim, cabe ainda a preocupação relacionada à dificuldade de delimitação da capacidade institucional do Poder Judiciário. Cabe, portanto, discorrer sobre cada uma dessas três principais críticas ao ativismo judicial.

4.1 Risco para a Legitimidade Democrática

Considerando o Parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal que, assim, preceitua: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2017, p. 11), pode-se afirmar que uma das principais críticas à prática do ativismo judicial, nele, se baseia; pois, por não serem eleitos pelo povo, Juízes e Tribunais não teriam legitimidade democrática para, em suas decisões, posicionarem-se contra atos legalmente instituídos pelo Poder Legislativo, cujos representantes são eleitos pelo povo.

Mas, apesar disso, há a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, órgão não eletivo, cuja função precípua é a guarda da Constituição, sobrepor-se a decisões daqueles que exercem mandato popular, tal possibilidade se traduz, segundo Barroso (2008), na teoria constitucional do poder contramajoritário. Conforme Barroso há, ainda, duas justificativas para elucidar a legitimidade de tal posição, sendo que uma possui natureza normativa e a outra, natureza filosófica.

Com relação à justificativa de natureza normativa, Barroso faz os seguintes apontamentos:

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior

parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que 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 (BARROSO, 2008 p. 11).

Em outros termos, o aplicador do direito vê-se amparado pela própria Constituição, pois ela atribui ao Poder Judiciário, e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, órgão não eletivo, o dever de controlar as deliberações políticas dos outros poderes, cujos membros são eleitos pelo povo, através do Controle de Constitucionalidade.

Já relacionado à justificativa de natureza filosófica, afirma Barroso:

O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. [...] O segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E 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 (BARROSO, 2008 p. 11).

Destarte, Barroso (2008) ensina que a jurisdição constitucional é antes uma garantia, que um risco. Porém, ressalva que, como intérprete final da

Constituição, o Supremo só tem legitimidade para agir de forma contramajoritária se suas decisões tiverem uma racional fundamentação, e que apenas poderá, assim, proceder se sua atuação for essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais.

Barcellos (2011) se posicionou a respeito afirmando:

O que é recriminável no ativismo judicial ocorre quando juízes impõem suas próprias escolhas, preferências e sua vontade à revelia do pacto constituinte e dos princípios constitutivos de uma sociedade, ou seja, atuam como se fossem mônadas isoladas, que julgam a partir de um estandarte impenetrável, alheios à sociedade, como se pudessem justificar a autoridade de suas decisões a partir de si mesmos (BARCELLOS, 2011 p. 25).

Ou seja, o ativismo judicial, quando praticado por julgadores que objetivam a satisfação de interesses político-ideológicos próprios, cujas decisões não são fundamentadas de forma racional e, conseqüentemente, inservíveis para a preservação da democracia e dos direitos fundamentais, deve ser imediatamente recriminado, na tentativa de diminuir tal prática abusiva e irresponsável.

4.2 Politização Indevida da Justiça

A segunda principal crítica acerca do ativismo judicial baseia-se no receio da politização indevida da justiça. Indevida pelo fato de que dissociar o direito da política é impossível, pois segundo Barroso:

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 - juízes 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 (BARROSO, 2008 p. 13).

Desta forma, o problema encontra-se no fato de que, por ter, o Poder Judiciário, legitimidade em agir mais ativamente em determinados casos, gera um ambiente mais propício à verificação de decisões de cunho tendencioso ou partidarizado, o que é inadmissível. A título de exemplo, Barroso cita que “o ministro do Tribunal Superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de

nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo” (BARROSO, 2008 p. 14).

Sendo assim, para que o ativismo judicial sirva efetivamente como uma forma de garantir os direitos fundamentais do indivíduo, Barroso (2008), ainda ensina que o juiz não deve agir por própria vontade política e sim somente em nome da Constituição e das leis; deve também respeitar a presunção de validade das leis que forem produtos de decisões razoáveis tomadas pelo legislador e, por fim, o juiz deve estar sempre ciente de que o poder que exerce é representativo, embora não tenha sido eleito, — todo poder emana do povo — e, para ele, deve ser exercido. Por consequência, a atuação do magistrado deve estar, na medida do possível, de acordo com o sentimento social.

4.3 Limites da Capacidade Institucional do Judiciário

Por fim, referente à terceira principal crítica direcionada ao ativismo judicial, sabe-se que o objetivo principal do princípio da Separação dos Poderes, conforme Barroso (2008), é o exercício de um controle recíproco sobre as atividades de cada um, a fim de impedir a centralização do poder, o que, sem dúvidas, oferece riscos à democracia e aos os direitos fundamentais.

