

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE BACHAREL EM DIREITO (GRADUAÇÃO)

BEATRIZ CAROLINE CORTÊS DE CARVALHO

**ATIVISMO JUDICIAL: ATUAÇÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DA “OMISSÃO” DO LEGISLADOR.**

NATAL/RN

2021

BEATRIZ CAROLINE CORTÊS DE CARVALHO

**ATIVISMO JUDICIAL: ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL DIANTE DA “OMISSÃO” DO LEGISLADOR.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do Rio
Grande do Norte – UNIRN, como requisito
final para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador(a): Petrócia souto.

NATAL/RN

2021

RESUMO

O ativismo judicial é uma tentativa do Poder Judiciário de ter uma participação mais ampla e intensa na concretização de fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes. A atuação de nossa Suprema Corte, ao "legislar" sobre determinada matéria, interfere de forma direta no ordenamento jurídico pátrio e na separação de poderes, tendo em vista que se trata de função atípica do Poder Judiciário. Para além de uma manifestação do ativismo judicial, deve-se analisar tal atuação do ponto de vista de sua influência na sociedade de maneira geral, uma vez que o STF vem assumindo uma enorme projeção política e social nos últimos anos, ao decidir sobre temas polêmicos e centrais para a vida do país, sendo tal atuação influenciada pela repercussão midiática e política que suas decisões passaram a ter. É importante, portanto, uma análise crítica tanto da omissão do Poder Legislativo, ao não regulamentar matérias de grande relevância social (que é fato gerador da necessidade da ação por parte do Judiciário) como da atuação do Poder Judiciário (projetando-se na esfera de atuação do Legislativo), para que se possa, a partir desta análise, explicar de que maneira a realidade social e a organização do Estado são afetadas. A presente pesquisa busca, de maneira geral, analisar a atuação do STF, tomando por base institutos como o ativismo judicial e a separação de poderes. Os objetivos específicos são: explicar o que levou o judiciário a assumir tal postura e assumir a função atípica de legislar; explicar a insegurança jurídica que pode ser causada por essa atuação; e enumerar as consequências sociais advindas de tais decisões. Trata-se de pesquisa bibliográfica e exploratória. Os métodos de abordagem aplicados foram o hipotético-dedutivo e o dialético. O método de procedimento foi o descritivo.

Palavras-chaves: Ativismo judicial; Separação dos poderes; Omissão; Consequências; Interesse público.

ABSTRACT

Judicial activism is an attempt by the Judiciary to have a broader and more intense participation in the achievement of constitutional purposes, with greater interference in the scope of action of other powers. The performance of our Supreme Court, by "legislating" on a given matter, directly interferes in the Brazilian legal system and in the separation of powers, considering that this is an atypical function of the Judiciary. In addition to a manifestation of judicial activism, such action must be analyzed from the point of view of its influence on society in general, considering that the STF has been assuming an enormous political and social projection in recent years, when deciding on issues polemic and central to the life of the country, such action being influenced by the media and political repercussion that its decisions started to have. It is important, therefore, a critical analysis of both the omission of the Legislative Power, by not regulating matters of great social relevance (which generates the need for action by the Judiciary) and the performance of the Judiciary Power (projecting itself in the sphere of actions of the Legislative), so that, based on this analysis, it is possible to explain how the social reality and the organization of the State are affected. This research seeks, in general, to analyze the performance of the STF, based on institutes such as judicial activism and separation of powers. The specific objectives are: to explain what led the judiciary to assume such a posture and assume the atypical function of legislating; explain the legal uncertainty that can be caused by this action; and enumerate the social consequences arising from such decisions. It is a bibliographic and exploratory research. The applied methods of approach were hypothetical-deductive and dialectical. The procedural methods were descriptive.

