



**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE  
CURSO DE DIREITO**

**ANDRÉA KARLA DA SILVA ALVES**

**MODERAÇÕES E OBJEÇÕES DOS EFEITOS DO ATIVISMO JUDICIAL SOB A  
PERSPECTIVA JURISDICIONAL**

**NATAL - RN**

**2015**

ANDRÉA KARLA DA SILVA ALVES

**MODERAÇÕES E OBJEÇÕES DOS EFEITOS DO ATIVISMO JUDICIAL SOB A  
PERSPECTIVA JURISDICIONAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como  
requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em  
Direito** do Centro Universitário do Rio Grande do Norte –  
UNI-RN

Orientador: Prof. Hallison Rêgo Bezerra

**NATAL - RN**

**2015**

BIBLIOTECA UNI-RN 342 A474m



2015

ex. 1

M002307

(RB= 39828)

Alves, Andréa Karla da Silva  
Moderações e objeções dos efeitos do  
ativismo judicial sob a perspectiva

ANDRÉA KARLA DA SILVA ALVES

**MODERAÇÕES E OBJEÇÕES DOS EFEITOS DO ATIVISMO JUDICIAL SOB A  
PERSPECTIVA JURISDICIONAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

Monografia aprovada em \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

---

Andréa Karla da Silva Alves

---

Prof. Hallisson Bezerra  
Orientador

---

Prof.  
Examinador (a) Titular

---

Prof.  
Examinador (a) Titular

---

Prof.  
Examinador (a) Suplente

Dedico este trabalho ao meu professor orientador Hallison Bezerra, por toda ajuda e incentivo para que isso fosse possível.

À minha família pela compreensão em todos os momentos que não estive presente.

A Victor pelo seu amor e companheirismo.

Aos meus amigos que estiveram ao meu lado nessa trajetória.

## AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

A esta instituição de ensino, os seus docentes, que nos mostraram o caminho das obras científicas e pelo conhecimento transmitido.

Ao meu professor e orientador Hallison Bezerra, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas correções e incentivos.

A minha família, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A Victor que em todo tempo estava do meu lado, mesmo distante me auxiliou em toda estrutura do trabalho e com muita paciência o releu todas as vezes que eu precisava.

E a todos os amigos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

*O juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça, mas para julgar segundo as leis. (Platão)*

## RESUMO

A presente dissertação procura trazer à tona uma discussão bastante atual a respeito do papel ativo do Judiciário. Parte-se das noções de Ativismo Judicial compreendendo sua conceituação, características, a evolução nacional e global do ativismo, seus efeitos e sua correlação com a Judicialização. Demonstram-se questões de omissão do Poder legislativo, interpretação constitucional, decisões dos tribunais sobre questões político-sociais, bem como questões relacionadas à efetividade das normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais. Ainda pretende-se ilustrar alguns exemplos da atuação ativista dos magistrados nas suas decisões, as ferramentas utilizadas para concretização proativa e o papel atual do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Direito constitucional. Ativismo judicial. Papel proativo do judiciário. Efeitos das decisões ativistas. Protagonismo judicial.

## **ABSTRACT**

The present work aims to bring to light a very current discussion about the active role of the judiciary. It starts at the notions of Judicial Activism, explaining its definition, characteristics, the national and global evolution of activism and its effects and correlations with the judicialization. This work shows points of omission of the Legislative, constitutional interpretation and court decisions about political and social questions, as well as matters related to the effectivity of the constitutional norms that define fundamental rights. This essay also intends to illustrate examples of the activist proceedings of the magistrates in their decisions, the tools used for proactive concretization and the current role of the Supreme Federal Court.

Keywords: Constitutional Law. Judicial activism. Proactive role of the judiciary. Effect of activist decisions. Judicial protagonism.

## SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO10
- 2 AS ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL12
- 3 CONCEITO15
- 4 PANORAMA GLOBAL E NACIONAL18
- 5 DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA  
POLÍTICA 20
- 6 ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES23
- 7 CRÍTICAS À CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL28
- 8 ATIVISMO JUDICIAL COMO FERRAMENTA DO STF31
- 9 MANDADO DE INJUNÇÃO COMO FERRAMENTA CONCRETIZADORA  
DO ATIVISMO JUDICIAL40
- 10 ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA43
- 11 ATIVISMO E A MODERAÇÃO JUDICIAL46
- 12 CONCLUSÃO49
- 13 REFERÊNCIAS51

## 1 INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial observou-se um avanço da justiça Constitucional nos países ocidentais. Nos últimos anos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Judiciário brasileiro vem desempenhando um papel mais ativo, dinâmico e muitas vezes inovando em suas decisões, sendo tal prática conhecida mundialmente como Ativismo Judicial.

Essa evolução, decorrente do neoconstitucionalismo, tem sido alvo de inúmeras discussões e críticas internacionalmente. Em diferentes épocas e em várias partes do mundo, supremas cortes constitucionais destacaram-se em diversos momentos da história como atores de decisões de extrema relevância, que em muitas vezes são de natureza política.

A fluência limiar entre a justiça e a política no cenário brasileiro, por circunstâncias relacionadas à realidade política e à Constituição, chegou à Suprema Corte nos últimos anos, e está proporcionando debates de questões nacionais em nossos tribunais.

Devido a isso, neste estudo mencionar-se-á os posicionamentos mais relevantes e os critérios de percepção acerca da conduta proativa do Judiciário. Para tanto, ofertar-se-á uma análise daquilo que é este instituto do Ativismo Judicial, assim como suas características, repercussões e sua conjuntura com o Direito Constitucional pátrio; busca-se, de outro modo, apresentar as críticas quanto à sua legitimidade e também as afirmativas dos estudiosos quanto da apreciação desta atuação protagonista.

Com precisão atentar-se-á para a definição das suas bases, os inúmeros conceitos doutrinários e sua manifestação no meio jurídico mundial e nacional; ainda se busca uma reflexão das causas do ativismo e como pode ser identificado ante as posturas do juiz, para tanto o método utilizado para a realização dessa pesquisa será bibliográfico de caráter qualitativo, a qual foi desenvolvida através da busca sistemática de documentários e artigos periódicos, bem como manuais e jurisprudências atuais que tratam da temática, além do ordenamento jurídico então vigente.

Inúmeras dúvidas pairam acerca da diferenciação entre judicialização e

ativismo judicial, diante disso far-se-á uma breve distinção sobre ambos institutos e seus efeitos. Ainda, identificar-se-á se existe ou não usurpação de poder do Judiciário com os demais poderes da federação brasileira.

Numa breve análise de casos concretos já decididos pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, se verificará como o Ativismo Judicial é utilizado, apontando-se o mandado de injunção como um dos maiores meios para sua concretização.

Por fim, visa-se expor a insegurança jurídica que poderá surgir na prática inovadora nas decisões de um magistrado, a moderação dos efeitos causados por tal fenômeno, e a defesa da cúpula do Poder Judiciário, o qual afirma que tal postura é adotada com o objetivo de dirimir casos de omissões dos demais poderes.

