

**ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO PRÍNCÍPIO DA SEPARAÇÃO
DE PODERES**

Lucas Gazott Oliveira (lucasgazott@gmail.com)

Aluno de graduação do curso de Direito

Orientador: Wellington Borghi

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade a análise do fenômeno do ativismo judicial, considerando a posição cada vez mais elevada do Poder Judiciário nos Estados Democráticos de Direito, a partir da perspectiva histórico-evolutiva, sendo observado desde o surgimento do termo até a sua aplicação nos dias atuais, com enfoque na aplicação do ativismo no Brasil. Nesse sentido, busca-se a apresentação das etapas do ativismo judicial no âmbito brasileiro, bem como os efeitos positivos e negativos que interferem no princípio da separação de poderes do Estado de Direito. Por fim, diante dos possíveis efeitos negativos ou positivos do ativismo judicial praticado no Brasil, foram examinados trabalhos de autores, cujas obras, apresentam tanto opiniões contrárias, tanto opiniões a favor do ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Judicialização; Judiciário; Constituição.

INTRODUÇÃO

O surgimento do ativismo judicial está relacionado a precedentes históricos, especialmente aqueles atrelados ao campo jurídico Constitucional e da contemporânea corrente de pensamento denominada neoconstitucionalismo.

Assim, todo cenário criado pelo fenômeno do neoconstitucionalismo oportunizou o surgimento e desenvolvimento do ativismo judicial em vários países ao redor do mundo à medida que as constituições fortificaram o Poder Judiciário, especialmente em seus tribunais superiores que possuem a guarda dos objetivos e das disposições constitucionais.

Em outras palavras, o Direito Constitucional vigente, a padronização dos princípios e os novos métodos de interpretação permitiram que o Poder Judiciário estendesse sua atuação em detrimento aos outros poderes, a saber, Legislativo e Executivo. No caso brasileiro, esses poderes se mostraram bastantes ineficazes recorrendo-se, assim, ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, considerado “guardião da Constituição Federal”. Em outros termos, os poderes políticos acabam por se excluir de seu mandato constitucional para lidar com questões políticas, resultando na sobreposição do Judiciário. Vários podem ser os motivos para isso, mas o principal se refere ao zelo da imagem do político perante a sociedade, ou seja, ocorre o não envolvimento questões conflitantes que impossibilitem sua reeleição e, conseqüentemente, a perda do cargo político.

Como resultado, ao longo dos anos, os juízes ganharam poderes amplos sem precedentes, nos quais o Judiciário desempenhou um papel maior até o momento. Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo analisar o exercício jurisdicional, este que se ampliou além de seus limites constitucionais, ocasionando ao magistrado julgar matérias que não são de sua competência, como os assuntos políticos. Toda essa situação só contribui para a disseminação do ativismo judicial.

Para desenvolvimento do tema, a exposição se desenvolverá em quatro capítulos, além da introdução e das considerações finais. Apresentar-se-á, primeiramente, a origem do termo “Judicial Activism” em um contexto global e como o neoconstitucionalismo auxiliou em sua disseminação. Na sequência, abordará a diferença dos termos ativismo judicial e judicialização da política e por fim, será demonstrado as etapas do ativismo no Brasil e seus pontos contrários e favoráveis. Para elaboração do presente artigo foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica.

1 – ORIGEM DA EXPRESSÃO “JUDICIAL ACTIVISM” EM CONTEXTO GLOBAL E A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO EM SUA DISSEMINAÇÃO

O termo ativismo judicial foi incorporado no meio jurídico, após o historiador Arthur Schlesinger Jr. utilizá-lo em uma matéria da revista Fortune intitulada “The Supreme Court: 1947”, em janeiro de 1947 (PINTO, 2018, p.56). Neste texto, o autor classificou alguns dos juízes da Suprema Corte como ativistas judiciais, pois em sua visão eram os juízes que atuavam de forma

proativa na efetivação do estado de bem-estar social. Em contraponto, porém, outros juízes foram classificados como “campeões do autocomedimento”, por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense.

Demonstrado o surgimento do termo, também deve se observar que o ativismo judicial sempre esteve atrelado ao campo do Direito Constitucional e da corrente denominada neoconstitucionalismo. No entendimento de Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo possui as seguintes características: poder normativo e valorização dos princípios; métodos abertos de raciocínio; constitucionalização do direito; reaproximação do Direito e da Moral; e expansão da jurisdição constitucional. Conclui-se assim que o neoconstitucionalismo tem como finalidade aumentar a eficácia da constituição, afastando o texto de um simples caráter retórico para um mais efetivo, principalmente em relação a concretização dos direitos.