Keywords: Judicial activism; Separation of powers; Omission; Consequences; Public interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. ATIVISMO JUDICIAL E ATUAÇÃO DO STF.....	6
1.1 Conceito de ativismo judicial.....	6
1.2 Atuação do STF como guardião da Constituição.....	7
1.3 Limites do controle de constitucionalidade.....	8
2. ANÁLISE POLÍTICA DA ATUAÇÃO DA CORTE SUPREMA.....	10
2.1 Influência política no Poder Judiciário.....	11
2.2 Crise de representatividade	12
3. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	14
3.1 Conceito e origem do princípio.....	15
3.2 A omissão do Poder Legislativo no exercício de sua função.....	16
4. SEGURANÇA JURÍDICA X GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
4.1 Insegurança jurídica decorrente da criação normativa pelo Judiciário..	18
4.2 Ativismo judicial como forma de garantir os direitos fundamentais.....	19
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	20
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	21

INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional brasileiro passou por uma grande mudança nos últimos anos. Em decorrência de uma maior democratização da sociedade, como explica BARROSO (2011): “a Constituição passou para o centro do sistema jurídico, desfrutando de uma supremacia que já não é tão somente formal, mas também material, axiológica”. Busca-se, desta forma, fazer valer a “vontade da Constituição”.

Diante deste cenário jurídico-social, é possível observar um fortalecimento do movimento ativista no Poder Judiciário brasileiro, especialmente na atuação de nossa Corte Suprema.

A Carta Magna de 1988 estabelece o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, cabendo-lhe assegurar uma interpretação adequada ao seu texto. Tal proteção ao texto constitucional se dá através do controle de constitucionalidade, e é no exercício deste poder que se pode verificar uma postura ativista do STF.

A Corte Suprema, diante de um Executivo e um Legislativo “omissos” em determinadas matérias (pois por serem atores políticos tentam evitar o desgaste que seria causado pelo envolvimento em debates acerca de temas polêmicos), passou a ter protagonismo em alguns dos principais debates políticos do país, o que fez a atenção da mídia e da sociedade se voltar para o Poder Judiciário, com o viés de realizar sobre ele uma pressão para a solução desses problemas debatidos, que necessitam da atenção do Poder Público.

Entretanto, a atuação de nossa Suprema Corte, em sede de controle de constitucionalidade, tentando suprir tais omissões, pode ultrapassar os limites de sua atuação (ao criar direitos/normas), uma vez que legislar não é sua função típica.

Isto é o que dá origem ao debate acerca do ativismo judicial, que é definido pelo Ministro Celso de Melo como “uma necessidade transitória de o Poder Judiciário suprir omissões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que são lesivas aos direitos das pessoas em geral ou da comunidade como um todo”.

É importante destacar o impacto que a postura ativista tem no ordenamento jurídico brasileiro e na organização dos Poderes, sem deixar de considerar, em contrapartida, os prejuízos causados aos direitos dos cidadãos se o Judiciário não se projetasse sobre o debate destes temas, uma vez que não há norma que garanta a aplicação de tais direitos.

Sendo assim, objetivo deste trabalho é analisar as mudanças no cenário jurídico brasileiro, à luz do ativismo judicial e da separação dos poderes, e elucidar as causas e consequências da atuação ativista do STF na busca pela garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Além de contextualizar e conceituar tais institutos, será analisada a interferência política e social nas decisões da Suprema Corte.

1. ATIVISMO JUDICIAL E ATUAÇÃO DO STF

O ativismo judicial pode ser visto como uma tentativa do Poder Judiciário de ter uma participação mais ampla e intensa na concretização de fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes.

Nos últimos anos, diante de um cenário de busca pelo fortalecimento da democracia e da supremacia da constituição, a sociedade acabou exercendo sobre o Poder Judiciário uma pressão relacionada a garantia de seus direitos previstos na Constituição e que o Legislador até então não cumpriu sua função de regulamentar.

Nossa Suprema Corte, ao se inclinar a decidir acerca de matérias que não foram regulamentadas por lei, ultrapassa os limites de sua atuação, uma vez que há criação normativa, e a função de legislar foi atribuída ao Poder Legislativo; isso interfere de forma direta no ordenamento jurídico pátrio e na separação de poderes.

No entanto, por serem debates muito importantes para a sociedade, o Poder Público não pode se omitir com relação a eles, e se o Legislador se omite, quando tais demandas chegam ao Judiciário cabe a este Poder interpretar a Constituição de maneira a garantir a aplicação dos Direitos por ela previstos.

1.1 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

A atuação do Supremo Tribunal Federal atualmente, trouxe à tona a discussão acerca do ativismo judicial. Diante do cenário jurídico atual, é importante entender do que se trata tal fenômeno.