## 2 AS ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL

Ainda que a expressão “ativismo judicial” seja considerada recente, é um fenômeno anterior ao surgimento da expressão. No século XIX já havia menção doutrinária à existência de uma “legislação judicial”, para designar a atitude de juízes elaborando normas próprias. No século XVIII, William Blackstone mencionava a *judicial legislation* como a principal característica do *Common Law*, Jeremy Bentham afirmava constituir uma usurpação do legislativo e, no século seguinte, John Austin resguardava a sua prática.

O termo “ativismo judicial” foi inicialmente utilizado em 1947, nos Estados Unidos (*judicial activism*), em um artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr. e publicado na revista *Fortune*. O jurista se dedicou a descrever no seu artigo as linhas de atuação da Suprema Corte americana ao desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social – com base nas concepções políticas dos juízes.

Com a transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal surgiram os direitos fundamentais de primeira dimensão – com o objetivo de impedir a interferência estatal na vida privada dos cidadãos, sendo-lhes permitida a fruição plena da sua liberdade, mas por outro lado a população ficava dependente da iniciativa dos poderes eleitos.

Com base no reconhecimento das inúmeras infringências a direitos humanos, ocorridas na Segunda Guerra Mundial, surgiram como vontade do legislador ordinário e como meio de obter soluções mais justas e adequadas à realidade social: a positivação dos direitos e garantias fundamentais, o fortalecimento do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais no controle de constitucionalidade e a potencialização da força normativa das Constituições.

Nesse cenário surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão, que impõem ao Estado o dever de proteger os direitos e liberdades individuais, bem como atuar para realizar os direitos sociais. Essas mudanças serviram de inspiração para o Neoconstitucionalismo – fenômeno marcado pela aplicação direta de princípios constitucionais, emprego de conceitos jurídicos indeterminados, ampliação do controle de constitucionalidade, busca da solução mais justa no caso concreto e valorização do poder Judiciário e dos precedentes judiciais.

Com isso, os juízes começaram a se servir da abertura dos princípios constitucionais e de conceitos jurídicos indeterminados para constituírem soluções consideradas mais justas e adequadas ao caso concreto – atuações que se convencionou chamar de ativismo judicial.

Diante do exposto, alguns doutrinadores brasileiros divergem do mencionado acima e explicitam seus posicionamentos, como será visto a seguir.

Para o autor Luiz Roberto Barroso (2009, p. 07) “o Ativismo Judicial surgiu com a Suprema Corte americana quando da decisão de segregação racial”.

Em uma abordagem histórica na p. 09 o autor faz a seguinte definição:

“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.”

Já Luiz Flávio Gomes (2009, p. A2) opina que “o Ativismo Judicial surgiu pela primeira vez em janeiro de 1947, através de uma reportagem do historiador norte-americano Arthur Schlesinger”. Sobre este surgimento, destaca que:

“O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos”.

Com opinião contrária, Carlos Eduardo de Carvalho (2009) afirma que:

“O vocábulo ativismo judicial, de acordo com investigação sobre a sua origem, foi empregado pela primeira vez em 1916, na imprensa belga. Porém, foi consagrado nos Estados Unidos

da América, em face da postura adotada pela Suprema Corte no julgamento de determinados casos, que tiveram efeitos mais abrangentes".

Por fim, Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 21) reporta que:

"O termo ativismo judicial, conquanto se refira ao meio jurídico, nasceu com a publicação de um artigo na revista americana Fortune, pelo historiador americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ele traçou o perfil dos nove juizes da Suprema Corte".

Ainda segundo a autora, desde então, o termo vem sendo utilizado normalmente, em uma perspectiva crítica quanto à atuação do Poder Judiciário.

### 3 CONCEITO

O termo não possui um significado homogêneo, sendo utilizado desde meados do século XX para criticar a atuação dos juízes que interferem, com critérios subjetivos, em questões sociais controvertidas que deveriam ser decididas pelos poderes legitimados, pelo voto popular ou para conceituar o proativo exercício jurisdicional principalmente em casos duvidosos e políticos.

Elival da Silva Ramos (2010, p.129) entende que:

“Ativismo é quando o tribunal ultrapassa o limite do texto normativo e passa a criar e, com a postura ativista, o Judiciário está na verdade substituindo o Congresso, e isto é ruim independente do resultado”.

Ainda conclui:

“É o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”.

Ibáñez (2003, p. 36) alerta que: “o ativismo é uma mudança do comportamento jurisprudencial dos tribunais, que passaram a atuar nos vazios institucionais decorrentes da inércia do Executivo e do Legislativo”.

Para Sunstein (2005, p. 43), “o ativismo judicial pode ser mensurado pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida os atos de outros poderes de Estado, especialmente do Legislativo”.

Dworkin (2006, p. 135), ao examinar o fenômeno do ativismo judicial na sociedade norte-americana, destaca que “em décadas recentes, as principais batalhas sobre a natureza da democracia têm sido travadas em torno da autoridade

dos juizes e da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade dos atos de outros órgãos do governo”.

No Brasil, a questão do ativismo tem sido debatida por vários autores, dentre os quais vale destacar:

Ferreira Filho (1994, p. 19) aponta que “as mudanças decorrentes da Constituição de 1988 são causadoras da ruptura do modelo tradicional de atuação do Judiciário, transformando-o em poder político”.

Já Barroso (2011, p. 233) aborda o ativismo judicial destacando que esse fenômeno “está associado 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”.

De forma criteriosa, Valle (2009, p. 19), em obra dedicada ao tema, afirma que “o termo ativismo possui um caráter ambíguo, eis que apresenta um caráter finalístico e comportamental. O primeiro refere-se ao compromisso com a expansão dos direitos individuais, ao passo que no segundo prevalece a visão pessoal de cada magistrado na interpretação da norma constitucional”.

Keenan Kmiec (2004) ressalta cinco acepções possíveis para a definição do termo consoante:

“a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável em outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes – conduta que permite ao juiz legislar da sala das sessões; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado predeterminado”.

Luiz Flávio Gomes (2010, p. 2) entende que há duas espécies de ativismo:

“Há o ativismo judicial inovador (criação, ex-novo, pelo juiz de uma norma de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa”.

De fato, com o exposto percebe-se que o ativismo judicial é um fenômeno complexo, pois existe dificuldade em identificá-lo, e ainda por cima não há um

consenso no seu significado.

Assim, pode-se resumir que ativismo judicial é definido como a interferência do Judiciário em assuntos de competência do Legislativo ou do Executivo, ou a invasão da política pelo direito.

As múltiplas definições do ativismo contêm pelos menos cinco elementos:

- a) O ato de invalidar judicialmente os atos legislativos, ou seja, deixar de aplicar as regras legais com fundamento em princípios constitucionais ou em noções de equidade e justiça;
- b) A desconsideração e o descumprimento dos precedentes judiciais;
- c) A legislação judicial, ou a atuação como legislador positivo;
- d) A substituição dos métodos tradicionais de interpretação por outras ferramentas interpretativas;
- e) O julgamento baseado em resultados, ou seja, a busca por objetivos não oficiais, não vislumbrados ou pretendidos pelo legislador e pelas políticas públicas.

#### 4 PANORAMA GLOBAL E NACIONAL

Conhecido em âmbito global, o ativismo judicial é considerado um fenômeno devido à grande repercussão que a atividade do Judiciário vem tendo nos últimos tempos. Em vários países e em tempos distintos, os tribunais vêm se destacando como protagonistas de decisões que ensejam assuntos de cunho político ou que tratem de implantações de políticas públicas. De fato, não se pode identificar o ativismo apenas no Judiciário, é possível encontrá-lo também nos Tribunais Constitucionais.