Em relação a corrente neoconstitucionalista algumas críticas são lançadas ao modelo vigente e Daniel Sarmento aponta alguns efeitos que, segundo ele, conservam certas características negativas, quais sejam “Supremocracia” ou “Juristocracia”, que corresponde a uma invocação infundada de princípios, utilizados de forma incoerente; e a “Panconstitucionalização” ou “Hiperconstitucionalização”, significando que tudo ou quase tudo positivado na Carta Magna faz do legislador apenas o algoz de medidas já exigidas pelo constituinte, fato que resulta na negação de autonomia do povo.

Evidenciado que o neoconstitucionalismo para conseguir a concretização dos direitos acaba por positivar tudo ou quase tudo na Constituição, fazendo com que dessa forma o Poder Judiciário fique mais fortalecido. E como consequência acaba disseminando ainda mais o fenômeno do ativismo judicial pelo mundo.

Após a criação do termo ativismo judicial e sua consolidação no campo jurídico, devido a contribuição do neoconstitucionalismo, o ativismo passa a se espalhar para o mundo, gerando vários debates devido ao fato do Poder Judiciário “invadir” o campo de competência dos poderes Legislativo e Executivo. Suas raízes foram geradas no território estadunidense devido a atuação e comportamento de sua Suprema Corte. Assim como nos Estados Unidos e no Brasil, os tribunais superiores de outros países têm ganhado grande relevância diante dos grandes conflitos internos

de interesses coletivos. A seguir, estão alguns exemplos de como funciona o ativismo em alguns países da Europa, América e África.

Na Alemanha, o ativismo judicial se manifesta principalmente na interpretação jurídica dos direitos fundamentais conduzidas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Isso porque esses direitos têm o efeito de se propagar por todo ordenamento jurídico, implicando na obrigação de interpretá-los de acordo com os princípios constitucionais, independente das questões jurídicas envolvidas (CAMPOS, 2014, p.100-110). Trata-se, portanto, da constitucionalização do direito. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal Alemão assumiu o papel supremo na promoção dos princípios constitucionais, e o próprio Tribunal abraçou plenamente esse papel ativista, bem como a função de gerar e legitimar mudanças no sistema normativo e na ordem social.

No cenário italiano, deve se destacar as sentenças aditivas, essas que tem a finalidade de se exprimir onde a lei é vaga, ou seja, trata-se de um exercício de inserção. Por meio dessas sentenças, os tribunais italianos assumiram cada vez mais poder político e decisório ao longo dos anos. Essa forma de sentença presume uma lacuna axiológica, o que faz com que o ativismo revele seu aspecto de criação judicial do direito, dessa forma, a Corte italiana assume a atividade de legislador positivo. (CAMPOS, 2014, p.113-122).

Analisando a América Latina, nota-se que os governos democráticos foram se consolidando nas últimas décadas do século XX, impulsionados principalmente pela promulgação de cartas constitucionais em seus países. Essas constituições foram consideradas inovadoras devido à ampliação dos direitos fundamentais e à incorporação dos direitos sociais ao plano constitucional.

Assim, a função primordial dos Tribunais Constitucionais nos últimos anos tem sido a implementação o de novos direitos à medida que, simultaneamente, ganham mais força. E é nessa linha a principal função da Corte colombiana nas últimas décadas. Um exemplo, de grande relevância no cenário colombiano, foi a permissão da constituição da família em favor dos homossexuais, além de impedir sua discriminação (CAMPOS, 2014, p.122-129). A Corte colombiana, da mesma maneira que a italiana, assume o papel de legislador e passa a atuar de forma a integrar a ordem jurídica nacional, como fez com o aborto, ao criar exceções à sua criminalização.

Já na Costa Rica, o ativismo dos tribunais está intimamente relacionado ao desenho institucional, pois ocorreu uma reforma constitucional, no ano de 1989, onde teve como resultado a criação e inclusão de uma “câmara” Suprema Corte. Conhecida como “Sala IV”, a câmara tem a função de julgar matérias constitucionais e fomentar os direitos fundamentais dispostos na Carta Magna. Em razão disso, acredita-se que houve uma grande mudança na forma como o país lida com as questões sociais e judiciais, principalmente em decorrência da mudança no posicionamento do tribunal. A "Sala IV" é hoje identificada como uma das instituições que mais difundiram o ativismo judicial no continente americano.