No que diz respeito à origem do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso apresenta a seguinte explicação:

“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.” (2010; p. 09)

Diante desta contextualização, é possível compreender que nossa Corte Suprema, ao normatizar matérias que deixaram de ser apreciadas pelo Legislador, está interferindo na área de atuação de outro Poder da República, adotando, assim, uma postura ativista. Justamente por se tratar de uma postura de intervenção em funções e assuntos que não são de interesse e competência do Poder Judiciário, o ativismo é visto como uma ameaça à Separação dos Poderes.

Em suma, entende-se por Ativismo Judicial a postura criativa dos tribunais, ao trazerem inovações normativas, decidindo acerca de temas que não possuem amparo legal. Isto ocorre porque o Direito não acompanha a evolução social e, diante da necessidade de suprir esta lacuna no caso concreto, o Judiciário precisar adotar uma interpretação que possa garantir o acesso aos direitos garantidos na Constituição.

1.2 A ATUAÇÃO DO STF COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

A guarda da Constituição é dever exercido pelo Supremo Tribunal Federal, da mesma forma que a Corte Suprema da maioria das nações também possuem tal função. Decorrente disto, cabe-lhe fiscalizar a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, para garantir que atuem dentro da constitucionalidade. Tal função está prevista no artigo 102 da CF/88, e em decorrência dela, o tribunal é responsável por exercer o controle de constitucionalidade, que possui duas espécies: controle difuso e concentrado.

As prerrogativas decorrentes do controle de constitucionalidade, viabilizaram uma atuação mais direta da jurisdição constitucional, não apenas no âmbito do Legislativo, mas também do executivo.

Uma das novidades trazidas pela CF de 1988 foi a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, que são formas de controle de constitucionalidade, e é nesse tipo de ação que o Judiciário irá se deparar com temas que não foram apreciados pelos outros Poderes.

Porém, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), trata-se de uma tutela de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora, tendo por

objeto o caso concreto, se trata de controle difuso de constitucionalidade; enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), que será o foco deste trabalho, tem como objetivo o controle em tese das omissões normativas, e se trata de espécie de controle concentrado.

O grande problema destes dois instrumentos é que esbarram em um conflito entre a Supremacia da Constituição e a Separação dos poderes. Por isso, sua utilização acaba por ser vista como uma linha tênue entre a busca pela garantia dos direitos humanos fundamentais e a busca por maiores poderes por parte do Judiciário.

1.3 LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade repressivo, que é exercido pelo Poder Judiciário, pode ser entendido como uma análise de compatibilidade, formal e material, das leis e atos normativos com a Constituição Federal, aferindo-lhes validade.

Trata-se de um mecanismo de garantia da aplicação do princípio da supremacia constitucional. Existem dois métodos: o difuso – que é exercido por qualquer juiz ou tribunal, e tem por objeto um caso concreto, e não a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo – e o concentrado – que somente é exercido pelo STF e tem por objeto a análise de inconstitucionalidade o ato normativo ou a lei.

O controle concentrado se dá por meio de ações específicas que busquem a apreciação da constitucionalidade da lei ou do ato normativo, em tese, não em um caso concreto, ou até mesmo da inconstitucionalidade da omissão dos outros Poderes.

Conforme pode-se extrair do §2º do artigo 102, Constituição Federal de 1988, o controle concentrado de constitucionalidade terá eficácia *erga omnes*, vide:

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

As espécies de controle concentrado de constitucionalidade são:

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica;

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva;
3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão;
4. Ação Declaratória de Constitucionalidade;
5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A ação direta consiste em um processo objetivo, uma vez que não há um direito subjetivo sendo discutido, não há lide em sentido técnico, nem partes. Em razão disto, a Legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade é limitada a determinados órgãos e entidades, pois não haverá uma defesa de interesses particulares.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, representa uma das principais discussões no que diz respeito a tendência ativista do STF, visto que se trata de um controle abstrato realizado diante da omissão do Legislativo ou do Executivo.

A omissão considerada inconstitucional pode ser praticada pelos três Poderes, ao deixar de prestar sua função na garantia da aplicação das normas constitucionais. Porém, para análise do ativismo judicial iremos nos debruçar sobre a omissão do Poder Legislativo na regulamentação de temas que a Constituição lhe atribuiu o dever de regulamentar.

A omissão do Legislador é considerada inconstitucional pelo fato de a Constituição exigir deste Poder uma atuação positiva. A não regulamentação acaba por inviabilizar a plena aplicabilidade da norma, especialmente das de eficácia limitada.