Por conseguinte, tenta-se demonstrar inúmeros atos ativistas nos países da América Latina, dos Estados Unidos e da Europa.

Nos Estados Unidos, o ativismo jurídico foi identificado desde o caso *Marbury* versus *Madison*, em 1803 segundo o autor Tushnet, Marc (*Arguing Marbury v. Madison*. Stanford Univ. Press, 2005), quando a atuação do Judiciário no controle da constitucionalidade das leis passou a exercer um papel de destaque na vida política e social daquele país.

Na Europa, os Tribunais Constitucionais europeus têm atribuições de não apenas dirimir as contendas motivadas entre as atividades administrativas e jurisdicionais ou julgar os tratados internacionais e a constitucionalidade das leis, mas também resolvem conflitos que versam sobre o desrespeito aos direitos fundamentais.

No Brasil, a publicação da Constituição de 1988 manifestou no Judiciário o exercício mais criativo na maneira de interpretar as leis e a própria Constituição, fortalecendo na tomada de suas decisões a sua própria aceção e o alcance de suas normas, impondo-se acima do Legislativo. O que se observa é uma postura proativa característica do ativismo judicial, que pode aferir e estabelecer condutas que não são elencadas na legislação em vigor, possibilitando assim exclusivas decisões de cunho político.

Iniciou-se uma crescente judicialização, em que a decisão de questões de grande relevância e repercussão política e social foi transferida a órgãos do Poder Judiciário. Criou-se um ambiente propício para o surgimento do ativismo judicial, tanto que nos últimos anos o STF decidiu questões polêmicas, como a questão do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, as pesquisas com células-tronco

embrionárias, a quebra de sigilo judicial por CPI, a criação do Conselho Nacional de Justiça, a adoção das regras da união estável para uniões homoafetivas, a possibilidade de interrupção de gestação de feto anencefálico, dentre outras.

A princípio, é de competência legislativa a tomada de deliberações sobre tais temas políticos que são consideradas matérias altamente complexas, que demandam uma longa análise e debate técnico, razão pela qual as práticas ativistas desafiam críticas quanto a uma suposta violação à separação dos Poderes e usurpação de competências.

## 5 DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Além do ativismo judicial pode-se identificar outro critério unido ao protagonismo judicial: a judicialização da política. Ambos têm a ver com a interrupção do sistema judicial tradicional e a estagnação de separação de Poderes, onde tratam da ampliação do exercício jurisdicional, ampliando-lhe a sua esfera institucional.

A obra de Tate e Vallinder (1995) citou pela primeira vez o termo judicialização da política. A partir daí tal termo passou a ser estudado por diversos autores, de modo que muitos mencionam conceitos e métodos institucionais para a expansão das decisões do Poder Judiciário.

Em sentido diverso da expressão "ativismo judicial", a judicialização da política, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2014), "ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição".

Ainda para José dos Santos Carvalho Filho (2014), "existe aproximação entre jurisdição e política em ambos os casos. Ocorre que essa aproximação decorre de necessidade, quando se está diante de judicialização, e de vontade, quando se trata de ativismo".

Judicializar a política, segundo Tate e Vallinder (1995, p. 22), "implica expandir a área de atuação do Poder Judiciário e valer-se dos métodos e procedimentos próprios do processo judicial para a resolução de conflitos nas arenas políticas distintas daquelas típicas dos tribunais em dois contextos".

Ainda segundo o autor, a judicialização da política pode significar dois processos:

"Assim, a judicialização da política pode significar normalmente ou: 1) a expansão da jurisdição das Cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil das Cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada".

A Professora Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 21) assevera que:

"A problemática da identificação do Ativismo Judicial acampa nas dificuldades referentes ao processo de interpretação constitucional, já que o método utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não está numa complexa posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional".

Barroso (2011, p.234) faz as seguintes distinções:

"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 certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais."

Sobre a judicialização no Brasil, Barroso (2010, p. 07) ainda reforça que:

"No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal podem pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. 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.”

Faz-se necessária a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial para que se conclua que aquela é necessária para a construção da democracia em sentido material – pois se o Estado não cumpre suas obrigações preestabelecidas pela Constituição, faz-se necessária a intervenção do Judiciário, a fim de que se garanta força normativa à Constituição e às leis. Por outro lado, o ativismo judicial por inovação material do direito deve ser contido, pois não se justifica a elaboração de políticas públicas pelo Judiciário, por não ter poder legítimo para este fim.

## 6 ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Sendo o Brasil uma república democrática, fundada no princípio da soberania popular, há que se concluir que as decisões em temas políticos ou de alta complexidade técnica devem partir do povo, diretamente ou por meio dos seus representantes eleitos, nos termos da Constituição.

Diferente dos Estados Unidos, onde os magistrados são representantes eleitos, o ingresso na magistratura no Brasil ocorre pela aprovação por meio de concurso público em provas e títulos. Com isso, pode-se observar que não há uma eleição para a escolha dos membros do Judiciário, como ocorre no Legislativo e no Executivo.

Sobre o tema ressalta Rosa Junior (2008, p. 45):

“Os magistrados ocupam seus cargos por meio de concurso público, diferente dos políticos, privando-os de qualquer representatividade política. Desta maneira, não detêm a faculdade de compreenderem as questões relacionadas à efetivação de políticas públicas que provem muitas vezes da execução dos direitos fundamentais pela Administração Pública”.

Dessa forma, fica o questionamento sobre a legitimidade do juiz em atuar a fim de se imiscuir em decisões políticas que deveriam partir dos outros Poderes da República, o que caracterizaria uma clara prática ativista, violando a separação dos poderes e usurpação das competências.

A princípio, vale descrever o contexto histórico do surgimento da teoria da separação dos Poderes. Surgiu no Estado Liberal com o fim de evitar a interferência do Estado nas decisões judiciais, substituindo-se a vontade individual dos governantes pela vontade geral e abstrata da lei. Neste período, o Poder Judiciário era conhecido como um órgão extremamente influenciado pelos soberanos.

Com isso, a solução encontrada por Montesquieu foi a divisão de funções do Estado – gerando a teoria da separação dos Poderes. Montesquieu acreditava que a maior liberdade possível a ser concedida para os cidadãos pelo Estado decorre da existência de vários Poderes que se opõem entre si e moderam-se reciprocamente, impedindo abusos, caracterizando um sistema de freios e contrapesos.

No livro *Espírito das Leis*, Montesquieu (2005) falou sobre os poderes da seguinte forma:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se tivesse ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos príncipes ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes. O de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou divergências dos indivíduos”.

Considerando a função típica de cada um, será feita uma análise.

A função típica do Poder Legislativo é a de criar leis – leis adequadas à efetivação dos projetos políticos dos governos eleitos democraticamente, bem como leis que realizem os objetivos promulgados democraticamente na Constituição.

Já a função típica do Poder Executivo é administrar a república e concretizar o gerenciamento normativo previsto em lei. Geralmente a tarefa do Executivo é referida como a de “aplicar a lei de ofício”.

