



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB
INSTITUTO DE CIÊNCIA POLÍTICA – IPOL
GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

Sheila Farias Lima

ATIVISMO JUDICIAL: um panorama com seus aspectos controversos e possíveis implicações

Brasília-DF

2017

Sheila Farias Lima

ATIVISMO JUDICIAL: um panorama com seus aspectos controversos e possíveis implicações

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Ciência Política pela Universidade de Brasília.

Orientadora: Dra. Graziela Dias Teixeira

Brasília

2017

Sheila Farias Lima

ATIVISMO JUDICIAL: um panorama com seus aspectos controversos e possíveis implicações

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Ciência Política pela Universidade de Brasília.

Orientadora: Dra. Graziela Dias Teixeira

PROFESSORA GRAZIELA DIAS TEIXEIRA – UnB (Orientadora)

PROFESSOR ANINHO MUCUNDRAMO IRACHANDE – UnB (Examinador)

Brasília

2017

*Dedico esse trabalho à minha mãe, minha maior
incentivadora em todos os bons aspectos da vida.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmãos, por todo o suporte e apoio.

Aos amigos de curso, Raíssa G. Bonfim, Daniel Maia e Vinícius Coli, por terem não apenas compartilhado conhecimento ao longo do curso, mas também por me encorajarem nessa reta final.

Ao querido amigo Raul Gomes, por me motivar de alguma forma nos momentos de cansaço e falta de criatividade.

De maneira muito especial, aos amigos Renata Duarte e Brunno Ornelas, por terem sido um verdadeiro “refúgio” no início desse ano. Nas palavras do filósofo Ralph Waldo Emerson: “A glória da amizade não é a mão estendida, nem o sorriso carinhoso, nem mesmo a delícia da companhia. É a inspiração espiritual que vem quando você descobre que alguém acredita e confia em você”.

Às professoras do IPOL, Fernanda Motta (PB2) e Viviane Gonçalves (TPC), por terem sido atenciosas e prestativas quando esse trabalho ainda era apenas uma ideia.

À minha orientadora Graziela Dias Teixeira, que sempre muito generosa, mesmo tendo que se dividir em tantas atividades no IPOL, se mostrou receptiva e atenciosa desde o início, sempre aberta a ajudar de todas as formas possíveis. Não à toa é tão querida e respeitada por todo o instituto.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para essa construção.

RESUMO

Este trabalho tem por objeto de estudo o ativismo judicial e visa promover uma ponderação sobre o fenômeno a partir de um panorama com considerações sobre questões controvertidas e possíveis implicações. Inicialmente aborda-se a separação dos poderes abrangendo sua origem, adoção no ordenamento jurídico como princípio norteador e a função de cada poder. Em seguida, procura-se estabelecer uma definição conceitual e uma distinção entre ativismo judicial e judicialização da política. Na última parte, apresentam-se alguns casos que ocorreram no Brasil, questões controvertidas como a hipótese de ofensa ao princípio da separação de poderes, as supostas implicações do ativismo judicial e uma breve reflexão sobre sua importância atualmente.

Palavras-chave: ativismo judicial, separação de poder, Supremo Tribunal Federal, poder judiciário, poder legislativo, direitos fundamentais, Constituição.

ABSTRACT

This work aims to study judicial activism and to promote a reflection of the phenomenon from a overview with considerations on controversial issues and possible implications. Initially, presents the separation of powers and their origin, adoption in the legal system as guiding principle and the function of each power. Next, we try to establish a conceptual definition and a distinction between judicial activism and judicialization of politics. In the last part, we present some cases that occurred in Brazil, controversial issues such as the hypothesis of offense to the principle of separation of powers, the supposed implications of judicial activism and a brief reflection on its importance today.

Keywords: judicial activism, separation of power, Federal Supreme Court, judiciary, legislative power, fundamental rights, Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

§ - Parágrafo.

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ART – Artigo

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça

CF – Constituição Federal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

HC – Habeas Corpus

MI – Mandado de Injunção

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1. SEPARAÇÃO DE PODERES | 11 |
| 1.1.A separação de poderes no contexto brasileiro | 13 |
| 1.2.Especificação de funções e definição de papéis | 14 |
| 2. ATIVISMO JUDICIAL | 21 |
| 2.1.Origem e conceituação | 22 |
| 2.2.Distinção entre a judicialização e o ativismo judicial | 26 |
| 3. PANORAMA DO ATIVISMO JUDICIAL | 28 |
| 3.1.Onde o ativismo judicial acontece? | 28 |
| 3.2.Críticas ao ativismo judicial | 31 |
| 3.3.Implicações do ativismo judicial | 33 |
| 3.4.Propostas de emenda constitucional 3-a/2011 e 33/2011 | 35 |
| 3.5.O ativismo judicial é necessário? | 37 |
| CONCLUSÃO | 40 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 42 |

INTRODUÇÃO

A intensificação da utilização da instância judicial para a concretização de direitos, via de regra, previstos constitucionalmente, entretanto, não regulamentados pelo Poder Legislativo, ensejou nos últimos anos diversos debates e críticas sobre o papel de cada poder. Concomitantemente, acabou por revelar uma certa posição de protagonismo alçada ao poder Judiciário, circunstancia que acarretou uma tensão entre os poderes.

O poder Legislativo, apesar de reconhecer uma certa morosidade no exercício de sua função legislativa, entende que não cabe ao Judiciário adotar medidas que resultem numa atuação inovadora, pois nesse caso, estaria invadindo uma competência legislativa, o que afetaria a separação, o equilíbrio e harmonia entre os poderes.

Por outro lado, ao Judiciário, que é inerte por natureza, não há meios de se eximir de responder satisfativamente a quem o provoca, nem sob o pretexto de que não há subsídio para que possa tomar uma decisão. Nesse sentido, o que resta aos magistrados é usar a hermenêutica jurídica e a criatividade, de modo ampliativo e inovador, no momento da elaboração de suas decisões, ou seja, promover o denominado ativismo judicial.

Diversas críticas desfavoráveis ao fenômeno se pautam na alegação de que ele acarretaria interferência de um poder no outro, que as decisões ativistas não guardavam legitimidade democrática e que o fenômeno por si, denotaria prejuízo para a democracia, sendo então, necessário ao Legislativo conter o Judiciário como forma de restabelecer o equilíbrio entre os poderes.

Há, todavia, parcela considerável de estudiosos que, sob uma perspectiva favorável, reconhecem no fenômeno uma ferramenta para a concretização de direitos perante um cenário em que a atuação do Legislativo vem se mostrando insatisfatória tendo em vista que os parlamentares não têm conseguido compatibilizar a atividade legiferante com a velocidade em que as mudanças e anseios sociais acontecem.

Assim, não dispondo de outros meios, para não ficarem na mera expectativa de exercerem um direito, os cidadãos provocam o Judiciário que, diante disto, busca satisfazer o pleito com as ferramentas de que dispõe: uma interpretação criativa com caráter regulador e inovador.

Trata-se de tema relevante, estando atualmente em voga tanto no campo jurídico quanto no político, não apenas pelas preocupações com as possíveis consequências do fenômeno, mas

especialmente com as repercussões das medidas que os legisladores têm articulado ou tomado para conter o poder Judiciário – como as PECs 33/2011 e 3-A/2011.

O presente trabalho tem por objetivo apresentar um panorama do ativismo judicial sob os prismas das distintas críticas, favoráveis e desfavoráveis, e de suas possíveis implicações a fim de que se possa refletir sobre o fenômeno e suas repercussões no contexto atual brasileiro. Ademais, busca-se, secundariamente, estimular uma ponderação quanto ao funcionamento da separação de poderes nos moldes rígidos em que se consubstanciam hoje, diante da reconhecida necessidade do ativismo judicial.

Para cumprir tais objetivos, será adotado o método dedutivo de abordagem, partindo-se da análise geral do objeto de estudo – isto é, de uma construção conceitual que perpassa pela tripartição de Poderes e definição das funções de cada poder, conceituação do ativismo judicial e verificação de sua ocorrência, para então, apontar-se críticas e implicações que subsidiam a formulação do panorama sobre o fenômeno.

No que concerne às técnicas de pesquisa, será utilizada a documentação indireta por meio de pesquisa bibliográfica e precedentes judiciais. O tema foi escolhido diante da crescente tendência do uso do ativismo judicial como instrumento essencial ao exercício da jurisdição sinalizando um novo critério orientador aos operadores do Direito para fins de promoção da Justiça.

O trabalho se divide em 3 capítulos, no primeiro, de maneira sucinta será abordada a separação de poderes desde a sua origem e sua introdução no contexto brasileiro. No segundo, apresenta-se a definição de ativismo judicial e sua distinção da judicialização da política. No terceiro e último capítulo, concebe-se o panorama do ativismo judicial com a demonstração de sua ocorrência no judiciário brasileiro a partir de casos concretos, seguido das críticas favoráveis e desfavoráveis, implicações do fenômeno, reação do Legislativo para tentar conter o ativismo e por fim, se há necessidade de o ativismo ser atualmente utilizado.

1. SEPARAÇÃO DE PODERES

A separação dos poderes tem sua origem relacionada com Aristóteles que, baseado em regimes constitucionais do mundo antigo, indicou a presença de três elementos nas Constituições, um com fim deliberativo (correspondendo ao Legislativo), um com função executiva (referente ao Executivo) e outro com uma incumbência jurisdicional (relativa ao Judiciário). (SANTOS, 1992, p. 210)

Anos mais tarde, John Locke apresentou seu pensamento sobre a tripartição de poderes, e, apesar de tratar da divisão de poderes, a maneira como concebia essa divisão era distinta dos moldes atuais, pois para ele havia um poder supremo (Legislativo) e os demais poderes (Executivo e Federativo¹), por serem oriundos daquele, se subordinariam. (SANTOS, 1992, p. 211)

Da forma como é entendida hoje, a teoria da separação de poderes - ou tripartição de poderes - teve como precursor o filósofo francês Montesquieu. Foi a partir de sua teoria que se vislumbrou a divisão de poderes em três poderes compondo um sistema no qual cada órgão, ou poder, cumprisse função distinta e independente, porém sem um poder sobrepor o outro. (SANTOS, 1992, p. 212)

A teoria dos três poderes, segundo Montesquieu, seria uma condição estabelecida para o Estado de Direito, sendo necessária além da divisão em Executivo, Legislativo e Judiciário, que houvesse também um equilíbrio de atuação, assim, ao mesmo tempo em que os poderes se relacionassem em suas atividades, serviriam como meio de contrabalancear a atuação e conter excessos de um sobre o outro. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 9)

A finalidade de que as três esferas de poder fossem autônomas e ao mesmo tempo tivessem igual força se justificaria como meio de mantê-las funcionando de maneira equilibrada e harmônica. Nessa linha, Montesquieu (2000, p. 166) afirma que a divisão do poder político é crucial para coibir abusos, porquanto só o poder limita o poder.