Campos, assim, assevera que:

“o caso costa-riquenho ensina então que novos desenhos institucionais que promovam a ampliação do acesso às cortes constitucionais, o fortalecimento de suas competências e procedimentos menos rígidos para a declaração de inconstitucionalidade são prováveis de produzir a ascensão políticas dessas cortes”. (CAMPOS, 2014)

Assim, nota-se que a “Sala IV” tem seu poder ampliado com os novos desenhos institucionais, gerando dessa forma um controle desnivelado, em que tal corte se torna capaz de impor restrições aos outros poderes.

Analisando por outra perspectiva se tem o caso do Canadá, onde ativismo judicial foi impulsionado pela promulgação da Carta Canadense de Direitos e Liberdade em 1982. Sendo que o ativismo judicial é verificado por meio de diálogos democráticos, significando dizer que ocorre a interpretação da constituição pelo judiciário em conjunto com outros agentes ligados a estrutura constitucional.

O Tribunal Constitucional do Canadá buscou propagar a ideia de “Carta” como uma “árvore viva”, ou seja, ocorreu a permissão para se aplicar princípios que não estavam expressamente declarados na constituição (CAMPOS, 2014, p.137-141). Seguindo esse entendimento o Tribunal “derrubou” diversas leis, além de atuar em medidas que resultaram na possibilidade do aborto, na permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, na vedação de discriminação dos homossexuais, entre outros. Assim como nos casos expostos, a Corte canadense tem atuado de forma ativista ao resolver litígios políticos, corrompendo funções essenciais dos demais poderes de governo.

Finalmente, na África do Sul, a Corte Constitucional desempenhou um papel extremamente importante na reforma social pós-apartheid, ajudando a alcançar direitos e garantias e a proibir a discriminação. Insta ressaltar que a “Corte Constitucional teve participação extraordinária na própria formação da Constituição de 1996” (CAMPOS, 2014, p.143-148). De todos os Tribunais até aqui exemplificados, o sul-africano é o mais equilibrado, pois, esta corte busca sempre uma atuação conjunta com os demais poderes, alcançando maior êxito na aplicação dos diálogos institucionais. Essa concentração de esforços se deve principalmente pela luta contra as grandes desigualdades raciais vividas no país.

Diante de todo exposto, nota-se que nos últimos anos, houve um grande progresso em escala global quando se trata de ativismo judicial. Seja pela intromissão na função dos demais poderes, seja pela condução das políticas públicas, todas as Cortes obtiveram êxito em propagar e concretizar os direitos sociais e fundamentais dispostos em suas constituições.

Se as informações apresentadas até o momento parecem justificar os objetivos do ativismo, que motivo alguém teria para se opor ou criticar? Quanto a isto, deve se entender que os magistrados não ocupam cargos eletivos, significando dizer que não são os representantes do povo e que, portanto, a atuação fora de sua área de atuação seria uma ofensa ao Princípio Democrático, logo, o sistema judiciário deve ser imparcial e não deve legislar fora de suas restrições legais, o que não é possível quando o Judiciário se torna legislador positivo de forma ordinária. Outro grande problema é a forma do juiz julgar cada caso concreto de uma maneira diferente, conforme o seu humor diário ou conforme suas ideologias políticas de cada momento particular.

2 – DISTINÇÃO ENTRE OS TERMOS ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Grande parte da doutrina associa o termo ativismo a uma conotação negativa, fundamentando que o ativismo estaria ligado a uma decisão judicial marcada por uma arbitrariedade ou usurpação de competência por parte do juiz. Assim, essas circunstâncias são consideradas lesivas ao princípio democrático e ao princípio da separação de poderes. Por outro lado, outra parte da doutrina defende que a atuação do Poder Judiciário deve ser considerada positiva, pois, se tem a efetivação dos direitos consagrados (sociais e fundamentais) na Constituição Federal de 1988, em vista da inércia dos demais

poderes. Além do mais, verifica-se, que, o Estado Constitucional de Direito implementado no Brasil levou com que mais decisões políticas fossem tomadas pelo Poder Judiciário ao invés dos Poderes Executivo e Legislativo. Significando dizer que a tomada de decisões políticas passou a estar passível de ser feita também na via do processo judicial.