José Afonso da Silva (1994) defende que a “sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria, até que a omissão legislativa fosse suprida, pois assim, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais”.

É justamente quando isso ocorre que há a discussão acerca do ativismo judicial, ou seja, quando, ao declarar a inconstitucionalidade da omissão, o STF for além de sua função e criar norma que regule a matéria da decisão.

Bulos define ativismo judicial como um “ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder

Legislativo [...] passa a criar comandos normativos, via sentenças judiciais” (BULOS, 2017. p. 442).

Ou seja, o Poder Judiciário exerce atividade legislativa no momento de proferir a sentença. Foi o que ocorreu, por exemplo, quando o STF decidiu acerca do direito de greve dos servidores públicos, que possui a seguinte previsão constitucional:

“Art. 9º É assegurado o **direito de greve**, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Ocorre que, o Legislador somente normatizou o direito dos servidores privados, deixando os servidores públicos sem acesso pleno a tal direito. O STF firmou entendimento no sentido que fosse aplicada a lei de greve do setor privado com relação ao servidor público.

Este é um dos principais exemplos que demonstram uma atuação do STF que ultrapassou os limites de sua competência em sede de controle concentrado, visto que só lhe competia o julgamento da inconstitucionalidade e a determinação de que o Poder Legislativo regulamentasse a matéria.

2. ANÁLISE POLÍTICA DA ATUAÇÃO DA CORTE SUPREMA

É notório o processo de judicialização pelo qual passou a sociedade brasileira nos últimos anos. Como explica Luis Roberto Barroso:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2011, p. 6)

A principal causa disto, é a crise de representação e, como já dito anteriormente, a redemocratização, que fortaleceram o poder judiciário e aumentou a demanda da sociedade brasileira na busca pela Justiça. Esse poder dado ao Judiciário acaba por aproxima o Direito da Política, o que é um risco do ponto de vista da ética e neutralidade nas decisões.

A função política deveria ser exercida, primordialmente pelos Poderes Executivo e Legislativo, pois são representantes eleitos pela vontade popular, o que os torna mais competentes para o exercício de tal função, que busca a definição e a garantia do interesse público.

O Judiciário não deveria decidir sobre questões políticas substantivas, pois, além de não ter legitimidade política, as decisões tendem a ser incorretas, uma vez que não há aptidão do aparato judiciário para conhecer e analisar as causas e consequências do problema político.

Diante destes casos, o Judiciário atua como um protagonista político, na busca por decidir questões de grande relevância diante de lacunas constitucionais, havendo usurpação de poder, além de atuarem de forma ilegítima, por seus membros não terem sido eleitos por voto popular.

2.1 INFLUÊNCIA POLÍTICA NO PODER JUDICIÁRIO

Através do positivismo jurídico é possível uma melhor compreensão acerca da necessidade de afastamento entre a política e o direito. Hans Kelsen, principal nome desta doutrina, ressaltava a importância de limitar a interpretação da lei através de uma ciência pura do Direito, através de uma aplicação “neutra” do Direito, uma vez que apenas ao Poder Legislativo era facultado a função de criar o Direito. Desta forma, com a separação do direito e da política seria possível garantir a neutralidade do Poder Judiciário. Cabendo ao Legislador o juízo político e a alteração das leis.

Entretanto, a demanda atual da sociedade fez com que o Judiciário precisasse deixar de exercer apenas uma atividade de mera aplicação da lei ao caso concreto, de forma mecânica, o que o aproximou novamente da política. Essa forma de atuação reflete o distanciamento do período positivista, que já está superado, e a adequação ao novo movimento constitucionalista, como explica Didier:

“Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. “

No entanto, o debate de temas de grande repercussão política acaba pondo em dúvida a neutralidade do Poder Judiciário, pois são alvo de muita atenção da sociedade, além de muitas vezes as ideias contrapostas estarem relacionadas a posicionamentos e ideais políticos, que poderão ser considerados no julgamento.

Ao assumir protagonismo em alguns dos principais debates políticos do país, a repercussão midiática e a pressão social decorrente dessa grande atenção dada ao STF podem, em alguns casos, interferir nas decisões dos ministros, afetando assim sua parcialidade nas decisões proferidas.

A solução seria que o judiciário se limitasse a análise da inconstitucionalidade da omissão, cumprindo sua função. Como explica Barroso:

“Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.”

