



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Marco Aurélio Oliveira de Farias

Msc. Célio Rodrigues da Cruz

Aracaju

2020

MARCO AURÉLIO OLIVEIRA DE FARIAS

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso –
Artigo apresentado ao Curso de Direito
da Universidade Tiradentes – UNIT,
como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora

Prof. Msc. Célio Rodrigues da Cruz
Professor Orientador
Universidade Tiradentes

Prof. Dr. José Gomes de Britto Neto
Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Prof. Deivison de Castro Rodrigues
Professor Examinador
Universidade do Tocantins

ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE SEPARATION OF POWERS

Marco Aurélio Oliveira de Farias¹

RESUMO

O artigo conceitua ativismo judicial e judicialização, apresentando as diferenças entre eles. Analisa a história do ativismo judicial mostrando o início da utilização do termo e avalia um caso simbólico que foi decidido pela Suprema Corte Americana em 1803 (*Marbury v. Madison*). Faz um histórico da redemocratização do Brasil, culminando com a Assembleia Nacional Constituinte e a promulgação da Constituição de 1988, mostrando às características da Carta Magna que levam à judicialização. A metodologia utilizada foi a pesquisa em artigos e revistas jurídicas na internet e livros.

Apresenta alguns casos de ativismo judicial, inclusive um suposto caso ocorrido durante a pandemia do novo Corona Vírus. Com intuito de desmistificar e mostrar a importância de uma definição clara e abrangente sobre esse tema e sua importância jurídica e social, pois de acordo com o entendimento da sociedade sobre o tema, nosso Supremo Tribunal Federal é muitas vezes em suas decisões considerado ativista, quando na realidade está apenas cumprindo a sua missão de guardião da Constituição, mas é importante também que a sociedade esteja vigilante para avaliar às decisões do Poder Judiciário que ultrapassem à linha tênue da separação dos poderes, já que seus membros não foram eleitos e em hipótese nenhuma devem tomar decisões que firam o princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Covid-19. Judicialização. Separação dos Poderes.

ABSTRACT

The article conceptualizes judicial activism and judicialization, presenting the differences between them. It analyzes the history of judicial activism showing the beginning of the use of the term and evaluates a symbolic case that was decided by the American Supreme Court in 1803 (*Marbury v. Madson*). It makes a history of the redemocratization of Brazil, culminating in the National Constituent Assembly and the promulgation of the 1988 Constitution, showing the characteristics of the Magna Carta that lead to judicialization. It presents some cases of judicial activism, including an alleged case that occurred during the pandemic of the new Corona Virus. In order to demystify and show the importance of a clear and comprehensive definition on this topic and its legal and social importance, as according to society's understanding of the subject, our Supreme Federal Court is often in its decisions considered activist when in reality is only fulfilling its mission as guardian of the Constitution, but it is also important that society be vigilant in evaluating the decisions of the Judiciary that go beyond the fine line of separation of powers, since its members were not elected and under no circumstances should make decisions that undermine the principle of separation of powers. The methodology used was the search for articles on legal magazines on the internet and books.

Keywords: Judicial activism. Covid-19. Judicialization; Separation of powers.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes UNIT. E-mail: marco.oliveira@souunit.com.br

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo apresentar um retrato histórico do ativismo judicial e a partir daí conceitua-lo e analisar até que ponto afeta o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes e se ele seria a extrapolação das funções do Poder Legislativo, bem como as suas consequências à democracia, e as vantagens e desvantagens da sua utilização. Ademais, avalia se o ativismo judicial compromete à harmonia entre os poderes e com isso afetar o processo democrático, pois decisões importantes seriam tomadas por juízes que não foram eleitos pelo povo.