Evidenciado esses dois fatores (inércia dos poderes políticos e aproximação de Direito e Política), tem-se o surgimento do termo “judicialização da política”, que pode ser entendido, conforme Pinheiro Pinto, como:

“uma interferência judicial constitucionalmente legítima nas condições da ação dos poderes políticos, viabilizada quando questões políticas são constitucionalizadas e transformadas em questões de direito judicializáveis, quando então caberá ao Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, emitir uma decisão sobre elas”. (PINTO, 2018, p. 56).

O fato de que tudo ou quase tudo está disciplinado pela constituição é um traço marcante dos países que adotam um texto constitucional abrangente, como o caso do Brasil. E, nesse sentido, Sarmento observa que a Constituição brasileira de 1988 torna a judicialização uma realidade para praticamente todos os aspectos da sociedade, pois ela disciplina desde “grandes questões” até “pequenos conflitos”, significando que tudo pode se tornar uma questão constitucional e, portanto, tudo se torna judicializável e passível de ser discutido pelo Supremo Tribunal Federal. Com essa constatação, nota-se que o Poder Judiciário acaba alcançando maior protagonismo em relação aos outros poderes.

Por conseguinte, pode se verificar que, mesmo havendo uma ligação entre os termos, há uma grande diferença conceitual entre ativismo judicial e judicialização da política. Exposto esse primeiro ponto, passa-se, para à análise do conceito de ativismo judicial. Considerando a doutrina nacional, constata-se três situações em que os magistrados atuam de maneira ativista, quais sejam: (1) quando o Judiciário abusa da função legislativa e/ou executiva, utilizando-a(s) de maneira contrária ao preceito posto pela Constituição vigente; (2) subjetivismo do julgador ao decidir com base em valores e posições ideológicas próprias; (3) ativismo como criação judicial do direito .

Em relação a primeira vertente, cabe analisar sobre a divisão dos poderes, ainda mais porque é o assunto disciplinado pela Constituição Federal de 1988, no Título IV, dos artigos 44 ao 135. À luz da Constituição deve se considerar três sentidos ao termo “poder”, assim sendo considerado como função, como órgão ou relacionado a soberania.

A Constituição Federal dispõe do termo “poder” como função nos artigos 44, 76 e 92, onde se tem os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Já no artigo 2º da CF/88 é verificado o poder como órgão, exemplificando os órgãos da União. Além disso, se tem a última definição de poder na forma de soberania, disposto no parágrafo único do artigo primeiro da Constituição de 1988, onde é ressaltado o Princípio da Soberania Popular, através da máxima “Todo poder emana do povo”, que é característica típica de um Estado Democrático de Direito. Importa dizer, que, o artigo 2º da CF/88 também consagra o Princípio da Independência e da Harmonia entre os Poderes, não se olvidando de que esse é um princípio fundamental, assim como o Princípio da Separação de Poderes, que, inclusive, é cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, III da CF.

Realizando uma breve linha evolutiva, as principais teorias sobre a Separação de Poderes são: Aristóteles (240 A.C., com a “tripartição funcional”); Locke (1690, com a “bipartição orgânica”); e, por fim, o modelo idealizado por, Montesquieu (1748, com a “Tripartição orgânica”), que indica a triplicidade de órgãos, cada qual com uma função. Partindo do modelo idealizado por Montesquieu, o constituinte originário, no caso brasileiro, estabeleceu as funções típicas e atípicas para cada um dos poderes. Devendo se considerar função típica a que guarda relação de identidade com a instituição e função atípica a que tem o conceito oposto.

A Constituição de 1988, dispõe que a função típica do Poder Executivo é administrar, enquanto sua função atípica é a legislativa, tendo como exemplo quando ocorre a edição de uma medida provisória (artigo 62, CF), e jurisdicional quando decide um processo administrativo (artigo 5º, inciso LV, CF). Já o Poder Legislativo tem o encargo de criar ato genérico e abstrato, porém também exerce de maneira excepcional, a função executiva ao dispor sobre a organização da Câmara dos Deputados (artigo 51, inciso IV da CF), e a função jurisdicional, no caso de “*impeachment*” (artigo 52, inciso I e parágrafo único da CF).