Para explicar como se dá a separação de poderes, José Afonso da Silva (2010, p. 139) faz menção a existência de dois pressupostos: a especialização funcional e a independência orgânica. O primeiro pressuposto diz respeito a fixação de funções específicas a órgãos

¹ Locke não considerava o poder Judiciário um dos três poderes, pois o entendia como atividade meio do Legislativo, para ele, além do Legislativo e do Executivo, havia o denominado poder Federativo, este não era separado do Executivo e tinha como incumbência tratar do relacionamento com estrangeiros, bem como a formação de alianças e decisões sobre guerra e paz. (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema de separação de poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, p.241-258)

distintos, enquanto o segundo, refere-se a garantia de autonomia a estes órgãos quanto às respectivas atuações.

Nesse passo, cada esfera de poder passaria a assumir uma função tida como típica, inerente à sua natureza e de acordo com sua competência, sem deixar de exercer, entretanto, funções consideradas atípicas, por reforçarem a própria manutenção da autonomia daquele poder além de endossar o equilíbrio na coexistência destes.

Consolidado como mecanismo apto a conter abusos de poder político a partir do próprio poder, passou a figurar como princípio presente nos Estados estruturados sob o prisma do Estado democrático de direito, uma vez que se relacionava diretamente com a busca de um dos propósitos deste: a limitação da ação estatal².

A partir do advento do denominado sistema Federalista³ surgiu o mecanismo conhecido como freios e contrapesos - ou “checks and balances” - segundo o qual, cada poder fiscaliza o outro, averiguando se um ultrapassa seus limites de atuação e, conseqüentemente, invade o campo de competência do outro, inviabilizando, desse modo, a autonomia e funcionamento harmônico entre os poderes.

Nesse diapasão, Aragão (2013, p. 15) salienta que, a teoria da tripartição dos poderes demandaria um sistema que regulasse o poder político e limitasse posturas arbitrárias e centralizadoras, isto é, um meio para assegurar que um poder não usurpasse a “soberania” do outro. Para isso, haveria a delimitação da esfera de atuação de cada um dos poderes sem que houvesse hegemonia entre nenhum deles, e o denominado “checks and balances” teria como escopo harmonizar a relação entre os poderes balizando a ação de cada um a fim de garantir a normalidade democrática.

A materialização da tripartição de poderes nos Estados se dá inicialmente com a presença dessa teoria como um princípio no conjunto normativo que rege aquele Estado, comumente, na lei maior – Constituição - de modo a orientar todo o ordenamento jurídico e a organização política.

² Segundo Aragão, o Estado democrático de direito era imbuído de dois propósitos: garantia de direitos individuais e limitação da ação estatal, a divisão do controle por órgãos autônomos e independentes se justificava para que esses propósitos fossem alcançados. (2013, p. 15)

³ Em 1787, as colônias americanas se rebelaram contra o governo inglês e Madison, Hamilton e Jay criaram uma nova maneira de governar denominada sistema federalista em que cada Estado era até certo ponto soberano, se sujeitando, entretanto, a um governo central. (HAMILTON; MADISON; JAY. O Federalista. Belo Horizonte: Líder, 2003)

1.1. A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO BRASILEIRO

No Brasil, o poder político se estrutura conforme o princípio da separação de poderes assentado expressamente no artigo 2º da Constituição vigente que declara serem poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁴.

A Constituição Federal de 1988 não foi, no entanto, a primeira a consagrar a teoria da separação de poderes como uma espécie de princípio norteador, pois como disse Almeida (2016, p. 253): “todas as Constituições brasileiras consagraram a teoria da tripartição dos poderes [...]”.

Há que se esclarecer, nesse ponto, que embora possa se observar que historicamente a divisão em três poderes esteve presente em todas as Constituições brasileiras, isso não significa que tenha ocorrido preservando-se a harmonia e independência entre os poderes, consoante a teoria de Montesquieu assinalava.

A primeira Constituição brasileira - Constituição do Império - promulgada em 1824, contava com a separação de poderes, estando à época, dividida em poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador, sendo este último, exercido exclusivamente pelo Imperador, que nesta posição, poderia interferir diretamente nos demais poderes. (SANTOS, 1992, p. 214)

A partir da Primeira República, a aplicação da separação de poderes se alinhou ao prelecionado por Montesquieu, cuja divisão do poder era apenas tripartite e de maneira harmônica e independente. A Constituição de 1934 trazia em suas emendas referência a interdependência entre os poderes, que se mantinham divididos em Legislativo, Executivo e Judiciário. (SANTOS, 1992, p. 214)

Já a Constituição de 1937, apesar de manter a divisão tripartida de poderes, não comportava o princípio harmônico, tendo em vista a peculiaridade do período que estava sob vigência de regime ditatorial no qual os poderes Legislativo e Judiciário praticamente restaram esvaziados em suas atuações. (SANTOS, 1992, p. 214)

Com a Constituição de 1946, ficou consagrada a independência e harmonia entre os poderes, garantindo-se efetivamente a separação de funções com a designação expressa de vedação de delegação de atribuições de um poder para o outro, afirmando-se que caso isso ocorresse, estaria caracterizada a abdicação de um poder em favor do outro. (SANTOS, 1992, p. 214-215)

⁴ Cf. artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1967 conservava formalmente a previsão da separação de poderes, todavia, o poder político praticamente se concentrava apenas no Executivo que, no período de vigência desta Constituição, sedimentou a ideia de delegação legislativa e o uso de várias leis delegadas, havendo, dessa maneira, uma centralização e ampliação deste poder. (SANTOS, 1992, p. 215)

A Constituição de 1988, por sua vez, trouxe expressamente em seu artigo 2º a separação de poderes como um princípio, além disso, o legislador originário o fixou como imutável ao dispô-lo entre suas cláusulas pétreas na forma do § 4º do artigo 60 que diz: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos Poderes;”⁵.

Ademais, o próprio texto constitucional vigente explicitou em capítulos específicos a definição dos papéis de cada poder ao delimitar a atuação e descrever as respectivas atribuições, além de dividir implicitamente suas funções em típicas e atípicas, conforme a natureza de cada poder.

1.2. ESPECIFICAÇÃO DE FUNÇÕES E DEFINIÇÃO DE PAPÉIS

A especificação das competências de cada poder por meio da designação de funções reforça não apenas a adesão à teoria dos três poderes, mas também a intenção de mantê-los funcionando de maneira independente e harmônica, em consonância com o assinalado por Montesquieu em sua teoria.

Essa delimitação de atribuições serve como baliza para o sistema de freios e contrapesos na medida em que, fundamentando-se na disposição das atribuições e distribuição das competências constitucionalmente elencadas, são verificados possíveis excessos e conflitos entre os poderes, e sendo o caso, medidas aptas a sustar a interferência indevida e o ato abusivo são promovidas.

O título IV da Constituição Federal (CF)⁶ trata da “organização dos poderes” contendo quatro capítulos cujo conteúdo abrange: no primeiro capítulo, o Poder Legislativo (artigos 44 ao 75); no segundo capítulo, o Poder Executivo (artigos 76 a 91); no terceiro capítulo, o Poder Judiciário (artigos 92 ao 126) e o quarto capítulo, trata das funções

⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

⁶ Cf. nota 5.

essenciais à Justiça (artigos 127 a 135), que apesar de se relacionarem ao Poder Judiciário, não serão objetos de análise.

As funções a serem desempenhadas por cada um dos poderes guardam peculiaridades de acordo com a natureza de cada poder, desse modo, a função executada com predominância por um poder é a denominada função típica daquele poder, enquanto a função exercida em caráter subsidiário será qualificada como atípica.

Veja-se que, a possibilidade de execução de funções típicas e atípicas visa a manutenção da própria independência do poder, desse modo, em caráter atípico, um poder exercerá funções distintas das que lhe são atribuídas como precípuas e coincidentes às de outro poder sem, no entanto, caracterizar uma interferência indevida no campo de competência desse outro poder.

Bastos (2000, p. 345) descreve esse tipo de ocorrência da seguinte maneira:

[...] hodiernamente os órgãos estatais não exercem simplesmente funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos. É que todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal e é compreensível que pretenda exercer na própria esfera as três funções (legislativa, judiciária e executiva) em sentido material.

Nesse sentido, de acordo com o descrito nos artigos 76 a 91 da Constituição Federal, caberá ao Poder Executivo, por meio de seu chefe (Presidente da República) e também com o apoio de seus Ministros de Estado, exercer a direção superior da administração federal⁷, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos⁸, vetar projetos de lei total ou parcialmente⁹, manter relação com Estados estrangeiros¹⁰, entre outras incumbências.

Ou seja, ao Poder Executivo, é atribuída como função típica, por meio de seu chefe, a execução de atos de chefia de Estado, chefia de governo e a execução de atos da administração pública, cabendo ainda, desempenhar além dessas, outras funções, consideradas atípicas.

No âmbito do Poder Executivo, é permitido o exercício em caráter atípico, por exemplo, da função legiferante, como é o caso da possibilidade de edição de medidas provisórias e de leis delegadas¹¹. Ainda dentre as funções atípicas de natureza legislativa,

⁷ Inciso II do artigo 84 da CF de 1988.

⁸ Inciso IV do artigo 84 da CF de 1988.

⁹ Inciso V do artigo 84 da CF de 1988.

¹⁰ Inciso VII do artigo 84 da CF de 1988.

¹¹ Possibilidade prevista no artigo 84, incisos VI e XXVI combinado com o artigo 62, ambos da CF de 88.

permite-se ao poder Executivo desempenhar atribuições dentro do processo legislativo, como nos casos em que tem a iniciativa da edição de leis¹² e nas possibilidades de veto, além da incumbência de promulgar e publicá-las¹³.