Não muito diferente, a função típica do Poder Judiciário é a de assegurar e aplicar a lei ao caso concreto. Depende da provocação por parte do sujeito prejudicado pelo descumprimento dos deveres decorrentes do ordenamento jurídico. A função judicial é a de solucionar conflitos tendo seu fundamento na lei, devendo sempre no que couber aplicar os princípios democráticos previstos na Constituição.

Nesse aspecto, muitos defendem que o Poder Judiciário está em conformidade com sua função quando é provocado para resolver conflitos que, na maioria das vezes, os Poderes Legislativo e Executivo se omitem em dirimir. Ou seja, o Judiciário não estaria interferindo a outra esfera de poder, estaria apenas exercendo a sua função constitucional diante na inércia dos competentes.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello (2012, p. 47) afirmou que “o ativismo judicial é uma resposta do Supremo às provocações formais da sociedade formuladas a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o

caráter lesivo das omissões do Congresso e do Executivo”.

De forma diversa, José Carlos de Andrade (2008) ressalta que:

“É certo não se incluir, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas Supremas Cortes, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo”.

Almeida (2011, p. 117) alude:

“Os juízes e Tribunais, incluindo os Tribunais Constitucionais, não têm legitimamente democrática para, em suas decisões, insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo. Surge assim o contra majoritarismo, que é a atuação do poder judiciário atuando ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos poderes legislativos ou executivos democraticamente eleitos, ora como legislador positivo – ao interpretar as normas e princípios e lhes atribuírem juízo de valor”.

Nessa ordem argumenta Marcos Falcão Critsinelis (2003, p. 28):

“Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não são eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto, gozam de estabilidade em seus cargos, livre do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?”.

O papel do juiz na sociedade é rico em nuances, ocasionando diferentes tipos de abordagens. Nesse sentido, Alexy (1999, p. 55) faz uma análise mais intensa e argumenta que a falta de legitimação representativa do Poder Judiciário seria compensada pela natureza argumentativa:

“O princípio fundamental: ‘todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções

determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados”.

Diante da discussão atual sobre política Judiciária do nosso país é preciso enfatizar a postura contemporânea relacionada com o ativismo judicial.

Logo após a ditadura militar, o ativismo judicial ganhou corpo no cenário judicial do Rio Grande do Sul, e desde então vem ganhando força e importância nos estudos sobre política judiciária no Brasil, por desempenhar um novo aspecto de Poder Judiciário atuante e protagonista na concretização do Direito e da Justiça em oposição ao juiz tradicional, que mantinha apenas uma postura passiva no processo.

Desse modo, há um papel protagonista dos juízes nos tribunais, onde passam a exercer suas funções de fazer valer a Constituição e os direitos fundamentais previstos constitucionalmente de maneira mais atuante. O direito passa a ser lido em consonância aos valores e princípios constitucionais.

Nesse sentido, destacam-se os ensinamentos de Paulo Bonavides (2002):

“[...] o método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais para a compreensão do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei”.

Desse modo, ainda nessa conjuntura de alterações de novos direitos e princípios, percebe-se que o Judiciário em determinados casos está modificando seu ofício, suprimindo sua atuação tradicional de aplicador das leis na forma padrão do

liberalismo, para um desempenho mais intenso. Buscou-se aplicar a maneira mais hábil a obter os fins desejados, ou seja, buscou-se a aplicação dos efeitos práticos das decisões, deixando de lado a busca por uma solução pautada nas regras gerais e abstratas do direito.

Encarregados de prestar a tutela jurisdicional, aos magistrados é posta a tarefa de aplicar e interpretar os direitos e garantias fundamentais, pois ainda que existam inúmeros, em determinados casos, estes direitos não possuem total efetividade.

Posto isto, inicia-se uma fase de questionamentos sobre qual seria a forma de interpretação e aplicação da lei, pois não se trata apenas de algo simples e objetivo, uma vez que se passa por concepções e valorações diferentes para cada indivíduo. Nessas situações, manifesta-se o fenômeno do ativismo judicial onde o juiz delibera-se em aplicar qualquer teoria interpretativa e concepção pessoal que achar conveniente ao caso concreto, se afastando, de certo modo, da margem constitucional.

Em todos os casos o Juiz, que aplicar concretamente o direito, deverá atuar à luz da legalidade, e não por vontade política própria, sem perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo. Ou seja, para aplicar a melhor solução o Juiz deve limitar as suas intenções nas leis originárias dos representantes do povo, e não deve deixar de observar os preceitos previstos constitucionalmente.

É notório que ocorre uma violação da separação dos poderes e uma ameaça à preservação do estado democrático de direito com a atuação proativa do Poder Judiciário, visto que essa atuação alarga a função do legislador. Ou seja, o Judiciário intervém inadequadamente na função legislativa quando reforma o ordenamento jurídico e muitas vezes cria regras legais anteriormente ignoradas.

Isto posto, importa ressaltar que resta ao juiz acatar a discricionariedade exercida pelo legislador e suas legítimas decisões, observando no que couber a presunção da validade das leis, levando em conta que a uma excessiva atuação ativista pode acarretar séria insegurança jurídica.

## 7 CRÍTICAS À CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL

Pode-se considerar hoje que um dos grandes problemas do Judiciário brasileiro é a demora da justiça, que diversas vezes é causada pelas escolhas dos magistrados em exceder o que determina a lei e fazer valer o que determina a sua própria vontade. Historicamente pode-se identificar que essa prática criativa vem desde tempos de ditadura (antes da CF/88), quando não existiam tantos direitos, e os magistrados utilizavam dos próprios conhecimentos e criatividade para escapar do regime.

Bem como foi decidido na Constituinte de 1988, em uma democracia as decisões políticas devem ser tomadas por quem tem o voto do povo. É papel do Judiciário ser receptivo às decisões feitas pelo Poder Legislativo e às da Administração Pública.

Nota-se no âmbito judicial atual que a mais frequente crítica seja a produzida pelo Ministro do Supremo e autor Barroso (2009) que já afirmou diversas vezes que “os Tribunais ou os juízes não possuem legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo”.

Nesse sentido, Daniel Souza Sarmiento (2007, p.14) adverte que:

“A outra face da moeda é o lado do decisionismo e do ‘oba-oba’. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque

torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico”.

Já o jurista Lênio Luiz Streck (2004), ainda de forma crítica, afirma:

“Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. (...) Tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder”.

Faustino da Rosa Júnior (2008) assim se posiciona:

“Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública”.

Se tratando de decisões em matérias de natureza política, a doutrina tem citado que o Judiciário está passando por uma fase de politização, onde questões de cunho político estão sendo decididas nas instâncias do judiciário. Em seu artigo “STF não fala por último”, Nazareno Fonteles expõe essa ideia. Pode-se demonstrar a interferência do STF no legislativo pela EC/52 de 2006, a decisão

sobre a união homoafetiva, a decisão sobre as vagas de vereadores, a emenda dos precatórios, a invasão no processo legislativo da lei do fundo partidário, da PEC 33/11, dentre outros assuntos originariamente políticos decididos pela Suprema Corte. Segundo o mesmo é possível considerar que “estamos vivenciando uma espécie de enforcamento lento, gradual e progressivo do Congresso e da soberania popular”.

A maioria dos críticos ao ativismo possuem pontos de vista semelhantes e suas alegações sempre levam em conta a interferência preconizada pelo Judiciário no Legislativo, desrespeitando assim a separação dos poderes, constituída pela Constituição Federal.