Por fim, e aqui o assunto de maior ênfase para esse estudo, o Poder Judiciário, esse que tradicionalmente julga com definitividade os conflitos, à medida que, atipicamente, atua nas esferas executivas e legislativas, por exemplo, quando assume a tarefa de administrar um tribunal (artigo 96, I, “f”, CF), e quando atua na edição de súmulas vinculantes (artigo 103-A, CF) e elabora os regimentos internos de seus órgãos, respectivamente.

No período em que foi publicada a EC 45, acabou se gerando grandes divergências entre o meio jurídico brasileiro. Sendo que os defensores fundamentavam que o instrumento favorece o combate da morosidade processual, além, de garantir mais segurança jurídica, através da padronização das decisões. Por outro lado, a oposição defendia que a súmula vinculante ofendia o Princípio da Separação de Poderes, pois consideravam que o Judiciário estaria usurpando a competência do Poder Legislativo.

Apoiados a essa última corrente, estão os denominados doutrinadores Mário Cappelletti e Lênio Streck, com ênfase para os enunciados de Lima e Carvalho:

“[...]conferir-lhe efeito vinculante significa alterar o princípio constitucional que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inc. II, da CF/88), cláusula pétreia não passível de alteração pelo poder constituinte derivado [...] No instante em que o juiz estiver vinculado às normas elaboradas pelo seu próprio Poder, desaparecerá a sua legitimação democrática legal representativa, restando fraturado o princípio da harmonia e da autonomia entre os poderes estatais, porque um estaria subtraindo a competência do outro, para enfeixá-la em poucas mãos.” (LIMA apud SANTOS, p.87, 2011).

Além de examinar a primeira forma de ativismo judicial equivalente ao abuso do Legislativo e Executivo por parte do Judiciário, examina-se uma segunda modalidade, qual seja: a aplicação, por parte dos juízes, de seus próprios valores e ideologias, ou seja, o subjetivismo do julgador.

Aqui, vale destacar que o exercício político deve ser desempenhado pelo Executivo e Legislativo, pois são os que contemplam os cargos eletivos. Logo, para que os atos políticos sejam dotados de legitimidade, é necessário que o agente ocupe um cargo eletivo, logo, seja um representante do povo. E isso é consequência devido ao fato de o Brasil adotar o sistema representativo, onde o povo escolhe através das eleições seus representantes, havendo uma transferência de poderes do grupo majoritário para o minoritário.

Em contraponto, os cargos que compõe o Judiciário são preenchidos conforme aprovação em concurso público para investidura no cargo (art.37, inciso II, CF/88). Nota-se que nessa situação, não há a participação do povo, não existindo a transferência de poderes, portanto, é vedado o julgamento com base em convicções e ideologias particulares e o exercício da política pelos magistrado. Entretanto, devido a muitos assuntos políticos nos últimos anos serem levados ao judiciário e, por força do

Princípio do Acesso à Justiça ou Inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV), acabam se tornando obrigatório de serem analisados e julgados. Em vista esse arranjo, acaba ocorrendo a criação denominada de politização da justiça. Nesse sentido, sobre a politização da justiça, preceitua Ferreira Filho:

“hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela ‘opinião pública’, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massas. Estes ‘profetizam’ os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo- analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias”. (FERREIRA, 1988).

Por fim, a terceira concepção de ativismo está na criação judicial do direito. De acordo com exposto ao longo dessa pesquisa, cabe ao Poder Legislativo criar as normas jurídicas do ordenamento brasileiro, salvo disposição em contrário. Contudo, o cenário brasileiro de criação judicial deixa o processo normativo sob comando do Poder Judiciário.

Após a análise das três formas do ativismo judicial, é importante demonstrar, conforme a doutrina brasileira, o conceito de ativismo judicial. Conforme Elival Ramos deve se entender que:

“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 interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).” (RAMOS, 2010, p.129).

Feito as explanações sobre o conceito de ativismo e judicialização, segue-se para a análise das etapas do ativismo judicial no Brasil.

3 – ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

A Constituição Federal brasileira de 1988 é grande parte das vezes referida como um marco de transição para o ativismo judicial, pois antes dela não se tem muitas informações sobre as atuações ativistas, devido ao fato Judiciário não conter de tanta expressividade em relação aos demais poderes. Em outros termos, significa dizer que o Judiciário ficava nas sombras dos Poderes Executivo e Legislativo e após a Constituição de 1988 ganha mais relevância devido ao aumento dos poderes dos tribunais e dos juízes.