Ou seja, ao ser provocado acerca da resolução de tais matérias, o STF, ao verificar que os outros Poderes não as apreciaram, deveria limitar-se a determinar que o fizessem. Isto porque, ao adentrar na discussão do tema e interferir na criação normativa a esse respeito, o STF está indo além de sua função e pondo em questionamento sua imparcialidade, por se tratar de questões políticas.

2.2 CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

Nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.

Em se tratando de representação, Montesquieu (1773) nos ensina que, as decisões deveriam ser confiadas aos mais capazes, nem todo homem teria essa capacidade para análise e percepção da política, essa capacidade deveria ser dada a um grupo restrito de pessoas, os representantes do povo.

Os representantes do Poder Legislativo foram eleitos pela vontade do povo, que se identifica com sua ideologia e posicionamento político, o que lhes dá

legitimidade para decidir, em nome do interesse público, matérias que envolvam demandas políticas, morais e sociais.

Já o Judiciário não possui tal legitimidade, não é visto como representante direto do povo. Porém, diante da recente crise de representação, a sociedade está optando por recorrer a este Poder para garantir seus direitos.

Atualmente, a população brasileira tem uma visão negativa do parlamento, visto que os representantes políticos estão descredibilizados perante os grupos sociais. Por isso, crescem no País as manifestações e comportamentos sociais que demonstram a insatisfação com o modelo de representação atual.

Isto é reflexo da falta de amparo que é dada à população, que não vê seus anseios serem atendidos por seus representantes, havendo cada vez mais um distanciamento da vontade da população no momento de decisão de temas de grande relevância.

Representatividade, no sentido que José Pedro Galvão de Souza atribui à expressão, pode ser entendida como uma das três dimensões de representação política: a representação da pluralidade da comunidade política junto ao Poder.

O desprestígio sofrido pelo Poder Legislativo acaba por enfraquecer a democracia, uma vez que o sentimento de representatividade é essencial para o sistema democrático, devendo haver um equilíbrio entre a atuação do parlamento e o interesse público. O representado precisa se sentir como o verdadeiro beneficiário das decisões de seus representantes.

No entanto, não há correspondência de muitas das atitudes do legislativo com os anseios da sociedade e, muitas vezes, este Poder age em causa própria ou de grupos que detém mais poderes sociais e econômicos, criando leis que defendam interesses próprios ou particulares, em detrimento do interesse público.

A forma de agir dos parlamentares, no entanto, também é reflexo das ideologias e das ações da própria sociedade. Diante de uma pluralidade político-ideológica, o Legislador também enfrenta dificuldade para estabelecer o que atenderia ao melhor interesse da população como um todo.

Portanto, de nada adianta a sociedade buscar o Poder Judiciário ou qualquer outra forma de atender seus interesses, se há heterogeneidade política enraizada em todas as esferas sociais que demandam decisões da máquina pública, pois sempre será atendido o interesse de apenas uma parcela da sociedade, uma vez que não há uma separação das ideologias políticas do interesse dos grupos sociais.

3. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Quando se trata de Ativismo Judicial, é preciso analisá-lo em contraste com o modelo de Separação de Poderes adotado no Brasil, que estabelece as funções a serem exercida por cada um dos três Poderes.

Em observância a este princípio, o Poder Judiciário deve exercer sua função sem interferir na atuação dos outros Poderes. Já o Legislativo e o Executivo têm atribuições que permitem que regulem a atuação um do outro, como ocorre no veto de Projetos de Lei pelo Chefe do Executivo, na dependência da aprovação de Medidas Provisórias pelo Legislador, etc. Desta forma, ao Judiciário é atribuída neutralidade na aplicação das leis, e se este Poder adota uma postura positiva, interferindo na criação normativa, está avançando na área de atuação de um dos outros Poderes.

Por outro lado, esta postura ativista está sendo utilizada pelo poder Judiciário para suprir lacunas decorrentes da ausência e/ou inércia legislativa. É função do Estado garantir o atendimento dos anseios da população, que não pode ser prejudicada pela inércia ou omissão de um dos Poderes do Estado.

Segundo Celso de Mello (2008), tal atuação e protagonismo dentro do cenário contemporâneo do Supremo Tribunal Federal, se torna uma necessidade institucional, visto que os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam em cumprir obrigações que lhe foram impostas pelo próprio texto constitucional.