Quanto à função jurisdicional como função exercida atipicamente pelo Poder Executivo, essa será desempenhada, por exemplo, nas hipóteses de ocorrência de processos administrativos dentro do próprio Poder. A responsabilização administrativa de servidores do órgão quanto a supostas infrações administrativas serão analisadas e decididas pelo próprio Poder Executivo, sendo permitido que ele analise recursos e defesas sem submeter suas decisões ao exame do Poder Judiciário¹⁴.

No que tange ao Poder Legislativo, dispõe o texto constitucional em seus artigos 44 a 75 a forma como se organiza e as atribuições consideradas funções típicas deste Poder, dentre elas: o exercício da atividade legiferante e a fiscalização contábil e orçamentária do Executivo¹⁵.

Como demonstrações da forma como se corporifica o sistema de freios e contrapesos e a manutenção da harmonia entre os poderes, cabe destacar entre as atribuições do Poder Legislativo, as possibilidades de sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, de fiscalizar e controlar atos do Poder Executivo, incluídos nestes, os atos da Administração Indireta¹⁶ e a possibilidade de zelar pela preservação de sua competência legislativa em detrimento da atribuição normativa dos outros poderes.¹⁷

Acerca de suas funções atípicas, de natureza executiva, o Poder Legislativo pode praticar atos de gestão tratando da própria organização do poder, dentre estes, a gestão quanto ao preenchimento de cargos não eletivos, a concessão de férias dos seus servidores, gestão de recursos pessoais e materiais como um todo, etc. Ao passo que, de natureza jurisdicional, se conferiu ao Poder Legislativo a possibilidade de julgar o Presidente da

¹² Previsão no inciso III do artigo 84 da CF de 88.

¹³ Possibilidade prevista nos incisos IV e V do artigo 84 da CF.

¹⁴ Desde de que essa análise seja feita dentro da legalidade, respeitando-se os princípios processuais do contraditório e ampla defesa, além das demais disposições legais. Esse processo administrativo, hipótese de atuação atípica do Poder Executivo na função jurisdicional, é regulado pela Lei 9.784 de 1999.

¹⁵ As atribuições do Poder Legislativo não serão apresentadas no texto de maneira detalhada devido a extensão e pelo fato de que a explicação genérica dessas atribuições supre o objetivo ao qual se propõe o trabalho, no entanto estas encontram-se descritas especificamente a partir do artigo 44 da CF.

¹⁶ Cf. incisos V e X do artigo 49 da CF. Segundo a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Administração indireta corresponde a prestação dos serviços públicos realizados de maneira indireta mediante a criação de pessoas jurídicas pelo poder público para a prestação de determinadas atividades ou, em outros termos, execução indireta da atividade administrativa. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo, 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2005. P.61-62)

¹⁷ Cf. inciso XI do artigo 49 da CF.

República, por exemplo, nos crimes de responsabilidade¹⁸ e aptidão para o exercício de atividade investigativa, que é típica do Judiciário, na realização das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs)¹⁹.

No que tange ao Poder Judiciário, por sua vez, este poder tem sua organização e atribuições descritas nos artigos 92 a 126 da Constituição Federal, tendo como função típica o desempenho da função jurisdicional do Estado, isto é, a função de dirimir conflitos a partir da aplicação do direito ao caso concreto, resguardando, dessa maneira, a manutenção da ordem jurídica e a aplicação da lei.

Nas palavras de Machado Júnior (2006):

A função jurisdicional implica em preservar e aplicar o ordenamento jurídico pátrio com definitividade, situação que normalmente é realizada mediante provocação de interessados (jurisdicionados), diante de caso concreto. O Estado assumiu para si a tarefa de solução dos conflitos sociais, concedendo aos litigantes o direito e poder de provocar e participar do exercício tal função, mediante o direito de ação (art.5º, XXXV, da CF/88), através de uma forma previamente estabelecida (devido processo legal – art.5º, LIV, da CF/88).

Com efeito, o Judiciário é quem irá “dizer o direito” ao interpretar as leis e a intenção do legislador como uma resposta aos anseios e demandas da sociedade. Além disso, é incumbido de promover a jurisdição constitucional por meio de seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse ponto, utilizando as palavras de Machado Junior (2006), convém explicar que:

A função jurisdicional, porém, não se limita a resolver conflitos subjetivos (casos concretos), sendo incontestável a chamada jurisdição constitucional, ou seja, o mecanismo de solução de embates entre atos (normativos ou não) infraconstitucionais e a Constituição (jurisdição objetiva), tarefa essa que assume um maior relevo político, haja vista a finalidade de preservação da eficácia e supremacia constitucional.

A jurisdição constitucional ocorre por meio do controle de constitucionalidade que, segundo Alexandre de Moraes (2004), compreende a análise de compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de ato normativo com a Constituição. Essa compatibilidade se verifica analisando se os requisitos formais (se a produção da norma obedeceu ao processo legislativo preceituado na CF) e materiais (se o objeto da lei ou ato normativo é compatível

¹⁸ Conforme previsto no inciso I do artigo 52 da CF de 88.

¹⁹ Previsão legal no § 3º do artigo 58 da CF.

com a matéria constitucional) foram cumpridos, ademais, o controle de constitucionalidade pode ocorrer em dois momentos distintos: preventiva²⁰ ou repressivamente²¹.

Ao Poder Judiciário cabe ainda fazer o controle judicial dos atos administrativos, sejam eles oriundos do Poder Executivo, Legislativo ou do próprio Judiciário, pois, de acordo com Aragão (2013, p.117), esses atos precisam se sujeitar a algum tipo de controle para garantir que a atuação dos entes públicos ocorra consoante as normas relativas a cada poder e a cada instituição.

Nesse contexto, Aragão (2013, p.117) esclarece que o controle engloba não apenas a identificação, mas também a correção dos atos identificados como ilegais, ressalvando, todavia, que o Judiciário no momento da aplicação do sistema de controle jurisdicional deve restringir seu exame apenas a verificação de legitimidade e legalidade do ato, não atingindo o mérito deste, porquanto caso exceda isso, estará transgredindo o princípio da independência dos poderes.

Em suas palavras:

[...] está o Judiciário apto a exercer o controle judicial, anulando atos ilegais praticados pelos outros poderes, desde que seja para isso provocado mediante instrumentos processuais legais. Ele não deve, entretanto, perquirir a oportunidade e a conveniência de tais ações, limitando-se a analisar a legalidade ou a possível lesão a patrimônio público ou a interesses coletivos.

Os atos administrativos não podem ser suscetíveis de sofrer revisões ilimitadas. Se assim sucedesse, haveria a afronta aos princípios da separação dos poderes, atingindo especialmente atos advindos do Poder Executivo. (ARAGÃO, 2013, p.118)

Assim como os demais Poderes, o Judiciário também exerce funções atípicas segundo as quais compete a este Poder, embora de natureza legislativa, por exemplo, a edição dos respectivos regimentos internos de seus Tribunais²²; de natureza executiva, a promoção de atos visando administrar seus órgãos como a criação de novas varas judiciárias, concessão de férias, licenças, afastamentos etc a seus servidores e a criação ou extinção de Tribunais inferiores²³.

²⁰ Acontece por meio da atuação do Chefe do Executivo (que detém a possibilidade de vetar lei, parcial ou totalmente; e, por meio da atuação do Legislativo mediante sua Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/controlado-difuso-e-concentrado-de-constitucionalidade/11295/>>. Acesso em: 1 jul. 2017

²¹ Ocorre por meio do exercício da jurisdição, sendo este dividido em controle difuso (qualquer juiz, em qualquer instância pode apreciar a constitucionalidade de uma norma ou ato normativo, ou seja, todos os órgãos do Poder Judiciário realizam o controle) e concentrado (esta atribuição só é conferida a uma determinada corte ou órgão administrativo, no caso brasileiro, o STF verificará a constitucionalidade da norma). Cf. referência da nota 20.

²² Cf. alínea “a” do inciso I do art. 96 da CF de 88.

²³ Cf. alíneas “d” e “f” do inciso I e alínea “c” do inciso II do artigo 96 da CF, respectivamente.

Portanto, percebe-se que essa delimitação de atribuições evidencia uma estrutura de freios e contrapesos na qual os poderes se inter-relacionam de forma harmônica e equilibrada, isso porque a contenção de possíveis excessos do poder que exorbita sua esfera de atuação pode ser implementada durante a própria atuação do poder que tem sua esfera afetada.

Um exemplo disso é a hipótese em que o poder Legislativo susta um ato normativo exorbitante editado pelo Executivo. Ou ainda, nos casos em que o Judiciário após ser provocado, julga um Mandado de Injunção (MI) e interpela o Poder Legislativo para que pratique sua função legiferante viabilizando, com isso, o exercício de um direito pendente de regulamentação²⁴.

O Mandado de Injunção, previsto no inciso LXXI do artigo 5º da CF, consiste em instrumento constitucional utilizado para suprir a falta de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania.

De acordo com Barroso (2011, p. 160), trata-se de:

“[...] instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo.”

Quanto ao Mandado de Injunção, Barroso (2011, p.154) assevera que este se destina ao controle concreto de constitucionalidade relativo à omissão, “[...] tendo sido concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público”, não se tratando, assim, de uma ordem ao Legislativo para a edição da lei ou ato normativo, mas de comunicação e reconhecimento formal de que este encontra-se em mora legislativa.

É importante esclarecer que, a decisão proveniente do Mandado de Injunção não deve ser interpretada como se fosse o Judiciário legislando ante a omissão do Poder Legislativo acerca de determinado direito, ou seja, não pode ser vista como uma ingerência indevida na atividade do outro poder.

²⁴ Para ilustrar melhor o exemplo, cita-se o caso do MI 94359, que tratava de omissão constitucional referente ao inciso XXI do art. 7º da CF, diante do julgamento do Tribunal, que acabou por suspender a ação, o Congresso Nacional acabou editando, às pressas, a Lei 12.506/2011 regulamentando os prazos do aviso prévio.

Isso porque, há que se dizer que, uma vez provocado, o Judiciário não pode eximir-se de decidir quanto ao que foi levado à sua apreciação. Por essa razão, para Barroso (2011, p. 165-167) seria adequado que no provimento judicial em sede de Mandado de Injunção, a sentença tivesse natureza constitutiva²⁵, devendo o magistrado fomentar uma norma regulamentadora para o caso sob exame, contudo, com eficácia somente entre as partes do processo.