Majoritariamente entende-se que o ativismo judicial no Brasil nasceu primordialmente após 1988, porém, há doutrinadores que concluem que o ativismo já existia antes, sob o fundamento de que há uma “longevidade do debate sobre a separação entre a política e o direito na doutrina brasileira”. Pedro Lessa é um dos defensores desse último posicionamento.

Nesse aspecto, em 1909, ocorre a primeira atuação considerada ativista no Brasil. Verifica-se o ativismo quando o STF decidiu ampliar as hipóteses de cabimento do *Habeas Corpus* (ALVES, 2006), sendo que o arranjo constitucional era mais limitado. O artigo 72, § 22 da Constituição de 1981, assim dispunha:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

(...) § 22. Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violência, ou coacção, por ilegalidade, ou abuso de poder.

Os Ministros do Supremo em 1909, realizaram uma interpretação da norma e expandiram suas hipóteses de cabimento. A ampliação teve como base o entendimento de ser hipótese cabível de *Habeas Corpus* quando a liberdade de locomoção fosse apenas uma forma para ocorrer a efetivação de outros direitos.

De acordo com a doutrina em relação ao tema, esse foi o advento da atuação ativista no Brasil, por ter sido verificado a atuação extraordinária dos magistrados na criação judicial do direito. Pedro Lessa elenca alguns casos concretos julgados durante essa primeira fase ativista no Brasil, dentre eles estão a concessão de *Habeas Corpus* para votar ou desempenhar uma função política eletiva (conforme o Acórdão n. 2990, de 1911) e a concessão de *Habeas Corpus* para o retorno do impúbere transviado à casa dos pais para realização de um testamento ou para recebimento de laudêmio. (LESSA, p.286-287).

Em suma, o período precedente a Constituição de 1988 é considerado como um período de pouca atuação ativista se comparado ao momento posterior, pois, nesse momento, o ativismo judicial era utilizado apenas em casos específicos, diante da presença de institutos processuais, como o *Habeas Corpus* e a tutela possessória.

Já no período após a constituição de 1988, em conjunto com a aprovação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que regulamentou a reforma do Poder Judiciário, abriram novos espaços para a execução da função jurisdicional no Brasil, essa etapa foi marcada pelo significativo aumento do ativismo judicial.

A partir do ano de 2004, o Supremo Tribunal Federal começa a julgar temas que, até então, eram dirimidos pelas autoridades de cargos eletivos, a exemplo os temas relacionados a políticas públicas. Com efeito, a doutrina começa a concluir que a difusão do ativismo pós Constituição de 1988 estaria alicerçada na inércia do Poder Público, na realização de políticas públicas. Outro fator que deve ser destacado, é a “Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais de eficácia limitada”, que significa a falta de regulamentação uma ausência de regulamentação infraconstitucional das normas constitucionais que demandem complementação de seu texto pela via da legislação. (LENZA, 2017, p.64-68).

Assim, diante desses aspectos e analisando a literatura jurídica nacional, verifica-se que o STF atuou de maneira ativista nas temáticas relacionadas à

“abstrativização do controle difuso (ou teoria da transcendência dos motivos determinantes – Reclamação n.4335), perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária, verticalização das coligações partidárias (ADI n. 2626 e n.2628) e súmula vinculante sobre o nepotismo (súmula vinculante n. 13) (...) também acusadas de ativistas as decisões que envolvem a judicialização de prestações de saúde e de educação.” (GROSTEIN, 2019, p. 161-164).

Passa-se à análise de alguns casos. Quanto a questão do nepotismo, debatido na súmula vinculante n°13 e na Ação Declaratória de Constitucionalidade n°12, nota – se o ativismo na modalidade de julgamento orientado pelo resultado. Aqui, se expõe que houve o ativismo no desenvolvimento da súmula, pois, sua criação foi motivada na “vontade política do STF de compensar a inação do legislador em sanar o nepotismo”. Verifica-se que a vedação em relação a nomeação de parentes para ocupar cargo ou função pública, era designada somente ao Judiciário que, com a inovação determinada pela súmula, foi estendida ao Executivo e ao Legislativo. Logo, trata-se de uma decisão sem amparo legal expresso, onde o STF assume a função de legislador positivo por meio da súmula vinculante, legislando de acordo com suas convicções pessoais.