## 8 ATIVISMO JUDICIAL COMO FERRAMENTA DO STF

Tem-se verificado desde o século passado uma mudança significativa do papel ocupado pelo Supremo no panorama político social do Brasil. Logo após 1988, percebeu-se que o STF foi recriado quanto aos temas abordados em sua cúpula, o modo de interpretar a Constituição, a valoração e os limites de suas decisões. Essa ascendência institucional fez tornar realidade o ativismo judicial, sendo um dos principais debates doutrinários atualmente.

É predisposto que tais questões políticas que estão sendo levadas a debate na esfera judicial acabem sendo exteriorizadas no contexto jurídico. É preciso ter em vista que todos esses temas de atividade política e de atuação jurídica devem ter o seu basilar na Constituição. Entretanto, o que se pode perceber é que o STF, ao adotar uma via hermenêutica de interpretação, em muitos casos passa a corrigir a legislação, modificar e criar novo direito até mesmo de caráter constitucional em suas decisões judiciais.

Alguns casos de extrema repercussão na sociedade brasileira foram julgados pelo STF. Pode-se extrair como exemplo a ADPF 54 – Aborto em feto anencéfalo. Tal caso foi levado ao STF pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde – CNTS, tendo o seu julgamento o placar de 8 a 2. Além dos Ministros Luiz Fux, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello votaram pela descriminação do aborto o relator do processo o Ministro Marco Aurélio Mello, que na ocasião disse:

“A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. [...] Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais

não merecem a glosa do Direito Penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo - o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado -, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República”.

Vários críticos consideraram tal decisão como ativista no sentido de que se criou com isso uma terceira hipótese de aborto.

Em voto contrário, o Ministro Peluso argumentou: "a ação de eliminação intencional da vida intrauterina de anencéfalos corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica dialética capaz de me convencer do contrário”.

E ainda aduziu:

“Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização legislativa, mediante atos lícitos de pressão. [...] Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional. [...] É o Congresso Nacional que não quer assumir essa responsabilidade, e tem motivos para fazê-lo”.

Corroborando com esse entendimento o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que “não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”.

E por fim, é imprescindível mencionar o voto da Ministra Ellen Gracie, que fundadamente opinou pelo não conhecimento da ação:

“O que vem ao crivo do Tribunal nesta ação? Uma norma velha de 65 anos que, ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi recepcionada, como todo o Código Penal. Essa disposição de lei comina com pena privativa de liberdade quem promova o abortamento. Criadas foram duas exceções em que tal prática não será penalizada. O que a ação pretende é fazer inserir, nesse dispositivo, por criação jurisprudencial, uma terceira causa exculpante. Ou seja, que, além do abortamento sentimental (gravidez fruto de violência) e do

abortamento terapêutico (risco para a vida da mãe), também seja isento de penalidade o abortamento de feto diagnosticado como anencefálico. É, sem dúvida, atuação legislativa que se pretende do Tribunal. A esse propósito, é preciso também registrar que inúmeras são as iniciativas parlamentares tendentes a alargar as excludentes de ilicitude da prática de abortamento. Sete desses projetos encontram-se em tramitação conjunta nas casas legislativas, um deles foi arquivado no Senado em 21.10.04 e outro, em regime de tramitação ordinária, aguarda parecer. [...] Entendo, Senhor Presidente, que a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas. E deve fazê-lo por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e em foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que, inobstante o brilho com que deduzidos os argumentos na inicial e na sustentação oral pelo eminente Professor Luiz Roberto Barroso, acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências entre eles. Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação conclusiva do Congresso Nacional, ainda que registradas tantas iniciativas legislativas em ambas as Casas. Não há o Supremo Tribunal Federal de servir como 'atalho fácil' para a obtenção de resultado – a legalização da prática do abortamento – que os representantes eleitos do povo brasileiro ainda não se dispuseram a enfrentar”.

Além desse, tem-se a ADPF 144/DF sobre a inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos, tendo como relator o Ministro Celso de Mello. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou a ação e fundamentou-a com base no art. 14, § 9º da Carta Magna, que prevê que lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade, levando em conta a vida pregressa dos candidatos. Em muitos Estados a Justiça Eleitoral recusou o pedido de registro a candidatos condenados em processos criminais e administrativos, independentemente do trânsito em julgado dessas decisões. Embora não seja essa a posição adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral e, contra essa linha de entendimento, opôs-se a AMB. O STF julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que, havendo reserva de lei complementar, violaria a divisão funcional de Poderes decisão judicial que, na falta da lei, instituísse outras hipóteses de inelegibilidade, e ainda, o acolhimento do pedido vulneraria os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Outro assunto que tem provocado intenso debate são as súmulas vinculantes editadas pelo STF. O artigo 103 – A, da Carta Magna, prevê que o Supremo Tribunal Federal, de ofício, poderá editar súmulas vinculantes, onde seus efeitos vincularão os demais órgãos do Poder Judiciário, a administração pública direta e indireta e todas as demais esferas. Até o presente momento o Supremo já editou 32 súmulas, dentre tais pode-se ilustrar:

a) Súmula 11º - Restrições ao uso de algemas (HC 91.952/SP)

Tal súmula foi editada depois que o Tribunal, por concordância da maioria, anulou decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, em razão de o acusado desnecessariamente ter sido mantido algemado durante todo o julgamento. Compreendeu-se que naquele caso específico não havia uma justificativa socialmente aceitável para sujeitar o acusado a tal humilhação, que até infringe os princípios da dignidade humana e o da não culpabilidade, ainda mais que tal atitude acabava induzindo os jurados a pensarem que estão diante de um acusado de alta periculosidade. Em desdobramento desse julgamento, a Súmula 11 tem o seguinte teor: “Só é lícito o uso de algemas em caso 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”. Alguns críticos se embasaram no artigo 103 – A, CF/88, para defender que essa súmula se basearia apenas em um precedente, enquanto são exigidas várias reiteradas decisões para concluir uma edição de súmula vinculante.

b) Súmula 25º – Prisão por dívida. (HC 87.585/TO)

Depois de o Brasil passar a ser signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica, o Supremo Tribunal Federal reviu sua jurisprudência antiga relativa à matéria

da prisão do depositário infiel. Tal pacto restringe a prisão por dívida apenas no caso de descumprimento no pagamento de pensão alimentícia. Desse modo, o STF passou a considerar derogadas as leis que previam a prisão do depositário infiel, inclusive nas hipóteses de alienação fiduciária e de depósito judicial, editando assim a Súmula Vinculante nº 25. No julgamento, o Tribunal ficou dividido em relação à posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil. Prevaleceu a tese do Ministro Gilmar Mendes, que sustentou o status supralegal, mas infraconstitucional de tais atos. Foram vencidos os votos dos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

c) Súmula 13º – Vedação do Nepotismo nos Três Poderes (ADC - 12)

Se baseando nos princípios da igualdade, moralidade, impessoalidade e eficiência, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente essa Ação Direta de Constitucionalidade, dando interpretação conforme a Carta Magna, validando a resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça que proibia o nepotismo no Poder Judiciário. Logo em seguida, no julgamento do RE 579951, essa proibição foi estendida aos demais poderes em observância aos princípios elencados no artigo 37 da Constituição, concluindo, posteriormente, na edição da Súmula Vinculante nº. 13.