3.1 CONCEITO E ORIGEM DO PRINCÍPIO

Com o intuito de não deixar nas mãos de um único Poder as funções de legislar, julgar e administrar, para evitar o abuso de poder, foi pensada a tese da Separação dos Três Poderes.

Locke (1666) elaborou a teoria da Tripartição de Poderes (Executivo, Legislativo e Federativo), porém em sua obra não previu um Poder Judiciário, a atividade de julgar era do Legislador, vejamos:

[...] E aqui deparamos com a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade, que deve julgar por meio de leis estabelecidas até que ponto se devem castigar as ofensas quando cometidas dentro dos limites da comunidade, bem como determinar, mediante julgamentos ocasionais baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde as agressões externas devem ser retaliadas; e em um outro caso utilizar toda a força de todos os membros, quando houver necessidade.”.

Porém, para garantir sua imparcialidade, é necessário que a lei seja aplicada por indivíduos que não participaram do processo de sua criação. E, para que haja liberdade, o poder de julgar também precisa ser imparcial. Desta forma, em sua teoria, Montesquieu adicionou a função de julgar como sendo um dos Poderes do Estado, discorrendo na obra “Do espírito das leis” :

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.” (MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010, p. 168 – 169).

Há uma tendência histórica por uma busca por poder, na organização estatal, por isso, é necessário que cada um dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) tenham seu “poder” limitado ou controlado por outro Poder.

Para Montesquieu, a tripartição dos poderes é essencial para a garantia da liberdade política. E é importante que o próprio poder limite o poder, conforme o “sistema de freios e contrapesos”. Por isso, não se pode atribuir todas as funções de governo a uma única instituição. A distribuição de poderes garante o equilíbrio do Estado, legitimando o processo democrático.

Com base na teoria formulada por Montesquieu, que representa a Tripartição de Poderes na forma mais atual, a atuação do Estado manifesta-se por meio de três funções: (i) estabelecimento de normas gerais e obrigatórias, de maneira abstrata e impessoal

(função do Poder Legislativo — Senado e Assembleia Legislativa); (ii) execução dessas normas (função do Poder Executivo); (iii) resolução, por intermédio da jurisdição, de eventuais conflitos entre os diferentes componentes da sociedade (função do Poder Judiciário).

É o sistema de freios e contrapesos que dá legitimidade ao judiciário para exercer o controle de constitucionalidade das normas emitidas pelo legislador, agindo como um freio ao ato Legislativo, que criou tal lei. Da mesma forma, também lhe será permitida a análise da inconstitucionalidade da omissão legislativa.

3.2 OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO

Em favor da postura ativista adotada pela Suprema corte se tem o argumento de que o STF vem atuando na omissão do Legislador, e somente após provocação da própria sociedade, que não vê seus anseios serem atendidos pelos outros poderes, portanto não há que se falar em usurpação de poderes.

Dentre as normas constitucionais, há aquelas de eficácia limitada ou contida, que dependem de regulamentação futura para que produzam todos os efeitos. Essa regulamentação será feita através de normas infraconstitucionais, que devem ser elaboradas pelo Poder Legislativo.

Quando há a omissão do legislador na elaboração da norma regulamentadora, este comete afronta ao preceito que determinou sua regulamentação, ocorrendo assim a inconstitucionalidade por omissão.

Essa omissão considerada inconstitucional, segundo o doutrinador Silva (2005, p. 47 e 48):

“Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. A Constituição, por exemplo, prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, conforme definido em lei, mas, se esse direito não se realizar, por omissão do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como inconstitucional. Ocorre, então, o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa.”

É por isso que, na maioria das vezes, faz-se necessário recorrer ao judiciário para conseguir a eficácia de tais normas, sanando a inconstitucionalidade. Ou seja, se há necessidade de regulamentação de determinada matéria, e o Legislador é omissivo, haverá um impacto negativo na sociedade, fazendo com que esta busque no poder judiciário respostas para os seus anseios e a garantia do exercício de seus direitos.

Diante da Omissão de um dos Poderes, a observância incondicional ao princípio da Separação de Poderes acaba sendo um óbice à concretização dos fins constitucionais.

Em se tratando de Estado Democrático de Direito, nenhum Poder é soberano, e as decisões políticas tomadas pela maioria democrática devem observar os valores e direitos consagrados na constituição.