Já no cenário da reclamação nº 4335/AC, que trata da teoria da transcendência dos motivos determinantes, o ativismo ocorre na modalidade de criação judicial do direito. Os ministros do STF, Gilmar Mendes e Eros Grau julgaram no sentido de ampliar a legitimidade para a propositura da Reclamação Constitucional. Ocorrendo assim, que qualquer sujeito, se sentindo prejudicado no processo de origem, poderia entrar com uma Reclamação Constitucional, mesmo que não esteja presente em um dos polos do processo de origem. A Reclamação Constitucional, conforme o dispositivo legal que a regulamenta, é um instituto que visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões. Segundo a doutrina, o legislador não se remeteu a todas decisões, mas sim àquelas de caráter vinculante e com efeitos ergas omnes.

Os ministros defenderam a tese no sentido de ter ocorrido a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF/88, em resumo, significa dizer que as decisões incidentais declaratórias de inconstitucionalidade deveriam produzir efeitos erga omnes. (GROSTEIN, 2019, p.180)

A crítica doutrinária, nesse caso, assegura que o objetivo foi de “fazer migrar o papel do STF de legislador negativo para poder constituinte reformador, na medida em que se suprime uma competência privativa do Senado, em ofensa à separação de poderes.” Portanto, ocorreu a tentativa de aplicação dos mesmos efeitos aos controles difuso e concentrado de constitucionalidade ao atribuir-lhes simultaneamente a eficácia erga omnes e retirar, assim, a função reservada ao Legislativo, na figura do Senado, de conferir efeitos ‘ultra partes’ às decisões que teriam apenas efeitos interpartes. Logo, considera-se ativismo judicial, no formato de criação judicial do direito, a tentativa de mutação constitucional sobre o inciso X, do artigo 52 da CF.

Por fim, em relação à questão da perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária, esse tema se baseia no princípio da fidelidade partidária. Tal princípio compreende que o “mandatário eleito em um sistema proporcional deve se manter fiel ao partido pelo qual alcançou o sucesso eleitoral, sob pena de perda do mandato”. Nesse caso, a doutrina compreende que o ativismo judicial tem o mesmo aspecto da criação judicial do direito, devido a criação de um rol de exceções, por meio jurisprudência, estabelecendo hipóteses em que o eleito pode deixar o partido sem que isso resulte em infidelidade partidária. O ativismo da Corte Eleitoral é gerado devido que a criação do rol de exceções foi desenvolvida de uma forma estritamente arbitrária, onde se baseou nas concepções pessoais dos magistrados. O TSE, com chancela do STF, que permitiu a edição da Resolução n. 22.610 de 2007, legislou em matéria reservada a Constituição (art.55, CF). Além

disso, a Corte também assumiu o papel do legislador ordinário regulamentando conteúdo compreendido pelo Direito Processual Civil Eleitoral.

4 – POSIÇÕES DIVERGENTES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

A defesa do ativismo judicial não é partilhada por toda a doutrina. Vários autores criticam a posição ativa dos magistrados, justificando ser esta a era da “juristocracia”, em que desponta na sociedade uma classe de juízes que buscam ser “super-heróis”.

Na corrente contrária, o ativismo judicial é considerado como a usurpação de funções feita pelo Poder Judiciário em relação aos demais poderes, ou seja, o Judiciário atua além dos limites impostos pelo nosso ordenamento jurídico.

Conforme Lênio Streck, possivelmente o maior crítico do ativismo do Brasil, descreve o ativismo como:

“o ativismo judicial representa uma ação que ultrapassou os limites que a atividade do juiz deve receber [...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)” (STRECK, 2011, p. 589).

Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.

Já em relação a corrente favorável ao ativismo judicial, é demonstrado como o modo proativo e expansivo de interpretação da Constituição, de forma que quando o legislador ordinário se tenha mostrado inerte, poderá o Judiciário realizar tal função.

É o que afirma o ministro Luís Roberto Barroso, que teve uma decisão monocrática analisada no presente e classificada como ativista: “o fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais”. O jurista ainda explica a função do ativismo judicial na aplicação dos direitos das minorias:

“A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário [...] e aí é que está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Ativismo e contenção judicial desenvolvem uma trajetória pendular nos diferentes países democráticos. Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável.” (BARROSO, 2008).