Ademais essas súmulas, ainda houve algumas decisões que se pode considerar de caráter ativista:

a) Passe Livre para Deficientes no Transporte Coletivo - ADIn 2.649/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia

Por unanimidade, o Tribunal julgou infundado o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.899/94, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. Foi sustentado pela autora da ação que a Lei afrontava

os princípios da isonomia e da livre iniciativa, bem como o direito de propriedade. Já a relatora, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, fez referência à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil, em 2007, e à preponderância do princípio da solidariedade, inscrito no art. 3º da Constituição.

b) Suspensão da Lei de Imprensa do Regime Militar - ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto

Foram suspensas pelo Tribunal, em medida cautelar, algumas disposições mencionadas na Lei de Imprensa - Lei nº 5.250/67, editada ao tempo do regime militar. Segundo o relator, o Ministro Carlos Ayres Britto, tais comandos não eram compatíveis com o padrão de democracia e de liberdade de imprensa concebido pelo constituinte de 1988, que defendia a informação em plenitude e de máxima qualidade e a transparência ou visibilidade do poder, seja ele político, econômico ou religioso. Embora alguns Ministros defendessem a suspensão de toda lei, deferindo a aplicação da legislação ordinária, civil e penal, a medida cautelar foi recebida pelo Plenário.

c) Demarcação de Terras Indígenas na Área Conhecida como Raposa Serra do Sol - Pet. 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto

Foi impugnada a demarcação das terras indígenas conhecidas como Raposa Serra do Sol através de uma Ação Popular proposta por Augusto Affonso, Senador da República, em face da União. Dentre outros argumentos foi alegado que a demarcação contínua da referida área poderia trazer consequências gravosas para o Estado de Roraima, principalmente no âmbito econômico e social, e ainda haveria um vício na Portaria 534/2005 do Ministério da Justiça e do Decreto do Presidente da República que homologara tal demarcação. A ação foi julgada parcialmente procedente pelo Tribunal, que declarou a legalidade e constitucionalidade da portaria. Todavia, impuseram à Administração algumas condições a serem

obedecidas, residindo nestas condições a prática ativista da corte por produzir normas para regular situação não prevista em Lei.

Estes casos ilustrados concernentes às decisões proferidas pela Suprema Corte revelam a disposição existente de julgar e decidir questões políticas, criando novos direitos, do que decorre válida a tese do voluntarismo em questões marcadamente políticas.

Tem havido, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, um redimensionamento da atividade hermenêutica, o que está possibilitando, com a admissão de princípios elaborados pela sua cúpula, uma progressão no exercício jurisdicional para além da sua outorga interpretativa, com a geração de novas normas e direitos. No âmbito do processo hermenêutico, a lei sofre atualizações e até mesmo modificações, na justificativa de que tal norma não está mais atendendo às perspectivas sociais.

É tão notória essa prática que próprio STF divulgou em seu sítio eletrônico uma nota fazendo alguns esclarecimentos sobre a sua atuação:

"Ativismo judicial ou cumprimento da Constituição? Mais que uma indagação, esta é uma reflexão do decano da Suprema Corte brasileira, ministro Celso de Mello, sobre o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal e as eventuais opiniões de que o Tribunal extrapola suas atribuições ao promover ativismo judicial. O ministro define ativismo judicial 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'. [...] Na avaliação do decano, o Supremo Tribunal Federal é chamado a exercer suas atribuições constitucionais de maneira moderada, responsável e prudente. 'Isso é ativismo? Não vislumbro, mas se vislumbrar a prática de ativismo, vejo um ativismo judicial moderado, mas tornado necessário pela injustificável omissão do Congresso Nacional. É para isso que existe o Poder Judiciário', frisou. [...] Ao citar discurso proferido pelo então senador Rui Barbosa, na tribuna parlamentar, em 29 de dezembro de 1914, o ministro afirmou que o STF não é infalível e que pode errar, 'mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade'".

Em defesa a essa prática, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADI nº 3.510 – Células Tronco embrionárias, manifestou-se em seu voto:

"O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento.

Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. [...] Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional".

Corroborando com o mesmo pensamento o Ministro Celso de Melo, em parte do seu discurso, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte em 23/04/2008 afirmou:

"Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode

se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (...) De outro lado, Senhor Presidente, a crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juizes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional, como o revelam as inúmeras ações diretas, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais ajuizadas pelo Presidente da República, pelos Governadores de Estado e pelos partidos políticos, agora incorporados à "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição", o que atribui - considerada essa visão pluralística do processo de controle de constitucionalidade - ampla legitimidade democrática aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive naqueles casos em que esta Suprema Corte, regularmente provocada por grupos parlamentares minoritários, a estes reconheceu - pelo fato de o direito das minorias compor o próprio estatuto do regime democrático - o direito de investigação mediante comissões parlamentares de inquérito, tanto quanto proclamou, em respeito à vontade soberana dos cidadãos, o dever de fidelidade partidária dos parlamentares eleitos, assim impedindo a deformação do modelo de representação popular. (...) É imperioso assinalar, em face da alta missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados por qualquer instância de poder - mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos - não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por meros juízos de conveniência ou de oportunidade, não importando o grau hierárquico do agente público ou a fonte institucional de que tenha emanado o ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado".

## 9 MANDADO DE INJUNÇÃO COMO FERRAMENTA CONCRETIZADORA DO ATIVISMO JUDICIAL

Pode-se dizer que o ativismo é efetivado e consubstanciado através de inúmeras ferramentas, materiais e processuais, identificadas no ordenamento jurídico brasileiro. Isto é, a prática ativista do Judiciário brasileiro se instrumentalizou no direito pátrio por intermédio de vários institutos processuais. É reconhecido doutrinariamente que o instrumento que se sobressai e possibilita uma atuação ativista do Judiciário é o mandado de injunção.

Com efeito, na esfera do direito constitucional, é sabido que o mandado de injunção nos últimos anos se tornou um importante instrumento. As normas elencadas na Constituição, que não são completamente regulamentadas, são efetivadas e possuem eficácia plena por meio desta ação.

Por ser uma ação de caráter constitucional, encontra-se prevista art. 5.º, inciso LXXI, da CF/88, especificamente no rol dos direitos e garantias fundamentais, que assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Vastamente a doutrina tem conceituado tal instrumento. Desse modo, o autor Oliveira (2010) ressalta:

“[...] pode-se concluir que o mandado de injunção tem como objetivo garantir que o impetrante exerça os seus direitos e liberdades constitucionalmente previstos, além de suas prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania, que foram inviabilizados pela omissão do Legislador em produzir a norma regulamentadora necessária para tanto”.

Em outras palavras, o mandado de injunção é, na opinião de Douglas Oliveira Freitas (2010, p. 110):

“[...] uma ação constitucional, [...] que pretende viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que se encontrem obstados pela omissão do Legislativo em editar a norma regulamentadora. (...) O

mandado de injunção é ação constitucional, que visa tornar eficaz direito constitucional subjetivo não usufruído em face da ausência de norma infraconstitucional regulamentadora desse direito”.