Em suas palavras, ele discorre:

Uma vez suprida a ausência da norma, caberá ao órgão julgador fazê-la incidir, sem solução de continuidade, com vistas à resolução da situação concreta que lhe foi submetida. Aqui, então, poderá declarar nulo um ato, constituir uma nova relação jurídica, condenar a alguma prestação ou mesmo emitir uma ordem, um mandamento para que se faça ou não alguma coisa. (Barroso, 2011, p. 165 a 167)

Considerando o contexto apresentado, não haveria margem para abusos ou usurpação de um poder no campo de atuação do outro se os poderes seguissem rigorosamente o preceituado no texto constitucional. Contudo, diante da complexidade das demandas sociais e da existência de casos em que o Poder Executivo e o Legislativo aparentemente agiram destoando dos interesses da sociedade, houve um aumento de provocações ao Poder Judiciário.

Tais provocações tinham como intuito a análise e julgamento de decisões derivadas dos outros poderes. Além disso, visavam que o Judiciário passasse a agir de modo proativo nos casos cabíveis. Essa abertura acerca de um comportamento proativo gerou desgastes quanto a um suposto excesso jurisdicional que sinalizasse a extrapolação dos limites do exercício de sua competência e a possível caracterização de um fenômeno conhecido como ativismo judicial, objeto de estudo do próximo capítulo.

²⁵ Há os que consideram a sentença de caráter mandamental (sentença cujo o fim imediato do provimento consiste na imposição de uma ordem de conduta que resulta na determinação imediata de realização de um ato pela parte vencida) (TEIXEIRA, Sérgio Torres. 2012. Peculiaridades da sentença mandamental. *Jornal Carta Forense*. 2012. Disponível em <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/peculiaridades-da-sentenca-mandamental/9355>> Acesso em 25 jun.2017)

2. ATIVISMO JUDICIAL

A sociedade vive em constante transição, as demandas sociais mudam e se ampliam todos os dias, acompanhar essa dinamicidade e corresponder aos anseios sociais requer que o Estado tenha mecanismos aptos a ensejar ações muitas vezes tidas como vanguardistas. Não é incomum a percepção de que muitas normas não dão a devida resposta buscada pela sociedade tendo em vista que nem sempre a legislação avança na mesma velocidade que os anseios da sociedade.

O Direito, nesse particular, visto como conjunto normativo do Estado, é para ser um reflexo da sociedade, contudo, nem sempre alcança isso. Almeida (2016, p.255) expõe que:

Atualmente, diante da omissão e negligência dos Poderes Legislativo e Executivo em grande parte de suas funções, a sociedade vem necessitando, de modo cada vez mais urgente e intenso, da interferência do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais e para a resolução dos mais variados tipos de conflitos sociais, fato este que conduz à desarmonia e ao desequilíbrio entre os poderes políticos do Estado.

A autora alerta que esse processo implica uma revisão da teoria da separação dos poderes “ocasionada por um aumento de responsabilidade do Poder Judiciário e, conseqüentemente, por uma superposição do órgão em detrimento dos demais”. (ALMEIDA, 2016, p.255)

A constitucionalista Flávia Piovesan²⁶ menciona que, comumente, temas considerados “intrincados, polêmicos e controvertidos” são encaminhados para o Judiciário, desencadeando um aumento do grau de provocação desse poder justificado muitas vezes em decorrência do que ela denomina “paralisia do Legislativo em face de temas polêmicos”.

A constitucionalista aponta como exemplos disso, a questão da anencefalia fetal, que segundo ela, não foi resolvida diante de um impasse criado por conta das bancadas religiosas do Congresso, e também a questão do reconhecimento das uniões homoafetivas, que neste caso, o Legislativo se dividiu, não tendo o ônus da decisão parlamentar e acabando por repassar o tema para que o Supremo se posicionasse, o que para ela, demonstra que “muitas vezes é a própria política que busca resposta na Justiça”.

Nesta senda, Almeida afirma que: (2016, p. 259):

²⁶ Durante entrevista ao jornal Estadão publicado em 23/12/2012 no caderno “Política”. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,desafio-e-stf-manter-a-jurisprudencia-imp-,977023>

[...] demandas que poderiam ser solucionadas através do debate no âmbito político do Congresso ou diretamente com a coletividade são levadas ao Judiciário; ou seja, diante da nova postura desse órgão, questões relevantes, em todos os âmbitos – social, econômico, político etc. – estão sendo por ele decididas em caráter final.

O poder Legislativo, uma vez que é composto por representantes do povo, que trazem em si a ideia de representação dos grupos sociais e de seus anseios, seria o lugar apropriado para a reflexão e debate das controvérsias atinentes à sociedade. A atividade legiferante poderia refletir e satisfazer as necessidades da sociedade, todavia, diante da omissão, ou mesmo negligência, no exercício de suas atribuições, tem restado à sociedade buscar respostas no Judiciário, que ao agir, pode acabar promovendo o chamado ativismo judicial.

2.1. ORIGEM E CONCEITUAÇÃO

Assim como a conceituação, a origem do termo ativismo judicial é controvertida. Há autores, como Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 38), que atribuem a origem do termo a uma decisão da Suprema Corte americana conhecida como “*Lochner v. New York*”²⁷.

Entretanto, o surgimento do termo é, no geral, atribuído a uma publicação de um jornalista americano chamado Arthur Schlesinger Jr, em janeiro de 1947, na revista *Fortune*. No artigo, o jornalista analisava a atuação da Suprema Corte americana acerca do controle de constitucionalidade das leis do Presidente Roosevelt e dividiu os juízes do caso em dois grupos: os ativistas judiciais e os que “apregoavam” a autocontenção judicial²⁸. (SOLIANO 2013, p. 591)

Teixeira (2012, p. 39) explica que a expressão acabou por advir com uma “imprecisão terminológica” e de acordo com Soliano (2013, p. 591), desvinculada de preocupações científicas, passando apenas a designar uma forma de atuação judicial.

Segundo Teixeira (2012, p. 40), no Brasil a temática acerca de ativismo judicial somente ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, isso porque o texto constitucional conferiu aos magistrados diversas prerrogativas que os impulsionava a uma atuação mais presente na sociedade, fato que reverberava numa maior repercussão midiática.

²⁷ Caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos acabou por declarar inconstitucional uma lei do Estado de Nova Iorque que fixava em 60 horas o limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros sob o argumento de considerar “irrazoável [sic], desnecessária e arbitrária” essa limitação à esfera individual de contratar (Teixeira, 2012, p. 38)

²⁸ Teixeira (2012, p. 39) diz que o grupo de juízes se dividia, segundo o autor da publicação, em “judicial activists” ou “ativistas judiciais” e estes utilizavam o Tribunal como um meio de realizar justiça social, e o outro, em “champions of self-restraint” ou “campões do autocomedimento” e que estes últimos se posicionavam no sentido de que “o Judiciário não deveria ir além de seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense”.

Como exemplo disso, cita os casos em que há uma necessária atuação do Judiciário para garantir direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, mas que, no entanto, não tem previsão legal os regulamentando.

Em que pese os estudiosos da área não tenham determinado uma definição exata quanto ao tema e o escopo desse trabalho não seja esgotar esse aspecto terminológico do ativismo judicial, convém mencionar mais de uma conceituação com o intuito de possibilitar uma aproximação de um consenso de juízos a partir de uma abordagem mais robusta sobre a significação do termo.

Lado outro, há que se frisar também que, uma percepção mais clara do significado da expressão serve para evitar dúvidas quanto a hipótese de que se esteja, ou não, tratando de um caso de ativismo judicial uma vez que a própria multiplicidade de significados dificulta essa ponderação.

No tocante à conceituação, Menezes (2013, p. 217) expõe que repousam incontáveis acepções sobre o termo, mas opta por mencionar dentre estas, a que diz que o ativismo corresponde a postura a ser adotada pelo magistrado referente ao arcabouço legal que viabilizaria a ampliação do alcance das normas face a retração do papel do Legislativo. Em suas palavras: “[...] o ativismo judicial seria a ingerência do Judiciário nos outros Poderes no intuito de intensificar os valores e os objetivos constitucionais”.

Na mesma linha de que se trata de uma espécie de ingerência na esfera dos demais poderes é a posição de Soliano (2013, p. 615) ao conceituar o ativismo judicial como “uma interferência excessiva do Poder Judiciário em áreas tradicionalmente de responsabilidade dos demais Poderes do Estado (representativos)”.

Ramos (2010, p.116-117) entende por ativismo judicial o exercício da função jurisdicional ultrapassando o limite fixado para essa função em detrimento da função legislativa e também da função administrativa, e até da função de governo, descaracterizando a função típica do Judiciário com “uma incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.

De acordo com ele,

por ativismo judicial deve-se entender 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 interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). (RAMOS, 2010, p. 129)

Amandino Teixeira Nunes Júnior (2011, p. 3) define a expressão como:

[...] um modo criativo e expansivo de interpretar o direito, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além da simples apresentação, invadindo a esfera de competência de outros poderes, inclusive com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor, além de contornar o processo político majoritário.

Os conceitos apresentados por Ramos e Nunes Júnior se aproximam do sentido dado por Robert Jull que define ativismo judicial como a ocorrência em que “o judiciário ultrapassa a linha que separa as esferas judicial e legislativa”. (Jull *apud* Soares, 2010, p.8) Em vertente relativamente distinta e trazendo uma perspectiva mais direcionada para o comportamento do juiz, porém, sem fazer inferências concretas de que necessariamente o ativismo seria uma extrapolação entre os limites dos poderes, consiste a definição dada por Luis Roberto Barroso.

Para ele, o ativismo judicial trata-se de escolha de interpretar a Constituição de uma forma específica e proativa que amplia o seu sentido e alcance, se instalando, normalmente, em contextos em que o Poder Legislativo se retrai e em um cenário em que aconteça um determinado descolamento entre a classe política e a sociedade civil de modo que inviabiliza que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, p.6)

Nos termos do mesmo autor:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.(BARROSO, p.6)

Numa acepção próxima a dada por Barroso, Koerner (2016, p. 233) afirma que o termo ativismo judicial é uma expressão utilizada para retratar a observância das instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas do ponto de vista do papel apropriado do Judiciário, de seu modelo de decisão judicial e do comportamento dos magistrados. Para ele, o fenômeno tem como cerne “a autonomia de julgamento do juiz na construção do caso e a tomada de decisão”. O autor assenta que essa autonomia ocorreria na lacuna entre os quadros normativos gerais e dados fáticos de uma situação sob exame do judiciário.