Desta forma, é possível avaliar a importância do tema, pois a sociedade precisa ficar atenta se está havendo uma ampliação das funções do Poder Judiciário, composto por membros que não recebem votos, afetando o princípio da separação dos poderes e ferindo assim a democracia, pois decisões importantes não estariam sendo discutidas pelos representantes do povo no Parlamento. Por outro lado, o conhecimento do tema leva a uma definição justa em relação às decisões tomadas pelo Poder Judiciário já que em muitos casos suas decisões estão apenas cumprindo o que é definido na Carta Magna, não representando em hipótese alguma ativismo judicial, pois nossa Constituição traz nos seus enunciados uma série de direitos fundamentais que devem ser respeitados por todos, e é papel do Poder Judiciário garantir o devido cumprimento desses direitos. Então, ativismo judicial por parte do Poder Judiciário é um tema de grande relevância, pois decisões da Suprema Corte repercutem por muitos e muitos anos e a democracia e a vontade dos eleitores, devem ser respeitadas e votadas no Congresso Nacional e não decididas por juízes.

É importante o tema abordado nesse artigo, pois apesar da análise na qual o ativismo judicial não é uma atitude que deve ser utilizada pelo Poder Judiciário, para não afetar o princípio da separação dos poderes, não é possível a maioria vencedora de um pleito eleitoral em nome da democracia, querer restringir garantias constitucionais e direitos fundamentais da minoria e com isso desrespeitar a Constituição. Nesse momento o Poder Judiciário com as suas prerrogativas de evitar qualquer tipo de violação das garantias e direitos Constitucionais, deve decidir com o objetivo de evitar qualquer tipo de desrespeito que em nome da democracia fira os princípios constitucionais.

A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica, através de livros, artigos e revistas jurídicas na Internet.

Em seu desenvolvimento, o trabalho foi dividido em alguns tópicos, onde: no primeiro é apresentada a evolução histórica do ativismo judicial, em especial dos Estados Unidos da América que foi o país que teve a primeira Constituição escrita, promulgada em 1787 na Convenção da Filadélfia, além do panorama histórico a respeito da Suprema Corte norte-americana de 1947. No segundo, o artigo trata do ativismo judicial frente à separação dos poderes, iniciando com uma descrição sobre os primórdios desta teoria, com as reflexões de Aristóteles sobre o tema, até a sua elaboração por Montesquieu, baseado em relatos anteriormente escritos, dentre eles, a “República”, de Platão. No terceiro, são apresentados alguns exemplos de ativismo judicial no Brasil. Por último, tem-se, a explanação sobre as posições favoráveis e críticas em relação à postura ativista do Poder Judiciário.

2 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é a tentativa do Poder Judiciário, mais especificamente a Suprema Corte, em atuar de forma mais ampla na resolução de questões constitucionais. Há diferentes opiniões em relação ao ativismo judicial, alguns entendem que essa atitude ativista é indispensável à concretização dos direitos fundamentais, por entenderem que esse poder tem a função de resguardar esses direitos. Outros entendem que o ativismo judicial vai de encontro ao princípio da divisão de poderes, que está previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Para esses, o entendimento é no sentido de que essa forma de agir do judiciário interfere nas competências dos demais poderes, ultrapassando a linha tênue que separa os três poderes.

O conceito de ativismo judicial pode ser compreendido como uma atitude proativa do Poder Judiciário, visando atender a demandas sociais e inclusive as omissões de atuação deixadas por ineficiência dos demais poderes, nesse sentido, Barroso (2012, p. 25-26) faz observação em relação à participação do Poder Judiciário no desenvolvimento social.

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.

Quem primeiro usou o termo “ativismo judicial” foi Arthur Schlesinger Jr, um historiador norte-americano, que publicou na Revista Fortune um artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, publicado em janeiro de 1947.

Neste artigo, Schlesinger apresentou a seguinte afirmação: quando a Corte se declara como uma instituição primordial à sociedade e ao país, ocorrerá um implacável julgamento crítico em tudo que envolva suas decisões, considerando que este entendia que pelo fato das decisões da Suprema Corte ajudarem a moldar a nação por vários anos, era importante saber as questões que dividiam os juízes da Suprema Corte norte-americana.