O professor José Afonso da Silva, citado por Freitas (2010, p.111), continua com o raciocínio de conceitualização do referido remédio constitucional, entendendo que o mandado de injunção “constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição”.

E prossegue Marcelo Duarte, também citado por Freitas (2010, p.111), afirmando que o mandado de injunção:

“[...] é medida processual especial, ação constitucional, que suscita o controle sobre atuação omissiva de órgãos de quaisquer Poderes, inclusive do próprio Judiciário, assegurando eficácia a direito público subjetivo emanado da Constituição, desde que ‘a falta de norma regulamentadora’, como ali está expresso, ‘torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’”.

Corroborando com o aqui exposto, o mandado de injunção (STF, Notícias, 15 nov. 2010):

“[...] é um instrumento jurídico que pode ser utilizado por qualquer cidadão que venha a se sentir prejudicado por eventuais omissões na legislação. Está no inciso LXXI do artigo 5.º da Constituição Federal que deverá ser concedido o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Freitas (2010, p. 145) dispõe que atualmente o STF: “adotando a postura do ativismo judicial, passa a dar concretude e eficácia aos direitos fundamentais (e às políticas públicas), a partir da efetivação do mandado de injunção”.

Nesse contexto, pode-se considerar que o mandado de injunção reflete a conduta ativista do Judiciário também no tocante as questões relacionadas às políticas públicas.

A título de exemplo tem-se o julgamento do Mandado de Injunção nº 708, onde segundo a Corte, diante da omissão do Parlamento em regulamentar a matéria, foi decido pelo tribunal que a Lei Geral de Greve poderia ser aplicada aos servidores públicos até que seja criada lei específica. Segue o pequeno trecho da decisão (STF. Pleno. MI nº 708/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 27-10-2007, DJ de 31-10-2008):

“Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º). Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão somente no sentido de que se aplique a Lei 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)”.

## 10 ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA

A redemocratização do país tornou possível a grandeza do protagonismo institucional e político do Poder Judiciário, evidenciado por judicialização, tendo como marco a Carta Magna de 1988, que alastrou o papel político do Supremo Tribunal Federal. Devido esse ensejo, o Judiciário está desempenhando constantemente o ativismo judicial.

Diante de tantas normas inconstitucionais, o Judiciário é frequentemente solicitado a distanciá-las do ordenamento, gerando assim um clima de instabilidade das regras jurídicas.

Devido aos efeitos vinculantes dos julgados, tanto no controle difuso quanto no concentrado, as decisões judiciais estão produzindo eficácia que vão muito além das partes envolvidas no processo. Assim sendo, as decisões dos tribunais superiores passam a ter aplicação generalizada.

Há uma revisão mais frequente das jurisprudências dos tribunais superiores, onde muitas destas decisões judiciais, que detém efeitos amplíssimos, não se mantêm estáveis.

Desse modo, é possível observar uma afronta direta ao princípio constitucional da segurança jurídica, que busca a garantia da previsibilidade das decisões judiciais e que a sua inobservância pode acarretar várias injustiças.

Nesse sentido, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni (2010, pág. 26) ressalta:

“O cidadão necessita da certeza de que o Estado e os demais indivíduos se comportarão de acordo com o direito e que os órgãos estatais o respeitarão. Além disso, também é preciso ter a segurança de que haverá previsibilidade na consequência de suas ações, e na necessidade de a ordem jurídica possuir estabilidade”.

O Ministro José Augusto Delgado exprime em seu artigo sobre “A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica” (2011) o seguinte entendimento:

“A segurança jurídica, para ser compreendida, deve ser

examinada como: garantia de previsibilidade das decisões judiciais; meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; veículo garantidor da fundamentação das decisões; obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados; entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante; e fundamentação judicial adequada".

Além de ser necessário que a interpretação dos julgadores seja previsível, é também fundamental transparecer o sentimento de confiança aos que procuram solucionar suas preocupações no Judiciário.

Ainda afirma o Ministro José Augusto Delgado em seu artigo supramencionado:

"A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático e do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições".

Desse modo, é perigoso o debate no Judiciário sobre questões ideológicas e políticas, pois facilmente pode-se inovar nas decisões, causando a imprevisibilidade nos resultados dos casos ora analisados e o ferimento ao princípio constitucional da insegurança jurídica e o da proteção a confiança.

Por outro lado, o Poder Executivo também contribui consideravelmente com a insegurança jurídica quando cria as medidas provisórias, decretos e outros instrumentos normativos interferindo abusivamente na competência do Legislativo. Agindo ilegítimamente, ainda, exerce atribuições que são típicas do Poder Judiciário quando decreta por meio de ato normativo que legislações de outros Estados da federação são inconstitucionais.

À vista disso, o Legislativo, demandando poucas vezes de iniciativa de um projeto de sua autoria, vem gradativamente enfraquecendo seu papel de criar o direito positivo, dando legitimidade às normas emitidas do Executivo.

É preciso haver uma divisibilidade de tarefas, mantendo a competência institucionalizada pela Constituinte de 1988, tendo em vista que essa interferência

generalizada deixa clara a ideia de inoperância legítima e traduz uma insegurança na ordem jurídica.

## 11 ATIVISMO E A MODERAÇÃO JUDICIAL

Ao decidir os casos controversos, que geralmente são de cunho político-social, os tribunais tendem a impor sua própria concepção de justiça, que regularmente varia de magistrado pra magistrado, ou seja, levam em conta seus próprios fundamentos. Esse seria o conceito de ativismo judicial segundo o autor Dworkin, mas além dessa prática, o autor ressalta a utilização da filosofia da moderação judicial, que se caracteriza sob uma ótica mais restringida do poder de interpretação do magistrado, permitindo uma adequação das decisões dos outros poderes mesmo que sejam contrários aos fundamentos hermenêuticos pessoais que o juiz faz em relação à constituição.

Dworkin (2002) explica essa postura da seguinte forma:

"O programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente evidente. Assim, sendo um movimento contrário a tal postura, o 'ativismo judicial' exige que os juízes sejam atuantes no sentido não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal, mas exige audácia na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, reivindicando, então, para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado preciso aos mesmos, concretizando-os, bem como julgar os atos dos outros poderes que interpretam estes mesmos princípios".

A teoria de moderação judicial se desdobra em outras duas teorias que reciprocamente se excluem em seus critérios: a teoria da deferência judicial e a teoria cética. A teoria da deferência judicial defende uma existência de proteção da Constituição aos direitos morais e ainda afirma seu caráter discutível, embora creia que ao Poder Judiciário não caiba defini-los e que isso é de competência das instituições políticas. Já a teoria cética alega que os direitos morais não pertencem

ao indivíduo e nada mais lhes resta a não ser os direitos jurídicos elencados na lei. Para Dworkin, a defesa de uma ampliação dos direitos morais estaria corroendo os direitos previstos pela Constituição, e isso seria uma ideologia do ativismo judicial.