Congruente com os argumentos de que o ativismo judicial retrata uma postura do juiz em que é possível ter uma interpretação mais construtivista das leis, bem como relacionar essa interpretação com outras fontes do Direito, a saber: princípios, costumes, doutrina etc, para dar

uma resposta satisfatória nas hipóteses em que o Judiciário é provocado, Luiz Roberto Nunes (2011, p. 66) aduz que:

No Estado de Direito atual não se pode imaginar que os juízes sejam “tão só a boca que repete a lei”, já que não pode ter uma atuação meramente objetiva (ou mecânica), porque não são seres inanimados, mas, ante os desafios sociais que se apresentam, não raro com significativas alterações no tocante à lei posta, devem interpretar e declarar livremente o direito para aquele caso concreto. Aqui reside exatamente a grande margem deixada ao magistrado, que se aplicada de forma subjetiva e desgarrada de certos padrões técnicos, certamente desembocará no ativismo judicial.

Para reforçar seu posicionamento, Roberto Nunes (2011, p. 67) contextualiza o cenário do juiz, que para subsidiar sua decisão se utiliza de um conjunto de elementos, não ficando restrito apenas à letra da lei:

[...] resta a ele [juiz] um imenso campo de atuação, porque não só vai poder selecionar os textos legais que entende aplicáveis ao caso concreto, bem como vai rejeitar aqueles que entende inaplicáveis, como ainda poderá se valer de princípios gerais e ao final poderá valorar cada um destes institutos, em verdadeira ponderação de normas e valores para ao final de forma fundamentada decidir em um ou noutro sentido.

O mesmo autor esclarece que na interpretação da lei sempre existirá um determinado espaço para discricionariedade por parte do juiz, sendo esta margem mais ampla quando “ele se deparar com textos vagos, ambíguos e imprecisos”, isso porque, toda interpretação de certo modo ocorreria de maneira criativa, e apesar de não ser ilimitado, quanto maior for a ambiguidade e a imprecisão da lei, maior será o espaço para ele agir discricionariamente. (NUNES, 2011, p. 67)

Ainda segundo Nunes (2011, p. 66), o ativismo judicial se desdobra em dois segmentos: o ativismo inovador, que aconteceria na hipótese de o juiz criar uma norma aplicável ao caso em julgamento; e o ativismo revelador, no qual o juiz se utilizando dos princípios constitucionais interpreta e decide.

Em linhas gerais, embora não de maneira unânime, é possível depreender como concepção de ativismo judicial a atuação proativa, expansiva e criativa dos magistrados para preencher lacunas decorrentes de omissões do poder Legislativo incidindo, ou não, numa inobservância aos limites de atuação do poder Judiciário.

É importante dizer que diante da variedade de definições adotadas quanto à terminologia e considerando que seu significado se relaciona com a ideia de expansão, há os que confundem ativismo judicial com judicialização, por essa razão, faz-se necessário estabelecer uma distinção entre os termos.

2.2. DISTINÇÃO ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização e o ativismo não são expressões sinônimas e nem se confundem. Nesse diapasão, Aragão (2013, p. 68) frisa que não podem ser entendidas como equivalentes semanticamente. Barroso (p. 6) diz que são termos “[...] primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.”

Para Aragão (2013, p. 66), trata-se de “fenômeno da influência do Poder Judiciário nas instituições político-sociais”. Nunes Júnior (2014, p. 111) aduz que tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política guardam relação com “a ruptura do sistema tradicional e estanque de separação de poderes” e, sendo assim, ambos se referem a expansão da atividade do Judiciário.

Para elaborar sua definição, o autor cita como principais componentes:

- (i) a presença de um novo ativismo judicial, com o surgimento de novas questões aptas a serem dirimidas pelos juízes e tribunais; (ii) o interesse dos políticos e administradores em adorar: (a) métodos e procedimentos típicos do processo judicial; (b) parâmetros jurisprudenciais – ditados pelo Judiciário – nas suas deliberações. (NUNES JÚNIOR, 2014, p.112)

O conceito de judicialização, assim como o de ativismo judicial, não é único; para explica-lo, Maciel e Koerner (*apud* Aragão, 2013, p.65) o desdobram em duas possíveis acepções: uma de cunho político-social, que irá designar a judicialização como uma propagação da ação do poder Judiciário, ou também, um crescimento da quantidade de processos nos tribunais. E a outra com uma significação de cunho normativo, que o denominará como “um dever legal de que um tema seja examinado judicialmente ou, a própria preferência por se usar a via judicial na solução de determinada lide”.

Quando a referência for meramente política, de maneira uniforme, pode se depreender que “judicialização” da política consiste na “reação do Judiciário frente à provocação de terceiro que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição”. (TATE;VALINDER *apud* ARAGÃO, 2013, p. 66)

Barroso (p.6) diz que, “no contexto brasileiro, a judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política”. Para ele,

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se [...] de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento de instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2010, p. 6)

Em síntese, consoante Barroso (2013, p. 68 *apud* Aragão), o ativismo judicial e a judicialização podem ser distinguidos da seguinte forma: o primeiro, enseja uma escolha por parte dos magistrados no momento da interpretação das regras constitucionais, enquanto no segundo, há uma transferência por parte dos poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, de suas decisões de caráter político e diante disso, o Judiciário atua no sentido de estabelecer normas de comportamento a serem adotadas pelos outros poderes para resolver os conflitos, em outros termos, a judicialização significa a adoção de um paradigma constitucional.

Concluída a abordagem terminológica do ativismo judicial nesse capítulo, passa-se a apresentação de um panorama sobre o fenômeno.

3. PANORAMA DO ATIVISMO JUDICIAL

A análise do ativismo judicial demonstra que a controvérsia acerca do tema não se restringe a sua definição, que ainda hoje, é imprecisa. Tema constante de debates políticos e acadêmicos, o fenômeno recebe críticas tanto no sentido de questionar se dele provém uma usurpação de poder, isto é, uma invasão na esfera de atuação de outro poder, quanto na apuração de suas implicações.

O debate sobre o ativismo judicial compreende ainda outras indagações, como saber se ele decorre de uma omissão ou negligência, muitas vezes até estratégica, do Legislativo ou se ele deriva de uma hipertrofia do próprio Judiciário. A sociedade teria parcela de culpa nisso por ser excessivamente provocadora do poder Judiciário ou isso demonstraria uma ineficiência do Legislativo em acompanhar os avanços da sociedade? Seria então, o momento de repensar nosso sistema de divisão de poderes e discutir a forma em que hoje as demandas são conduzidas pelo Legislativo, enquanto representantes dos interesses da sociedade?

Há diversos questionamentos que podem ser feitos sobre o tema, porquanto além de contemporâneo e relevante, devido a sua complexidade, por si só, desdobra-se em distintos pontos de reflexão de interesse da sociedade. Contudo, esse trabalho irá restringir sua abordagem apenas a alguns tópicos, apresentados a seguir.

3.1. ONDE O ATIVISMO JUDICIAL ACONTECE?

O questionamento que se faz aqui é: há ativismo judicial no Brasil hoje? Onde ele acontece? Em entrevista ao site Valor Econômico²⁹, em 24 de abril de 2017, o ministro do STF, Luiz Fux afirmou que considerava equivocadas as alegações de que havia no país “uma ‘judicialização da política’ ou exercício de um ‘ativismo judiciário’”.

O ministro, na mesma entrevista, defendeu seu argumento falando que o poder Judiciário é um “poder inerte”, “que só age quando provocado”, que só interfere quando é chamado e além disso, declarou que as expressões mencionadas eram “expressões completamente anômalas e dissonantes da realidade.

Em que pese a declaração tenha partido de um ministro da Suprema Corte brasileira, o ativismo judicial é percebível exatamente na atuação do Supremo Tribunal Federal, ratificando isso, Menezes (2013, p. 217) aponta que sua percepção ocorre na declaração de

²⁹ Cf. site: <http://www.valor.com.br/politica/4946714/fux-judiciario-e-inerte-e-so-age-quando-provocado>

inconstitucionalidade de normas provenientes do Legislativo, no estabelecimento de condutas ao Poder Público, bem como na interpretação da Constituição, sem anuência do legislador, em situações não previstas pela Lei Maior.

É possível evidenciar a existência do fenômeno no STF por meio da observância de algumas decisões em julgamentos que ganharam repercussão nacional, dentre essas, com destaque, o caso da fidelidade partidária se revelou uma clara manifestação do ativismo judicial no judiciário brasileiro, nesse âmbito, Nunes Júnior argumenta que:

[...] no caso da fidelidade partidária, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal constitui evidente manifestação de ativismo judicial, visto que agiram como verdadeiros “legisladores positivos” tanto no plano constitucional quanto no plano ordinário, criando uma hipertrofia e invadindo espaço reservado ao Legislativo, em afronta ao sistema de checks and balances, previsto no art. 2º da Constituição. (2014, p. 123)

Em outra passagem, reforçando a ocorrência do fenômeno nesse caso, Nunes Júnior afirma que é possível

[...] verificar um perfil de ativismo a [sic] do Tribunal Superior Eleitoral e a [sic] do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecerem os contornos concretos do instituto da fidelidade partidária, visto que disciplinaram uma matéria de grande apelo entre a população brasileira, diante da inércia do Poder Legislativo, em uma profunda Reforma Política e Eleitoral. (2014, p. 124)

Alves Junior (2015, p.187) indica como exemplo do ativismo no Brasil outro julgamento que ganhou expressiva repercussão nacional, a saber, o da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 13248 que tratava da união homoafetiva:

Nesse julgamento o Tribunal conferiu uma “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.72349 do Código Civil em face do art. 226, § 3 CF50, no que concedeu aos “casais homossexuais” os mesmos direitos e prerrogativas dos “casais heterossexuais”. Na perspectiva de uma moralidade liberal, a decisão do STF foi correta, especialmente em face do princípio da dignidade humana, da autonomia da vontade, da igualdade substantiva e do fato de que não haveria “prejuízo” algum para terceiros. **Todavia, à luz do princípio da estrita legalidade e lastreado no fato inquestionável de que as palavras nos textos normativos não são escritas à toa, a fundamentação vencedora não foi a mais adequada, especialmente as consequências posteriores que resultaram em “casamentos homossexuais”, sem que houvesse amparo legal. [grifo nosso]**

Alves Junior (2015, p.185) menciona também como exemplo, o julgamento do caso que tratava do direito de greve dos servidores públicos por meio do Mandado de Injunção (MI) n. 70842, no qual,

[...] a Corte entendeu que poderia ser sanada injustificada omissão normativa inconstitucional do Legislador. No caso, cuidava-se da ausência de norma legal regulando o direito constitucionalmente assegurado de greve dos servidores públicos. Ante a injustificada inércia do legislador em regular esse direito assegurado pelo texto da Constituição, decidiu a Corte aplicar por analogia aos servidores públicos, naquilo que fosse compatível, a Lei de Greve que regulava as relações trabalhistas na iniciativa privada.