Assim, a Suprema Corte busca efetivar direitos fundamentais das minorias, negligenciados ou oprimidos pela maioria democrática, no desempenho de seu papel contra majoritário, atuando como regulador da soberania popular.

4. SEGURANÇA JURÍDICA X GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Da discussão acerca da separação de poderes em contraposição ao ativismo judicial, tratada nos capítulos anteriores, pode-se extrair duas consequências possíveis desse fenômeno.

Favoravelmente, se tem a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, através da atuação positiva do Poder Judiciário na resolução das omissões legislativas.

Baseado na Separação de Poderes, o poder Judiciário, segundo Gomes (1997), vem com um mister de a) aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos; b) controlar os demais poderes; c) realizar seu autogoverno; d) concretizar os direitos fundamentais; e) garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Desta forma, o comportamento positivo do STF, apenas faz jus a sua função de garantir que os direitos fundamentais sejam concretizados e, assim, garantir o pleno gozo da democracia.

O poder Judiciário acaba agindo como poder contra majoritário, como explica Morais:

[...] O papel contra majoritário do Supremo Tribunal Federal é a atuação do Judiciário, no âmbito do controle de constitucionalidade, como mecanismo de proteção de direitos fundamentais e salvaguarda das minorias contra a vontade da maioria política. Isso porque a vontade da maioria não pode tudo, isto é, as decisões políticas tomadas pela maioria não podem violar as normas constitucionais, tendo em vista que acima da vontade da maioria está o texto da Constituição e os direitos fundamentais. Assim sendo, o controle de constitucionalidade é instituto protetor das minorias políticas, impede arbitrariedades, e se apresenta como uma maneira de limitação dos demais poderes (MORAIS, 2013).

Em contrapartida, ao sair da neutralidade que lhe fora atribuída na avaliação das leis, o Judiciário interfere na atividade legislativa, além de estar pondo em questionamento a validade de suas decisões, que deveriam ser neutras no que se refere a sentimentos, valores e pensamentos.

O debate acerca da legitimidade do Judiciário para realizar a criação normativa e as dúvidas acerca de sua imparcialidade, geram uma insegurança jurídica na sociedade, que pode afetar a confiança do povo com relação ao governo.

4.1 INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA CRIAÇÃO NORMATIVA PELO JUDICIÁRIO

A segurança jurídica, princípio consagrado na Constituição Federal como direito fundamental em seu Art. 5º, XXXVI, é uma das garantias mais importantes para a efetivação do contrato social, pois sem ela a sociedade não terá a confiança necessária no Poder Público, para que tome decisões em seu nome.

Jean-Jacques Rousseau, é o idealizador do contrato social, que consiste em um acordo entre indivíduos para se criar uma sociedade, e só então um Estado. Seria através deste contrato que a liberdade natural do homem, seu bem-estar e sua segurança seriam preservados.

Em sua obra, “Contrato Social”, Rousseau discorre o seguinte, acerca da atuação do Judiciário: “A suspensão da autoridade legislativa não a abole; o magistrado que a faz calar não a pode fazer falar, domina-a sem poder representá-la; pode fazer tudo, exceto leis”. Ou seja, a separação de poderes é essencial a preservação do contrato social, devendo o judiciário manter-se afastado da criação do Direito, e na omissão legislativa o judiciário não tem o direito de representar a autoridade legisladora.

No entanto, diante do paradigma do ativismo judicial, o magistrado vai além do papel de mero aplicador da solução contida na norma jurídica para participar ativamente do processo de criação da norma, exercendo uma função atípica.

A atividade legislativa é a ferramenta de garantia da soberania popular. O fato de o judiciário interferir na divisão funcional de Poderes pode acarretar na justificação ou produção de atos e decisões cujos efeitos podem ser maléficos à sociedade.

Desta forma, a sociedade, que confiou o poder de elaboração das leis a seus representantes, acaba por ver essa função ser exercida por um órgão que não possui competência para decidir acerca do interesse comum.

Se não há uma lei elaborada pelo Congresso Nacional, pode ocorrer de a mesma matéria ser discutida diversas vezes e o Judiciário mudar seu entendimento, o que fere o princípio da segurança jurídica.