A teoria constitucional da deferência passa a ser estudada por Dworkin, que acredita que os desentendimentos da moralidade política não devem ser decididos pelos tribunais e sim por outras instituições do governo. Diante desse impasse, resta a dúvida: quem deveria resolver as controversas da teoria política e moral? É notório que os legisladores, embora muitos não tenham conhecimentos específicos sobre as matérias que analisam, foram legitimamente eleitos pelo povo e seria de sua competência resolver esses impasses. Pensando assim, pode-se concluir que a aderência judicial é obrigatória, no sentido de que as instituições democráticas (poderes legislativos) são propensas a decidir coerentemente os problemas relativos aos direitos morais do indivíduo contra o Estado. Para Dworkin isso seria mais justo, mesmo que as decisões não fossem tão embasadas como as tidas pelos tribunais.

Para o doutrinador, por representar a coletividade, o Poder Legislativo é competente a tomar decisões de cunho constitucional, muito embora devam ser observados os limites a que se pode chegar, pois os direitos da coletividade não devem ultrapassar os direitos individuais. Pensando assim, o doutrinador passa a defender que “os detentores do poder político seriam convidados a serem os únicos juízes de suas próprias decisões”. Essa postura, no entanto, poderia acarretar diversos problemas e até o risco de tirania. Pode-se atribuir vários fatores a essa conduta. Neste sentido, leciona Gisele Cittadino (2011):

“Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a consequente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como ‘criminalização da responsabilidade política’; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular”.

Mesmo diante de tais perspectivas, Dworkin (2002) adverte:

"O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima".

Não é o que acredita Gisele Cittadino, pois não consegue enxergar qual o problema que haveria no liame existente entre a cidadania ativa e o ativismo jurídico. Isto é, para a autora, mesmo que a sociedade valorize o vínculo entre a democracia e o direito, não significa que não haja espaço para o processo de judicialização da política.

No entanto, Dworkin alerta que os resultados das decisões vindas dos processos políticos passam mais segurança, no sentido de serem bem fundamentadas. Seria perigoso deixar os resultados de questões de interesse amplo da sociedade, como os direitos humanos e sociais, nas mãos dos tribunais que muitas vezes podem até ver o entrave dessas questões artificialmente. Isto é, as decisões designadas pela Constituição, se forem transferidas para competência dos magistrados, e não do povo, podem estar equivocadas, mesmo que estejam protegidas pelo princípio da legalidade. Nesta linha de pensamento, muitos afirmam que não se pode definir se o ativismo é realmente um erro, acreditam que as decisões ativistas podem beneficiar a todos, em um futuro próximo.

Por outro lado, seja qual for a atitude ideal do Judiciário na democracia brasileira, acredita-se que o objetivo principal deva ser o de preservar a integralidade do sistema como um todo, defendendo e protegendo os pilares fundamentais da democracia.

## 12 CONCLUSÃO

O estudo aqui apresentado demonstra que o Ativismo Judicial é uma realidade não só no judiciário internacional, como também no judiciário brasileiro. Alguns autores o condenam, outros o defendem, e há aqueles que o veem com reservas. Esta pesquisa trouxe a lume que essa espécie de intromissão do Judiciário na função legislativa pode gerar riscos à separação dos poderes, à democracia, à operabilidade do Direito e uma insegurança jurídica.

Foi mencionado que o ativismo judicial revela uma disposição de membros do Poder Judiciário de decidir indo além do que está previsto no ordenamento jurídico ordinário, interpretando diretamente a Constituição, principalmente pela aplicação de princípios explícitos ou implícitos. Pode-se entender em muitos casos que essas decisões ativistas acabam por interferir em vários assuntos pertinentes a coletividade, como nas políticas públicas, de maneira que, no intuito de satisfazer o direito de um cidadão ou grupo, acaba por prejudicar o direito de uma comunidade inteira, já que o julgador não possui o conhecimento suficiente das questões técnicas, científicas, orçamentárias e as implicações sistêmicas de suas decisões.

Como exposto, o Supremo Tribunal Federal, pós 1988, foi reinventado, tendo deixado de se restringir às atividades interpretativas para estabelecer novas condutas, criando direito novo. Ou seja, passou a adotar uma nova postura interpretativa, de modo a permitir que, através da hermenêutica, torne-se possível corrigir a lei, modificá-la, ou mesmo criar direito novo onde a lei nada especifica, como no caso da ADPF 54 – Aborto em feto anencéfalo e das inúmeras súmulas vinculantes editadas, sendo boa parte desses atos concretizados pelo mandato de injunção.

Deve-se considerar que parcela doutrinária entende que, em outros casos, essas decisões têm sido de grande relevância para propiciar a garantia de direitos fundamentais e suprir as omissões dos outros dois poderes, principalmente no tocante à manifestação em questões polêmicas, em que o parlamento não quer se imiscuir por receio de perda de popularidade. Embora haja intenção em suprir tal falta, é preciso entender que os tribunais superiores estão cada vez mais revendo suas próprias jurisprudências, fazendo com que tais decisões judiciais gerem efeitos amplíssimos e não se mantenham estáveis.

Por fim, os magistrados devem ter o reconhecimento de que a sua atuação é elemento fundamental para a eficaz e efetiva atividade do exercício jurisdicional. Uma atuação ativista pode se tornar uma forma violenta de pragmatismo jurídico. Não é correto ignorar o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões consolidadas dos tribunais superiores e até mesmo as duradouras tradições políticas culturais. Ser ativista é ignorar tudo isso e impor aos outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. Assim, espera-se que os juízes sejam atuantes no sentido de fazer cumprir a lei formalmente, interpretando os princípios constitucionais em conformidade com a sua competência institucional e sua capacidade intelectual, sendo capazes de atribuir significados sensatos aos mesmos, enfim, concretizando-os.

## 13 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. *Ativismo Judicial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros. São Paulo, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Atualidades Jurídicas. vol. 4, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 11ª tiragem São Paulo: Malheiros, 2012, p.47.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. *Ativismo judicial em crise*. 2009. Disponível em:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas e pretensões*

*judiciais determinativas*. In: FORTINI, 2014.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*, Revista Alceu, no. 9. Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from\\_info\\_index=9&sid=21](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from_info_index=9&sid=21)>. Acesso em: 23 mai. 2011, pp. 105 – 113.

DELGADO, José Augusto. *A Imprevisibilidade das Decisões Judiciais e seus Reflexos na. Segurança Jurídica*. Disponível em: < Acesso em 11 dez. 2011.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.

FREITAS, Douglas Oliveira. *Ativismo judicial no julgamento do mandado de injunção: um estudo acerca do posicionamento concretista adotado pelo Supremo Tribunal Federal*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano 13, n. 80, set. 2010.

GARGARELA, 1996, Apud, CRITSINELIS, Marcos Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro. 2003. América Jurídica. p. 28.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Democracia com juízes*. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun. 2003.

JÚNIOR, Faustino da Rosa. *O Problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro*, 2008.

KMIEK, Keenan D. *The origin and current meanings of judicial review*. Califórnia Law Reviw, oct, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da "reserva do possível"*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 192.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Os precedentes na dimensão da segurança jurídica*. Revista Jurídica. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010, pg. 26.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, tradução – Pedro Vieira Mota, São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. *Ativismo Judicial, Autorestrição Judicial e o "Minimalismo" de Cass Sunstein*. Diritto & Diritto. Diritto brasileiro. Ragusa. 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.diritto.it/all.php?file=27004.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel Souza. I (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lumen Júris. 2007.

SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUNSTEIN, Cass Robert. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (ores.). (1995), *The global expansion of judicial power* New York, New York University Press.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2013.