A conclusão que Schlesinger chegou, foi que a Corte tomava decisões (tanto intelectualmente quanto pessoalmente) de forma dividida e existiam dois grupos: os ativistas e os autorrestritivos. Já alguns juízes, de acordo com o caso, alinhavam-se com um ou outro grupo, existindo um equilíbrio entre o ativismo judicial e a autorrestrição judicial, só se extinguindo tal prática quando os juízes Murphy e Rutledge morreram. (CAMPOS, 2014)

Schlesinger sugere ainda que o termo “ativismo judicial” é o oposto de “autorrestrição judicial”. Para ele, no intuito de fomentar o desenvolvimento do direito das minorias, dos pobres e a promoção das liberdades civis, aqueles juízes que utilizam o ativismo judicial, acabam interferindo no Poder Legislativo, ou seja, na vontade do legislador, chegando até à correção judicial dos equívocos deste.

Schlesinger concluiu que às diferenças entre os juízes ativistas e os que apoiavam a autorrestrição judicial, eram na realidade um conflito fundamental em relação ao papel do judiciário em uma democracia. Chegou a essa conclusão ao analisar as divergências intelectuais e as disputas que ocorriam entre as várias personalidades judiciais da Corte. A discussão foi no campo político-institucional e não apenas jurídico-metodológico, sendo que a decisão entre ativismo e autorrestrição judicial significaria definir qual espaço decisório da Suprema Corte no sistema político e constitucional do país. (CAMPOS, 2014)

2.1 PRIMÓRDIOS DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO *MARBURY V. MADISON*

Até a nomeação de John Marshall como *chief Justice* em 1801, a Suprema Corte norte-americana não tinha importância na vida política da nação. Ele deu identidade institucional à corte, fazendo com que aumentasse a credibilidade e a importância no ambiente político dos Estados Unidos. O voto de Marshall na sua decisão de 1803, *Marbury*

v. *Madison*, foi a mais importante declaração de autoridade da Corte na presidência de Marshall. Além disso, afirmou o poder desta para julgar inconstitucional e com isso não aplicar uma lei federal incompatível à Constituição. Essa foi a primeira afirmação da Suprema Corte de seu poder de *judicial review*, no governo norte-americano e representa a ideia central do papel da Corte no sistema. (CAMPOS, 2012)

O caso em questão é o seguinte, o terceiro Presidente norte-americano, Thomas Jefferson ordenou que Madison, seu secretário de estado, não permitisse a investidura de Marbury no cargo de juiz de paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo Presidente John Adams, em seus últimos dias de governo. Thomas Jefferson, derrotou Adams nas eleições de 1800. Diante desta negativa da sua investidura no cargo de juiz de paz, Marbury impetrou um mandado de segurança (*writ of mandamus*) utilizando a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que outorgava à Suprema Corte a competência originária para julgar mandado de segurança contra autoridades públicas, nesse caso específico o secretário de estado do governo federal. A decisão da Suprema Corte liderada por Marshall, foi no sentido de reconhecer sua jurisdição originária como determinava a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789 e o direito de Marbury ao cargo. Porém, alegando que no seu artigo III da Constituição, não lhe outorga essa jurisdição originária, mas apenas jurisdição em sede de recurso, negando o mandado de segurança. O Congresso não poderia ter expandido a jurisdição da Suprema Corte, utilizando a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, para além do determinado no texto Constitucional. A lógica nesse caso foi que a Constituição é a Lei Maior, não podendo ser modificada por meios ordinários e o pensamento contrário, destruiria o próprio fundamento das Constituições escritas; desta forma, não é lei ou um ato legislativo que vai de encontro à Constituição e nesse caso é ato nulo, sendo competência da Suprema Corte declarar tal nulidade. (CAMPOS, 2014)