Portanto, é de suma importância a delimitação da capacidade institucional do Poder Judiciário, a fim de que se evite a violação do princípio da Separação dos Poderes, para tanto, Barroso (2017) ensina que, em determinados casos, o Poder Judiciário deve se autoconter, para não ferir tal princípio. Nos casos, por exemplo, que envolvam regulamentação econômica, questões tributárias e questões politico-administrativas, as decisões devem ser tomadas por aqueles eleitos pelo povo, cabendo, ao Poder Judiciário, apenas a verificação da regularidade dos procedimentos.

Se, ao praticar o ativismo judicial, o julgador ultrapassar esses limites institucionais, verifica-se, portanto, a utilização do ativismo como uma ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou esclarecer, de forma sucinta, sobre o ativismo judicial, presente em diversos lugares do mundo e que, apesar de novo no Brasil, faz-se presente em algumas decisões judiciais, principalmente as do Supremo Tribunal Federal. Tal estudo foi possível através de pesquisas bibliográficas e análises de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal.

Na prática, observa-se que, no atual cenário político brasileiro, desacreditado pela mácula da corrupção, o Poder Legislativo, cujos membros são representantes eleitos do povo, distanciou-se dos interesses da sociedade civil, pois, demandas sociais não estão sendo atendidas de maneira efetiva pelos legisladores. Por questões políticas, ideológicas e, até mesmo, partidárias, estes se omitem, e evitam discussões acerca de algumas necessidades da sociedade civil que, muitas vezes, envolvem alguns direitos fundamentais.

Desse modo, como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, ao deparar-se com demandas que necessitam de uma postura mais ativa, para que seja possível a concretização e efetivação de direitos fundamentais, pratica o ativismo judicial, ao estender o alcance das normas constitucionais, através de uma interpretação expansiva de princípios e normas constitucionais abertas, na tentativa de efetivar direitos fundamentais, ante a inércia do Poder Legislativo.

Sendo assim, através das informações constantes neste trabalho monográfico, chegou-se a conclusão de que, pela complexidade do instituto denominado ativismo judicial, não é possível afirmar, de maneira geral, se tal atuação, do Poder Judiciário, é uma forma de garantir os direitos fundamentais constitucionais, ou uma ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. Pois, para afirmar que uma decisão é ativista, é necessário que tal decisão seja analisada conforme o contexto social, político e jurídico, na época em que foi proferida, além dos critérios que caracterizam o ativismo judicial.

Sendo assim, para entender se o ativismo judicial é uma forma de garantir os direitos fundamentais constitucionais, ou uma ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, cabe uma análise de cada caso.

Pois, há decisões ativistas legítimas, que serviram de garantia para a efetividade dos direitos fundamentais. Mas também se verifica, em determinados julgados, excessos, onde o julgador age fora dos limites de sua capacidade

institucional, ou, não fundamenta suas decisões de forma racional, deturpando o sentido da Constituição, para satisfação de interesses pessoais, tendo, suas decisões, cunho tendencioso ou partidarizado. Isso, além de ferir o princípio da Separação dos Poderes, é prejudicial ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Michael Procopio Ribeiro Alves. O ativismo judicial por meio de súmulas vinculantes: uma análise acerca dos paradoxos da separação de poderes na atualidade. **Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA**, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/issue/view/185>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/1222>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **CEAJUD**, 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eacnj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 01 out. 2017.

_____. **O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 08 mar.2018.

_____. O momento institucional brasileiro e uma agenda para o futuro. **Luís Roberto Barroso Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**, 2017. Disponível em: <<http://luisrobertobarroso.com.br/materias-jornalisticas/oxford-momento-institucional-brasileiro-e-uma-agenda-para-o-futuro/>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017.

BRASÍLIA. 1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto. **Notícias STF**, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes. **Notícias STF**, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. Perda do mandato por troca de partido não se aplica a eleições majoritárias. **Notícias STF**, 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. Súmulas Vinculantes. **STF**, 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. STF afasta exigência prévia de autorização para biografias. **Notícias STF**, 2015. Disponível em: < <http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. STF confirma constitucionalidade de Resolução do TSE sobre fidelidade partidária. **Notícias STF**, 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98954>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. STF reafirma rito aplicado ao processo de impeachment de Fernando Collor. **Notícias STF**, 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306614>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2014.