Em resumo, o argumento aponta o ativismo judicial como forma de atribuir maior celeridade às demandas e suprir a inércia do Legislativo e Executivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho foi mostrado a origem do termo “ativismo judicial” e suas aplicações em alguns países do mundo, com ênfase na atuação do Poder Judiciário no Brasil.

Nas últimas décadas, os tribunais constitucionais tiveram seus poderes ampliados, devido ao crescimento do neoconstitucionalismo, isso elevou os níveis do ativismo judicial. Com esse aumento o judiciário tem tomado a liderança na condução de questões de repercussão geral e de grande interesse coletivo.

É notável que o ativismo judicial contribui para concretização dos direitos fundamentais, no entanto, isso não deve afastar a aplicação do Princípio Democrático e da Separação de Poderes, que também são fundamentais. Pois, mesmo que por um lado consiga concretizar os direitos fundamentais, por outro lado verifica-se que ocorre uma cooperação desbalanceada entre os poderes de governo, ficando claro que os contornos atuais estão marcados pela Juristocracia (governo dos juízes).

Nesse estudo, de acordo com a literatura jurídica examinada, constataram -se três modelos de ativismo judicial, quais são: 1) caso em que o Judiciário abusa da função legislativa e/ou executiva,

utilizando-a de maneira ordinária em notória oposição ao posto pela Constituição de 1988, que prezou pela excepcionalidade de tal ato; (2) subjetivismo do julgador ao decidir, com base em valores e posições ideológicas próprias; (3) ativismo como criação judicial do direito.

Diante do abordado no presente trabalho, fica evidenciado que o ativismo judicial interfere negativamente no princípio da separação de poderes, pois, os magistrados (Poder Judiciário) ao decidir com suas convicções e ideologias, acabam por ultrapassar os limites impostos por nosso ordenamento jurídico. Considerando que os magistrados não são escolhidos pelo povo e sim conforme aprovação em concurso, logo, não existe a transferência de poder para os juízes, portanto é vedado as decisões com base simplesmente em suas ideologias particulares e o exercício da política pelos magistrados, sendo este fato uma clara ofensa ao princípio da separação de poderes.

Por fim, em razão de ser um tema de grande debate, onde se tem vários argumentos conflitantes foi demonstrado opiniões contrárias e favoráveis sobre o ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

1. ALVES, Luís Carlos Martins. O Habeas Corpus. 2006. Disponível em : <https://jus.com.br/artigos/9248/o-habeas-corpus>.
2. BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. 2010. Disponível em: <http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicialdireito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 03 out. 2022
3. BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 2008. Disponível em; https://www.conjur.com.br/2008-dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5. Acesso em: 01 out. 2022.
4. BARROSO, Luiz Roberto. O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuição teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2014.
5. BRASIL. Constituição (1891). Constituição Federal de 1891. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em: 20 jul. 2022.
6. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

7. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. 1994. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407/46734>. Acesso em: 25 jul. 2022.
8. GROSTEIN, Julio. Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.
9. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
10. LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
11. PINTO, Hélio Pinheiro. Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte: Fórum Ltda, 2018.
12. RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: [https://newlaw.com.br/jurimetria/direito/#:~:text=Jurimetria%20%20a%20estat%20%20aplicada%20ao%20Direito.&text=Segundo%20a%20ABJ%20\(Associa%20%20Brasileira,fazer%20parte%20do%20mundo%20jur%20dico](https://newlaw.com.br/jurimetria/direito/#:~:text=Jurimetria%20%20a%20estat%20%20aplicada%20ao%20Direito.&text=Segundo%20a%20ABJ%20(Associa%20%20Brasileira,fazer%20parte%20do%20mundo%20jur%20dico). Acesso em: 25. ago.2022
13. SANTOS, Ruan Pereira dos. Um olhar crítico sobre o instituto da Súmula Vinculante. Seara Jurídica, Bahia, v. 1, n. 5, p. 72-95, jan. 2011. Disponível em: http://web.unijorge.edu.br/sites/searajuridica/pdf/anteriores/2011/1/searajuridica_2011_1_pag72.pdf. Acesso em: 08 ago. 2022.
14. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Disponível em: <https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>. Acesso em: 15 jul.2022.
15. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em: 01 ago.2022.
16. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre. p. 104-105.
17. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
18. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
19. TEIXEIRA, Anderson. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV vol.8 no.1 São Paulo.2012.