Outro julgamento utilizado como exemplo pelo mesmo autor (2015, p. 191-192) foi o Habeas Corpus (HC) n. 91952 que resultou na edição da Súmula Vinculante 11 que acabou por criar responsabilização penal sem respaldo de edição legislativa do órgão legiferante competente, cujo teor diz:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, **sob pena de responsabilidade** disciplinar, civil e **penal** do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.³⁰ [Grifo nosso]

Mais um caso emblemático entendido como ativismo foi o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 579.951 que resultou na Súmula Vinculante n.13³¹, que veda o nepotismo no serviço público. Ramos (2010, p. 259) explica que o argumento para a edição da súmula foi o STF entender que a nomeação de parentes para cargos e funções que não exigissem concurso público ofenderia os princípios da moralidade, impessoalidade e da eficiência, sendo ilícita pelo simples fato de contrariar vedação oriunda de princípios constitucionais, razão pela qual, consideraram dispensáveis a edição de lei formal sobre o assunto.

Ramos (2010, p. 256-261) se opõe ao entendimento de que seria dispensável a regulamentação dessa matéria por lei ordinária. Para ele, a questão não poderia ter sido enfrentada somente com a aplicação dos princípios constitucionais. Na mesma linha, por entender que a edição da súmula correspondeu a uma construção normativa, Mori (2012, p.55) afirma que, no caso, houve extrapolação dos limites da competência do poder Judiciário,

³⁰Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STF, Súmula Vinculante 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> Acesso em 25 jun. 2017.

³¹ A súmula informa que: “a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STF, Súmula Vinculante 13. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227>> Acesso em 25 jun. 2017.

resultando numa invasão no campo de atuação do poder Legislativo, a quem segunda ela, caberia editar norma infraconstitucional regulamentando a vedação ao nepotismo.

Assim, à luz dos casos apresentados como exemplos, resta evidenciado que há, consoante o entendimento de diversos estudiosos da área, a presença de ativismo judicial no judiciário brasileiro, sendo notável sua ocorrência na suprema corte.

3.2. CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Barroso (p. 1) menciona que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal realizou um papel ativo na vida institucional brasileira. Segundo ele, essa centralidade na tomada de decisões sobre questões relevantes nacionalmente gerou não apenas aplausos, mas também críticas.

Existem críticas em ambos os sentidos, negativa ou positivamente, favoráveis ou não, ao fenômeno. Numa breve observação sobre os fundamentos dessas críticas percebe-se uma tendência no sentido de confluir para os mesmos argumentos: aos que são desfavoráveis, alegam que o Judiciário estaria extrapolando sua função jurisdicional, bem como invadindo o campo de atuação do Executivo, frustrando a separação de poderes e ainda desestabilizando a ordem constitucional a ponto de, inclusive, colocar em risco o regime democrático.

Outrossim, os que se manifestam favoráveis também convergem em seus embasamentos, de modo que, os argumentos giram em torno do reconhecimento do ativismo judicial como instrumento necessário para o alcance de determinados direitos e como meio de compatibilizar as leis com a realidade da sociedade considerando que o Judiciário viabiliza respostas satisfatórias e muitas vezes progressistas a partir de uma interpretação expansiva e que engloba múltiplos fatores, não ficando apenas restrito à letra da lei.

Dito isso, inicia-se a explanação dos posicionamentos a partir dos que enxergam o ativismo judicial sob uma perspectiva positiva.

Ramos (2010, p. 313) explica que no momento da interpretação da lei, ou mesmo diante da omissão de uma lei, o magistrado se depara com uma margem estreita “entre a ousadia e a criatividade no exercício da função jurisdicional constitucional”, mas que isso é indispensável “à rápida adaptação do sistema jurídico diante de novas necessidades sociais”.

Há uma complexidade em construir uma decisão judicial que não consiste em apenas aplicar a letra da lei e isso deve ser levado em conta no momento de criticar o ativismo judicial, pois na elaboração de uma decisão os magistrados encontram o meio para consubstanciar um

direito que, não raro, embora previsto, carece de regulamentação satisfatória. Nesse entendimento, Guimarães (2012, p.21-20) afirma que “é notório que as leis possuem lacunas e que devem ser interpretadas. Atualmente, é normal que o juiz interprete a legislação e não seja um mero declarador”.

Barroso (p.9) aduz que “o fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento”. Teixeira (2012, p. 49) também se manifesta favorável ao ativismo e diz que, diante da omissão do Legislativo, não deve o Judiciário também se manter omissor. Em suas palavras:

a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever. Não se fala aqui em ativismo judicial nocivo, no qual o juiz ultrapassa os limites entre racionalidade jurídica e racionalidade política, valendo-se somente dessa última. **Intepretar limitado pela mens legis (sentido da lei) e pela mens legislatoris (vontade do legislador) não impede que ao juiz seja necessário fazer uma construção hermenêutica para poder solucionar o caso concreto. A norma jurídica conterà, inevitavelmente, um espaço jurídico “vazio” a ser preenchido pelo intérprete/aplicador, isto é, uma situação real que demanda a aplicação da norma, mas esta não prescreve o modo como isto se dará. [grifo nosso]**

O mesmo autor salienta que o ativismo judicial terá um caráter positivo quando estiver presente alguns dos seguintes elementos:

1. Decisão que busque primordialmente assegurar direitos fundamentais;
2. Decisão orientada à garantia da supremacia da Constituição;
3. Decisão fundamentada substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais;
4. Decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroguem a *mens legislatoris* do ato normativo em questão. (TEIXEIRA, 2012, p. 52)

Mori (2012, p. 49-50) afirma que o ativismo pode beneficiar a efetividade dos direitos fundamentais, pois a decisão ativista quando enquadrada na hipótese de “tutela do direito das minorias, estas entendidas como aqueles grupos sociais minoritários, vulneráveis e excluídos da sociedade”, é justificável. A autora pontua que:

Diante da tendência de que grupos majoritários, agindo no âmbito do Poder Legislativo, façam prevalecer seus interesses, oprimindo os grupos minoritários, é mesmo admissível que o Poder Judiciário, sendo provocado, tenha uma postura mais afirmativa, com o objetivo de fazer valer os preceitos constitucionais também para os grupos que não tenham acesso à representação política.

Em oposição aos posicionamentos mencionados, há autores que concordam com a tese de que há “uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”. (RAMOS, 2010, p. 129)

Esse é, sem dúvidas, um dos argumentos mais expressivos em se tratando de endossar uma perspectiva negativa ao ativismo judicial. Até os autores que se mostraram favoráveis foram cautelosos em seus fundamentos procurando sempre externar que deve existir um limite quanto à uma atuação ativista por parte do judiciário, porquanto, nas palavras de Mori (2012, p. 61) “[...] o ativismo judicial desprovido de critérios pode implicar em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, essencial à democracia”.

Para Barroso (p. 9), “o aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo parlamento”. De acordo com Miranda (2015, p.30), “a face negativa do ativismo judicial advém de um juízo de valor recaído sobre a análise do caso concreto, em que se tenha por parâmetro o ideal subjetivo de justiça social”.

Há também os que entendem, como Carmona (2012), que as decisões ativistas não teriam legitimidade, pois “o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgirem-se contra os atos instituídos pelos poderes eleitos pelo povo”. De acordo com ela, o Judiciário por ser composto por membros não eleitos não poderia “demudar ou arrear leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular” justamente por não terem legitimidade para isso.

Delineadas algumas críticas, nota-se que a preocupação quanto a ofensa ao princípio da separação de poderes, demonstrada pelos que se posicionam consoante uma visão negativa do ativismo judicial, demanda uma reflexão sobre as implicações do ativismo e se entre as possíveis consequências estaria um risco de se desestabilizar a ordem constitucional.

3.3. IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL

Barroso (p. 17) assinala que por tratar-se de mecanismo que tem por escopo contornar o processo político majoritário quando este se mostra “inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso”, o ativismo judicial apresenta como consequência riscos com relação à legitimidade democrática.

O autor esclarece, todavia, que esses riscos “[...] se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. [Pois,] não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular”. (BARROSO, P.17)

Barroso cita ainda outro risco, o de haver uma politização indevida do Poder Judiciário e alerta que, nesse particular, a corte constitucional deve estar atenta e não ser indiferente às consequências de suas decisões. Por fim, ele aponta uma última provável implicação: a falta de aptidão do Judiciário para decidir determinadas matérias que necessitaram previamente de um amplo debate. (BARROSO, p. 17)

Mesquita (2015, p. 17) sugere como consequência do ativismo judicial um novo enquadramento aos magistrados, os tornando “atores privilegiados” em detrimento dos atores políticos das esferas executiva e legislativa, posição alcançada em decorrência da ampliação da margem de arbitrariedade do Poder Judiciário.

No que diz respeito a possibilidade de o ativismo desestabilizar a ordem constitucional atingindo a estabilidade democrática, Paulo Roberto Carvalho da Silva (2012, p. 58) sustenta que “o Poder Legislativo, ao transferir suas responsabilidades legiferantes ao Poder Judiciário, coloca em risco a estabilidade democrática, a segurança jurídica e macula a própria imagem perante a opinião pública”.

Morais (2015, p. 112) diz que a “[...] a maior parte dos autores acenam para a existência de uma crise de legitimidade das instituições representativas [...]. Nunes Júnior (2011, p. 5), por sua vez, aduz que

o protagonismo do Supremo Tribunal Federal não só coloca em xeque os princípios da separação dos Poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo até então inédito de espaço público, desvinculado das tradicionais instituições político-representativas.