Esse caso mostra lições importantes, tais como: que a *judicial review* já surgiu ativista, e o ativismo judicial é multidimensional, com mais de uma face ativista, uma desconsideração em relação ao Congresso Nacional e autoafirmação de um espetacular poder decisório da Corte, sem uma clara previsão constitucional e, ao mesmo tempo, autorrestrrição judicial, quando negou o controle originário aos atos de altas autoridades do governo. (CAMPOS, 2014)

2.2 DISTINÇÃO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.” (Barroso, 2012, p. 25). O Ministro do STF, Luís Roberto Barroso afirmou que a judicialização e o ativismo judicial apesar de serem parecidos, não são a mesma coisa. A judicialização trata-se do resultado do modelo constitucional adotado, desta forma, na judicialização o judiciário atua porque assim está determinado na Constituição, a função de decidir. Já o ativismo judicial é uma escolha que o Poder Judiciário faz ao interpretar a Constituição e na maioria das vezes amplia a sua abordagem. (MEDEIROS, 2016)

Existem muitas causas para esse problema, algumas demonstram uma tendência mundial; já outras concatenam à representação do modelo institucional brasileiro. Barroso demonstra que uma grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, culminando com a promulgação da Constituição de 1988. O Judiciário não é mais um departamento-especializado, com a recuperação das garantias dos juízes passou a ser um verdadeiro poder político, que é capaz de fazer valer a Constituição e as leis, nem que para isso seja necessário o confronto com outros Poderes, devido aos acontecimentos ao longo das últimas décadas. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros, já não foram mais investidos nos seus cargos pelo regime militar. Em outro aspecto, a cidadania foi reavivada pelo ambiente democrático, amplos segmentos da população passaram a ter maior nível de informação e de consciência de direitos e passaram a buscar a proteção de juízes e tribunais para a proteção dos seus interesses. Dois outros aspectos que Barroso apresenta são: a expansão institucional do Ministério Público, tendo aumentada a relevância da sua atuação fora da área estritamente penal e também em diferentes partes do Brasil, a presença crescente da Defensoria Pública. Em resumo, o Poder Judiciário foi fortalecido expandido com a redemocratização e também aumentou a procura por justiça na sociedade brasileira.

Outro aspecto relevante foi a constitucionalização abrangente que incluiu na Carta Magna várias matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária e para o processo político majoritário. Isso também ocorreu com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), demonstrando uma tendência mundial. Destacando ainda que a Constituição Federal de 1988 é analítica, ambiciosa e demonstra desconfiança do legislador, pois constitucionalizar um determinado tema significa transformar Política em Direito. Se uma norma constitucional disciplina um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público, ela passa a ser

potencialmente, uma pretensão jurídica que pode ser pleiteada através de uma ação judicial. Barroso cita os exemplos do acesso ao ensino fundamental e do meio-ambiente equilibrado. Como a Constituição os assegura, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao judiciário a discussão de ações concretas ou políticas públicas para essas áreas. (BARROSO, 2009)

2.3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil também ocorre o ativismo judicial, porém mais especificamente no Supremo Tribunal Federal. Diferentemente do que ocorre em outros países como o Canadá, Alemanha, Itália e especialmente nos Estados Unidos, o debate sobre esse tema em nosso país é relativamente recente. A discussão acadêmica tendo se intensificado somente a partir da primeira metade deste século, com o aumento de textos monográficos e coletâneas específicas. Na dimensão política, há apenas discussões pontuais, ou no caso de decisões particulares, oposições. Não ocorrem reações significativas com intuito de limitar os poderes decisórios do Supremo e elevar o controle do Parlamento sobre a Corte. O ativismo judicial, começa a ganhar espaço na mídia visando especialmente discutir a lacuna institucional dos outros poderes. Sendo a ascensão institucional do Poder Judiciário, o motivo do início do debate sobre o ativismo judicial no Brasil, em especial do Supremo Tribunal Federal, fenômeno ligado à promulgação da Constituição Federal de 1988, ganhando escopo nos últimos anos do século XX e no início do século XXI. (CAMPOS, 2014)

Na realidade, o Brasil ainda se encontra em passos lentos no debate sobre ativismo judicial, pois anteriormente o judiciário brasileiro era criticado justamente pelo inverso, pois entendiam que ele era omissivo e que se cumpliciava com os donos do poder, ou seja, críticas inversas de ativismo. Desta forma, iniciando recentemente o debate sobre ativismo judicial, com uma mudança de paradigma.