Além disso, esta insegurança também se deve ao fato de o julgador dever respeito ao princípio do juiz natural, do qual decorre o dever de imparcialidade por parte do magistrado. Ou seja, o juiz deve se abster de qualquer influência ideológica e subjetiva no momento de decidir, para garantir que seja aplicada a “vontade da norma”. Isso concretiza o respeito ao devido processo legal e aos mandamentos constitucionais. A imparcialidade é, portanto, uma exigência para a validade ética da jurisdição.

Ocorre que, com a interferência na resolução de conflitos que envolvem debates políticos e morais, esta imparcialidade é posta em questionamento. Além disso, não há neutralidade se o julgador não está sendo mero aplicador do direito, mas exercendo as funções de criador e aplicador ao mesmo tempo.

4.2 ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE GARANTIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto anteriormente, cabe ao STF a guarda da Constituição Federal. Em decorrência desta função, deverá buscar a concretização dos mandamentos constitucionais. E é justamente nessa busca pela efetivação de direitos e de estabilidade social que se verifica a expansão do Poder Judiciário como reforço à lógica democrática.

Na definição de Walber de Moura, “jurisdição constitucional é a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas e abstratas possam normatizar a realidade prática”.

O STF não pode se esquivar desse papel, visto que a própria Constituição consagra o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, em seu artigo 5º, XXXV, como destaca Didier:

“O princípio da inafastabilidade garante uma tutela jurisdicional adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação do direito material. É de onde se extrai, também, a garantia do devido processo legal.”

Os direitos e garantias fundamentais são direitos protetivos, que garantem o mínimo necessário à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Foram consagrados pela Constituição Federal, de maneira explícita e implícita.

Tais direitos buscam estabelecer formas de fazer com que cada indivíduo tenha seus direitos assegurados pelo Estado, que administra a sociedade, sendo, portanto, dever do Estado garantir a plena eficácia dos direitos do cidadão.

Como já explicado, alguns desses direitos possuem eficácia contida ou limitada, dependendo da regulamentação infraconstitucional posterior. Desta forma, a atuação positiva do Judiciário, ao afastar uma omissão legislativa, busca cumprir seu papel, ao fazer valer um direito constitucionalmente assegurado, atribuindo-lhe eficácia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da crescente busca da sociedade pelo Poder Judiciário, percebe-se o descrédito atribuído ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, o que acabou por gerar a atuação positiva do Supremo Tribunal Federal que se verificou nesta pesquisa.

Importante ressaltar a consequência de se atribuir ao judiciário, um único poder, o exercício de duas funções fundamentais do governo, pois a interferência na separação de poderes pode gerar abusos de poder, insegurança jurídica, etc. Além disso, a aproximação entre o Direito e a Política pode afetar a credibilidade das decisões da Corte Suprema.

Em contrapartida, não se pode pedir ao Judiciário que se abstenha de atender os anseios da sociedade, uma vez que o Poder Público se encontra omissos por outro Poder não ter exercido sua função, não podendo se falar, portanto, em usurpação de poderes.

Ainda que os membros do Poder Judiciário não tenham sido eleitos de forma democrática, o STF é guardião da Constituição Federal, cabendo-lhe garantir sua aplicação e o respeito às suas diretrizes, o que pode justificar sua atuação positiva na busca pela efetivação dos direitos.

Em suma, a presente investigação traz à tona o fato de o ativismo judicial ser fruto da própria omissão estatal, que fortaleceu o descrédito do Poder Legislativo, responsável por atender os anseios da população através da atividade legislativa.

Em que pese haver argumentos favoráveis à esse comportamento ativo por parte do Supremo Tribunal Federal, a realidade nos mostra que essa atuação deve ser utilizada apenas em casos extremos, posto que a utilização desenfreada deste mecanismo por parte do poder judiciário o tornaria de fato legislador positivo, sem ter legitimidade constitucional para tanto, violando assim a separação dos poderes, vez que a atividade legislativa é competência do poder Legislativo.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia, e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Mimeo, 2011

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed.

SOUZA, José Pedro Galvão. Da Representação política. São Paulo: Saraiva, 1971.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org). Democratizar a democracia: os caminhos da Democracia Participativa.

LOCKE, John. two treatises of civil government, London : Every-man's Library, 1966, p.117-241, tradução de Cid Knipell Moreira, apud clássicos da política, p. 90

MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Saraiva, 2000, p.167-168.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Ativismo Judicial, Autorestrição Judicial e o Minimalismo de Cass Sunstein. Diritto & Diritti, 2008. v. 1.