Nunes Júnior (2011, p. 5) acentua ainda que, deve-se evitar que o ativismo judicial seja levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal para impedir que se forme uma situação de “aristocracia judiciária” porquanto isso implicaria total incompatibilidade com o sistema representativo previsto na Constituição em vigor.

Almeida (2016, p. 255) salienta que a atual conjuntura indica a existência de uma crise de representatividade, onde há, na verdade, “uma representação de interesses, pois debates políticos e a vontade popular foram substituídos e preteridos por interesses particulares e/ ou corporativistas”.

Conforme a mesma autora (2016, p. 262), a interferência do Judiciário, diante da omissão dos poderes Executivo e Legislativo, apesar de oriunda de provocação da sociedade, “conduz à “desarmonia e ao desequilíbrio entre os poderes políticos do Estado”, nesse sentido, ela assenta que o Judiciário exerce atualmente função distinta da que lhe foi originariamente atribuída, tendo posição de destaque em detrimento dos demais poderes.

Para Martins (2011, p. 23), o fenômeno denota uma atuação do STF como legislador positivo ou, até mesmo, como constituinte derivado, o que segundo ele, suscita uma forma de atuação inconstitucional “[...] em razão da fragrantíssima afronta a diversos dispositivos constitucionais, notadamente os que consagram o equilíbrio, a harmonia e a independência dos poderes [...]”.

Segundo Almeida (2016, p. 262-263), o ativismo judicial implicou a redefinição da teoria da tripartição dos poderes

[...] o ativismo judicial rompe com a tradicional separação dos poderes (base dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos) e objetiva exaurir ao máximo as potencialidades das normas constitucionais, valendo-se de cláusulas abertas e princípios, para expandir o seu sentido e, assim, concretizar os seus fins. Sob este fundamento e sem perder de vista a sua finalidade primordial [...] surgiu a necessidade de flexibilizar a concepção originária do princípio da separação dos poderes para adequá-la à realidade atual.

Como se infere do argumento de Almeida, o ativismo judicial teria não apenas conduzido a uma interferência da tripartição de poderes, mas ensejado também uma redefinição da separação de poderes. O Legislativo, diante desse cenário, reagiu apresentando as Propostas de Emenda Constitucional (PEC) n. 33 e 3-A, ambas de 2011, que serão, em breves linhas, abordadas a seguir.

3.4. PROPOSTAS DE EMENDA CONSTITUCIONAL 3-A/2011 E 33/2011

Como reação à atuação expansiva do poder Judiciário, manifestada por meio do ativismo judicial, o Poder Legislativo apresentou, em 2011, duas Propostas de Emenda Constitucional, uma visando limitar os poderes do Supremo Tribunal Federal e, a outra, ampliar os poderes do Legislativo com o aumento das hipóteses em que a ele se permitiria sustar atos de outros poderes.

Conforme relato de Miranda (2015, p. 42), a PEC n. 3-A pretendia alterar o inciso V do artigo 49 da CF com o intuito de ampliar a competência do Congresso Nacional para sustar os

atos normativos de outros poderes que exorbitassem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa.

A ideia era de que a PEC substituísse a expressão “Poder Executivo” por “outros Poderes”, criando a possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos normativos emanados tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário.

Na justificação, os parlamentares argumentaram que:

No nosso entendimento, há uma lacuna no inciso V, do art. 49, levando a uma desigualdade nas relações do Poder Legislativo com os outros Poderes, isto é: atualmente, o Poder Legislativo pode sustar atos do Poder Executivo, mas não pode fazer o mesmo em relação aos atos do Poder Judiciário. Esta Emenda visa, pois, preencher essa lacuna e corrigir essa desigualdade, contribuindo assim para o equilíbrio entre os três Poderes.

Assim, nada mais razoável que o Congresso Nacional passe também a poder sustar atos normativos viciados emanados do Poder Judiciário, como já o faz em relação ao Poder Executivo. Com isso estaremos garantindo de modo mais completo a independência e harmonia dos Poderes, conforme previsto no art. 2º da CF. Cf. Justificativa da PEC 3-A /2011, p.2³²

A PEC acabou repercutindo negativamente tanto na mídia, quanto no âmbito jurídico. Streck (*apud* Miranda, 2015, p. 42) criticou abertamente a proposta:

Se o ativismo do Poder Judiciário se mostra perigoso ao ponto de o Poder Legislativo pretender limitá-lo via PEC nº 3, não é a simples transferência do polo de tensão para o Poder Legislativo que resolverá a “questão da democracia”. Ao fim e ao cabo, a PEC nº 3/2011, apontando de volta para o século XIX, não merece mais do que uma onomatopeia que é dita pressionando a língua entre os dentes.

A PEC 33 de 2011 tinha como objetivo alterar os artigos 97, 102 e 103-A da Constituição. Essas alterações seriam para mudar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para a declaração da inconstitucionalidade de leis, condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação do Poder Legislativo e condicionar à submissão ao Congresso Nacional das decisões sobre inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais³³.

Na justificação, os parlamentares embasaram suas intenções com as seguintes alegações:

[...] em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Disso são exemplos a questão das ações afirmativas baseadas em cotas raciais, a questão das células tronco e tantas outras. As decisões proferidas nesses casos carecerão de

³² Cf. site da Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/842630.pdf>

³³ Cf. Emenda da PEC disponível no site da Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>.

legitimidade democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país. Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. [...]

Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo da presente proposição. (Cf. Justificativa da PEC 33/2011, p.5-6)³⁴

Igualmente à anterior, a PEC 33/2011 não foi bem recebida pelos juristas, pela mídia e também por parcela significativa da sociedade. Miranda (2015, p. 43) destaca o cenário político da época em que se deu a aprovação da PEC pela CCJ: “a aprovação da matéria correu logo após o julgamento da Ação Penal n. 470, conhecida como “Caso Mensalão”, razão pela qual, segundo ele, houve uma associação entre a aprovação da PEC na CCJ a uma retaliação do Legislativo face a decisão do STF.

Apesar de sinalizarem uma resposta do Legislativo ao ativismo judicial implementado pelo Judiciário, as duas PECs acabaram arquivadas. Contudo, é válido considerar que as polêmicas em torno das PECs serviram, de algum modo, para fomentar a reflexão acerca das funções dos Judiciário e Legislativo, repensar em alguma medida a relação dos três poderes com a democracia, bem como reavaliar se há, ou não, necessidade de ativismo judicial no cenário atual. Quanto ao último ponto, este será explorado no próximo tópico.

3.5. O ATIVISMO JUDICIAL É NECESSÁRIO?

Considerando o atual contexto social, cujas demandas se alteram numa velocidade aparentemente incompatível com o trabalho do legislativo e também com o fato de que não raramente esse trabalho esteja voltado muito mais para as preferências de uma minoria, indo de encontro aos verdadeiros interesses da sociedade, é inevitável reconhecer no ativismo um instrumento muito mais favorável do que prejudicial.

Teixeira (2012, p. 51), apesar de enxergar o fenômeno como uma patologia constitucional, o reconhece como importante sustentado que:

Mais importante que [...] bradar contra toda e qualquer espécie sua, devemos reconhecer que se trata de uma patologia constitucional **cada vez mais necessária** – desde que na sua vertente positiva -, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado. [Grifo nosso]

³⁴ Cf. Justificação da PEC 33/2011 disponível no site da Câmara dos Deputados: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817

Nessa linha, o autor faz um alerta em forma de indagação baseado na hipótese de um cenário em que o Judiciário, a partir de um critério de negação, decidisse abandonar uma postura ativista e começasse a se omitir diante das violações aos direitos fundamentais, em muitos casos, perpetradas pelo próprio Estado, a quem a sociedade iria recorrer?

É nessa seara que se manifesta a busca pelo Judiciário, o cidadão ao se deparar com a inatividade do Poder Legislativo para regulamentar determinados direitos não encontra outra forma senão buscar garanti-los usando para isso o poder Judiciário e esse poder encontra no ativismo judicial um mecanismo eficiente para suprir isso.

Nessa linha, irá assinalar Ferreira (2017):

A utilização do Ativismo Judicial demonstra ser uma importante ferramenta na busca da efetivação de direitos mínimos no convívio em sociedade e para a aplicação de importantes princípios como a dignidade da pessoa humana, a partir do momento em que o ordenamento jurídico posto demonstra ser insuficiente ou sua aplicação não garante a plenitude no gozo das garantias constitucionais, não parece ser uma afronta à ordem jurídica a prática deste ativismo.

[...] é cediço que o Ativismo Judicial se perfaz por uma importante ferramenta para a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, a partir do momento em que inclui os que margeavam a plenitude do direito ao gozo dos mandamentos constitucionais.

Essa participação ativa do Judiciário visa tão somente concretizar os mandamentos constitucionais ao dar uma resposta ao cidadão que o procura, e nesta esteira de pensamento, não se vislumbra por parte do Judiciário uma tentativa de atrair para si o debate de questões relevantes para a sociedade, o retirando do Legislativo, ou mesmo arrogar a si a função legiferante. Nessa perspectiva, portanto, não faz sentido restringir a atuação ativista do Judiciário.

Impor limitações ao exercício de suas atribuições jurisdicionais por meio da fixação de um parâmetro interpretativo, perante um cenário repleto de omissões estatais, acabaria por dificultar a promoção da justiça, e por conseguinte, a obtenção de direitos por parte dos cidadãos quando estes se utilizassem da via judicial.

Se por um lado o ativismo judicial se mostra necessário como meio de, ao complementar a tomada de decisão do magistrado, satisfazer uma das vias estatais, qual seja, substancialização de direitos previstos, entretanto, carentes de regulamentação, por outro, evidencia tanto a deficiência do Estado de promover suas políticas públicas, quanto uma crise de representatividade. Nesse sentido, Almeida (2016, p. 256)

O engrandecimento do Judiciário decorre diretamente da inoperância das políticas públicas atuais e até mesmo da ausência de políticas públicas relevantes e satisfatórias

para a sociedade, que fomentem através de ações positivadas do Estado, a concretização dos direitos fundamentais.
Ademais, o cenário atual revela a existência de uma crise de representatividade [...]