Como já dito anteriormente, a partir da promulgação da Constituição de 1988 e com a redemocratização do país, viu-se uma ampliação do papel institucional do Judiciário. Importantes mudanças institucionais, como a ampliação do acesso à justiça, através da criação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública, dentre outros; o fortalecimento do Ministério Público, os instrumentos processuais de defesa dos cidadãos foram aperfeiçoados, tais como a Ação Civil Pública, a Ação Popular e a Ação de Improbidade Administrativa, tudo isso somado ao aperfeiçoamento da consciência e mobilização da sociedade civil em relação aos seus direitos, fazendo com que o Judiciário se

elevasse no controle dos poderes políticos e na mediação de conflitos que envolviam a efetivação desses direitos.

Tornando comuns decisões em primeira e segunda instância, em ações civis públicas ou em litígios individuais, que afetavam diretamente em políticas públicas e sociais, em especial nos governos estaduais e municipais. Podendo citar, a título de exemplo: as políticas de moradia, urbanização, meio-ambiente, educação, do sistema prisional, dentre outras, mas principalmente, políticas públicas de saúde, nas quais recebem constantes intervenções judiciais em todo o Brasil. Além da frequente intervenção judicial em resultados dos processos eleitorais, aumentando a cada ano decisões que afastam e até condenam vereadores e prefeitos de diversos municípios por abuso de poder econômico durante as eleições ou por improbidade durante o governo. (CAMPOS, 2014)

3 ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À SEPARAÇÃO DOS PODERES

Aristóteles de forma superficial foi o primeiro a conceituar o que é conhecido hoje por teoria da Tripartição dos Poderes elaborada por Montesquieu, baseado em relatos anteriormente escritos como “A República” de Platão. Maquiavel por sua vez, com a criação da sua obra “O Príncipe”, trouxe uma contribuição com a separação dos poderes. É importante salientar que ele descreveu três poderes existentes na França com vários artifícios, sendo estes o Parlamento (Legislativo), o Rei (Executivo) e por sua vez, um judiciário autônomo. O objetivo era proteger a imagem do Rei, pois o mesmo não iria mais mediar conflitos. (FIORI *et al*, 2019)

Já na obra “O Segundo Tratado do Governo Civil”, John Locke apresenta a separação dos poderes doutrinariamente, defendendo a Revolução Gloriosa (1688), a qual instaurou uma Monarquia Parlamentarista na Inglaterra, apresentando a divisão de poderes do Estado dividida em: Legislativo, Executivo e Federativo. Locke afirma em sua obra, que o poder supremo é o Legislativo, mas com limitações aos direitos naturais, além disso, apresenta o dever deste poder em legislar sempre protegendo a vida, a propriedade e a liberdade, ou seja, para o bem do povo. Em relação aos poderes Executivo e Federativo, o referido autor argumentava que tinham a função de executar as leis positivas. Locke não reconheceu uma separação rígida dos poderes, divergindo assim de Aristóteles, mas descrevia uma série de funções de interferência do poder Executivo no Poder Legislativo e Judiciário, tendo a prerrogativa de agir livremente onde não havia lei e expedir legislação, e/ou agir de forma

contrária a lei vigente, mesmo sem aprovação do Legislativo, tudo isso sempre tendo em vista o bem público sem conformar-se às regras vigentes. (FIORI *et al*, 2019)

Conforme mencionado por Fiori *et al*. (2019), apenas em 1748, com a obra “*De L’Espitit des Lois*” de Montesquieu, a teoria da separação dos poderes ganha conformação. Em relação à separação dos poderes a obra estudada é sempre Montesquieu, pois sua contribuição ideológica está presente em quase totalidade das Constituições. Apresentando uma crítica ao poder exercido apenas pelo Rei, pois argumentava a necessidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em todo o governo. Montesquieu entendia que o Poder Executivo deveria estar nas mãos de um Monarca, devido à necessidade de ações rápidas e instantâneas e por isso, não seria interessante está dividido entre várias pessoas. Já o Poder Legislativo seria melhor ordenado por muitos. Ademais, este não só separava os Poderes, como também pregava a autonomia e a harmonia entre eles. Sendo que para atingir esse objetivo, defendia a tese na qual todos deveriam ser submissos a lei.

A teoria dos freios e contrapesos é evidenciada na obra de Montesquieu, apresentando a harmonia entre os poderes e havendo a possibilidade de controle entre estes, evitando abusos, surgindo como exemplo, o controle de constitucionalidade que é exercido pelo Judiciário sobre leis elaboradas pelo Legislativo. Montesquieu inovou ainda em relação à obra de Locke, justamente por introduzir a ideia de controle de um poder sobre o outro. A ideia de poder contra poder não é constituída somente por duas instâncias que se enfraquecem por se responsabilizar unicamente por uma parte das atividades do governo, essa era a razão defendida por Locke. Mais que isso era a possibilidade de um poder impedir ou punir o abuso do outro. Podendo ser citado alguns controles: 1) o veto do Executivo sobre o Legislativo, e 2) o Legislativo ter o direito de punir funcionários do Executivo, por exemplo, Ministros; seria uma forma de compensar a incapacidade do Legislativo de vetar o Executivo. (FIORI *et al*, 2019)

3.1 A PROIBIÇÃO DO *NON LIQUET* E AS OMISSÕES DO PODER LEGISLATIVO

Non Liquet é uma palavra proveniente do latim e significa: não está claro. Era utilizada em casos em que o juiz não encontrava uma norma jurídica que fosse nítida para fazer o julgamento, e desta forma, deixava de julgar. Em outras palavras, na existência de uma lacuna na lei, o juiz não se comprometia a julgar com a alegação de que estava diante de uma incerteza jurídica.

No modelo constitucional adotado no Brasil atualmente, há a proibição do *non liquet*, no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, ao qual destaca: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”, desta forma o juiz não pode deixar de julgar um caso que lhe foi atribuído, alegando que existem lacunas na lei, pois ainda que a lei seja omissa, o Direito é completo, sendo assim o juiz terá que decidir o caso baseando-se em outras fontes do direito, como estabelecido pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Desta forma, percebe-se que o Poder Judiciário se expande no momento em que a lei se mostra omissa, sendo da sua competência a interpretação da norma, utilizando analogias, costumes ou princípios gerais do direito, com o objetivo de chegar a uma resolução, obtendo assim uma integração normativa. Essas integrações normativas são uma forma de ativismo judicial necessário, confirmando a tese na qual essa atuação não é necessariamente prejudicial, pelo fato de auxiliar a efetivação dos preceitos constitucionais, que mesmo adotando o modelo proposto por Montesquieu, dá competência ao judiciário de decidir quando ocorre algum conflito entre os poderes. (SIQUEIRA, 2019)

3.2 OBJEÇÕES À ATUAÇÃO EXPANSIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Não é possível negar, que existem objeções à crescente atuação do Poder Judiciário, pelo fato de apresentar riscos à legitimidade democrática, além da possibilidade de uma possível politização da justiça. Considerando que no que diz respeito a este Poder, seus agentes não foram eleitos e apesar disso, podem invalidar atos dos outros poderes, sendo a justificativa para que um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal tem de sobrepor a uma decisão do Presidente da República, com objetivo do ideal do Estado constitucional democrático. Questão destacada por Barroso (2009) como denominada de dificuldade contramajoritária.