O poder Legislativo não pode usar sua dificuldade de acompanhar a evolução das demandas da sociedade como pretexto ou mesmo justificativa para suas omissões, assim como a morosidade e a inação desse poder não podem ser um empecilho para a efetivação de direitos. Moro (2004, p. 238) argumenta que não é racional que se espere *ad aeternum*³⁵ que uma norma seja editada pelo Legislativo e afirma:

Como as constituições não mais apenas garantem direitos já assegurados, mas também realizam promessas constitucionais de direitos – como a universalização da saúde e da educação, cuja implementação demanda atuação do poder público, resta evidente que a eficácia da jurisdição constitucional será comprometida caso seja atribuído ao juiz função meramente negativa.

Nessa esteira, Gomes (2002) diz que o juiz não é somente “a boca da lei” e que aplicar o direito em um Estado Democrático de Direito significa, antes de tudo, aplicar a Constituição. Para isso, deve o magistrado interpretá-la consoante os princípios da hermenêutica constitucional e sendo assim:

“Ao adotar como meta a aplicação dos princípios e regras constitucionais e dos princípios da hermenêutica jurídica constitucional, o magistrado muito se distancia daquela postura de falsa “neutralidade” [...] para se tornar um autêntico concretizador dos valores que são, ao mesmo tempo, os fundamentos e objetivos do Estado de Direito Democrático. Sob a égide dos princípios que orientam este, o Juiz torna-se um importante sujeito ativo na aplicação e elaboração do Direito, ou seja, um efetivo participante da construção de uma sociedade autenticamente democrática. É óbvio que tal atitude não é simpática aos inimigos da democracia. A estes, nada melhor que juízes autômatos, dóceis ou indiferentes aos caprichos e desmandos deles.

Com efeito, torna-se difícil sustentar como dispensável a atuação ativista dos magistrados levando-se em conta as inúmeras lacunas legislativas e as rápidas mutações das demandas sociais que afetam a provocação do Judiciário. Ora, muitas vezes para aplicar a lei ao caso concreto de maneira satisfatória é fundamental que o magistrado faça uma interpretação construtivista, não adstrita à literalidade da norma, por essa razão, diante do cenário atual o ativismo judicial se revela necessário.

³⁵ Significa “para toda eternidade”.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial é um fenômeno que surgiu como instrumento para auxiliar na satisfação do pleito da sociedade quando esta, ao se deparar com as inúmeras omissões do poder Legislativo, se viu impelida a buscar no Judiciário uma forma de consubstanciar seus direitos. Como o Judiciário ao ser provocado não pode permanecer inerte, passou a formular suas decisões de maneira ampliativa e, muitas vezes, inovadora levando em consideração interpretações construtivistas.

Esse quadro passou a despertar a preocupação do poder Legislativo haja vista ter evidenciado a ineficiência e a dificuldade deste poder para que, ao exercer sua função precípua, conseguisse corresponder aos anseios de uma sociedade cada vez mais pluralista e em constante mutação.

Enquanto o poder Judiciário buscou se adaptar a essa nova realidade, modificando sua maneira de produzir decisões, o Legislativo focou em tentar obstar o ativismo judicial por meio de mudanças (PECs 33/2011 e 3-A/2011) que implicassem a ampliação de sua competência e à submissão de algumas decisões do Judiciário à sua supervisão.

As PECs acabaram arquivadas porque não foram bem recebidas pela opinião pública. Não há, entretanto, um consenso sobre o tema, dividindo-se as críticas entre os que apoiam a utilização de decisões ativistas e os que alertam que isso denotaria uma interferência na competência do poder Legislativo, uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, representando, inclusive, um risco para a democracia.

De fato, as críticas desfavoráveis devem ser levadas em consideração, porquanto um crescente intervencionismo judicial acabaria por propiciar um desequilíbrio entre os poderes, razão pela qual deve-se evitar a banalização do fenômeno a partir do aperfeiçoamento da atividade legiferante, haja vista que quanto menos lacunas existirem para serem preenchidas pelos magistrados, menor será a utilização do ativismo judicial.

Por outro lado, é forçoso admitir o seu principal aspecto favorável: revelar-se um instrumento imprescindível e eficiente para que os magistrados possam concretizar direitos previstos constitucionalmente, apesar de pendentes de regulamentação. No contexto atual, não há dúvidas de que o ativismo é necessário.

O panorama apresentado, segundo o qual, o poder Legislativo não consegue demonstrar na sua atuação sua compatibilidade em acompanhar e satisfazer os anseios da sociedade nos conduz à seguinte reflexão: reconhecer que o Judiciário, ao mudar sua forma de atuação, buscou

tão somente se adaptar ao novo cenário e às novas demandas para tentar responder satisfatoriamente à sociedade e que isso sinaliza a necessidade do aperfeiçoamento de ambos os poderes no exercício de suas funções.

Outra ponderação que se faz é sobre a rigidez dos papéis estabelecidos na separação de poderes, nesse trabalho não se busca defender que o Judiciário amplie demasiadamente suas funções a ponto de tornar-se detentor de competência legiferante, dado que o lugar propício para o debate acerca das questões da sociedade é mesmo o Legislativo, mas talvez seja o momento de repensar a divisão de poderes no formato em que se encontra.

O modelo de separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos quando foi estabelecido no Brasil, com a rigidez ainda hoje aplicada, tinha como pano de fundo um cenário distinto do atual e com demandas diferentes que justificavam seu caráter rigoroso, contudo, continuar pensando que não se deve admitir em algum grau a flexibilidade de determinadas funções só irá contribuir para que esse sistema se mostre cada vez menos exequível.

A otimização do poder Legislativo não se dará com limitações à atuação do poder Judiciário, e sim, com a implementação de uma reforma política e com novas maneiras de interagir com a sociedade, hoje, muitas delas viabilizadas por meio da internet, isto é, por “vias digitais” como as redes sociais.

O Judiciário, por sua vez, pode aperfeiçoar sua atuação não apenas com o ativismo judicial, mas com a ampliação no rol de possíveis assistentes judiciais aptos a colaborar na construção de decisões melhor fundamentadas fornecendo subsídios relevantes às causas complexas e de grande repercussão social.

Esse trabalho não teve por escopo o esgotamento do tema ativismo judicial, mas sim, a partir da construção de um panorama abordando o fenômeno, como os poderes Legislativo e Judiciário tem se comportado diante dele e suas possíveis consequências, estimular reflexões relativas ao tema, bem como despertar o interesse do leitor para outras abordagens mais aprofundadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, J. A. G.; WEFFORT, F. (Org.). **Montesquieu: sociedade e poder**. In: Os clássicos da política. São Paulo: Ática, 2006.

ALMEIDA, Pamela Ferreira. **O Ativismo judicial e suas implicações no princípio da separação dos poderes**. Revista da Ejuse, Sergipe, n. 25, p. 249-265. 2016.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Editora: Câmara dos Deputados. Brasília, 2013.

ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. **O ativismo judicial da “República togada” e o princípio da legalidade na “democracia parlamentar”: uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sob as luzes da separação dos Poderes e da soberania popular**. 27 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, p. 167-198 (2015). Disponível em <<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-27.oajr>> Acesso em 25 jun. 2017

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Ceajud. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>> Acesso em 25 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Brasília, DF. 2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acesso em 25 jun. 2017.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605>. Acesso em jun. 2017.

GUIMARÃES, Ana Paula Prado. **Ativismo Judicial: A atuação do Supremo Tribunal Federal diante dos casos difíceis**. 2012. 71 f. Monografia (Graduação) – Curso de Bacharelado em Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, 2012.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERREIRA, Aldemar Anderson Gondim. **Ativismo judicial: uma importante ferramenta na efetivação dos Direitos Fundamentais no Brasil**. Revista Jusnavigandi [online] São Paulo,

abr.2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/57118/ativismo-judicial>> Acesso em 25 jun. 2017.

KOERNER, Andrei. **O Ativismo Judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica.** Lua Nova [online]. 2016, n.99, p.233-255. ISSN 0102-6445. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452016000300233&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em 25 jun. 2017.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **A legitimidade do Poder Judiciário e a função de corte constitucional do Supremo Tribunal Federal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 965, 23 fev. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7992>>. Acesso em: 1 jul. 2017

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O ativismo judicial e a ordem constitucional.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n.18. Jul/Dez. 2011

MENEZES, Bruno Paiva. **Ativismo Judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos.** 2013. 45 f. Monografia (Especialização) – curso de Política e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOP), Brasília, 2013.

MESQUITA, Adriano do Almo. **Ativismo judicial e fidelidade partidária.** 2015. 48 f. Monografia (Graduação) – curso de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

MIRANDA, Rafael Almeida Rocha. **Estado judiciário: a legitimidade de o Congresso Nacional controlar decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no âmbito de sua jurisdição constitucional.** 2015. 72 f. Monografia (especialização) – Curso de Parlamento e Direito, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), 2015.

MONTESQUIEU, Barão de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes.** (Murachco, Cristina, Trad.) 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, Daniel Borges de. **O Ativismo judicial do STF e a decretação da perda automática do mandato eletivo dos deputados federais condenados no “mensalão”.** 2015. 120 f. Dissertação (mestrado) – Curso de Pós Graduação do Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOP), Câmara dos Deputados, Brasília, 2015.

MORI, Maria Cristina Lima de. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: limites e possibilidades.** 2012. 73 f. Monografia (Graduação) Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, São Paulo, 2012.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como Democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luiz Roberto. **Ativismo Judicial**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. n.38. p.57-74. 2011.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **O Ativismo do Supremo Tribunal Federal**. Nota Técnica. 2011. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2011_10734_1.pdf> Acesso em 25 jun 2017.

_____. **Ativismo judicial no Brasil: O caso da fidelidade partidária**. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 51, n. 201. Jan-mar. 2014.

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

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos Santos. **Separação de Poderes: Evolução até a Constituição de 1988 – Considerações**. Revista de Informação Legislativa. Ano 29, n. 115 Julho/Setembro. 1992.

SILVA, José Afonso da. **Estrutura e Funcionamento do Poder Legislativo**. Revista de Informação Legislativa. N. 187. Edição Especial. Ano 47. Julho/Setembro. 2010.

SILVA, Paulo Roberto Carvalho da. **Disciplinamento do processo e julgamento do mandado de injunção: uma análise sistemática**. 2012. 110 f. Monografia (especialização) - Curso de Política e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOR) Brasília, 2012.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. 206 f. Tese (Doutorado) Programa de Pós Graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ. 2010.

SOLIANO, Vitor. **Ativismo judicial no Brasil: uma definição**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5514/2937>> Acesso em 25 jun. 2017.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo. p. 37-58. Jan.-Jun. 2012.