O Estado constitucional democrático se origina da união de pensamentos divergentes, sendo que o termo constitucional se refere ao Estado ser limitado por uma Constituição, que deve garantir os direitos fundamentais. Já o termo democrático se refere à soberania popular, ou seja, tem como fundamento a decisão da maioria, entretanto, deve proteger também as minorias sociais, já que, a democracia é o regime de governo no qual a soberania é praticada pelo povo, tendo como base a garantia das liberdades individuais.

Todavia, a vontade da maioria e os direitos fundamentais, podem entrar em conflito, e o Poder Judiciário que é o guardião da Constituição, responsável pela atuação em face desse desequilíbrio, pois, ao Estado foi atribuída a competência de proteger a democracia, em relação à garantia dos direitos fundamentais de todos os indivíduos. Imprescindível destacar, que essa atuação do Poder Judiciário na resolução de conflitos é justificada pela garantia dos preceitos constitucionais, criando um receio social, já que um órgão que não foi eleito tem a função de resolver conflitos de grande relevância econômica, moral e social. (SIQUEIRA, 2019)

Em relação ao risco da politização da justiça, conclui-se que esse fenômeno reflete no próprio Poder Judiciário, quando membros do judiciário atuam como políticos. Fica muito claro que esse problema ocorre atualmente, pois muitas vezes ouve-se pronunciamentos públicos e parciais de membros do Poder Judiciário, o que demonstra um perigo para a democracia, já que espera-se daqueles que têm a missão de guardiões da Constituição que preservem suas opiniões políticas e se pronunciem de forma isenta, pois cabe aos membros desse Poder a missão de julgar com fundamento na lei, e não, em posições externas ao direito. (SIQUEIRA, 2019)

4 EXEMPLOS DE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

4.1 CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSFOBIA E HOMOFOBIA.

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a discriminação por identidade de gênero e por orientação sexual como crime. Decisão fruto do julgamento da ADO 26 e do MI 4733, tendo seu início em 13 de fevereiro de 2019, com a oitiva dos respectivos autores. O decano, à época, Celso de Mello, relator da primeira ação, nas duas sessões subsequentes apresentou seu voto alicerçando e fundamentando o mesmo em expor que o Parlamento, foi inerte e omissivo quanto ao tema em questão, por não ter legislado a respeito.

Já o Ministro Edson Fachin, relator da outra ação, concordou com Celso Mello e também trouxe a tese de inércia do Congresso Nacional, enfatizando ainda que essa inércia “gera uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça”. Já o Ministro Alexandre de Moraes, defendeu que o Parlamento em momento algum não ofereceu proteção penal a grupos sociais vulneráveis, mas que especialmente nesse tema da Transfobia e Homofobia não conseguiu obter aprovação até aquele momento. (FIORI et al 2019)

Desde o ano de 2001, com o PL 5003/2001, cujo teor era coibir a discriminação em relação a toda e qualquer orientação sexual, que o Congresso Nacional já discutia o tema, então se observa que esse argumento de inércia e omissão do Poder Legislativo foi uma brecha que o Judiciário alegou para justificar seu protagonismo. Além disso, o tema retornou à discussão com o PL 7582/2015, que devido a mudança da Legislatura foi arquivado em 2019. Tem-se também o PLS 134/2018, cujo objetivo é criar o estatuto da diversidade sexual e de gênero que se encontra na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal. Entende-se que pelo fato de existir esses projetos sendo discutidos tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, não caberia ao Supremo Tribunal Federal, decidir sobre a inclusão do tema na Lei 7716/89 e muito menos definir prazo ao Parlamento para que legislasse sobre este, pois entende-se que isso seria uma invasão do judiciário nas competências do Legislativo. (FIORI et al, 2019)

4.2 PERMISSÃO PARA A REALIZAÇÃO DO ABORTO EM GESTAÇÃO DE FETOS ANENCÉFALOS

O Poder Judiciário passou a ter um papel mais ativista nos conflitos em que se envolvem aspectos de avanços na esfera médica. Após o desencadeamento de questões controversas e alcançando um grau elevado de especialização que o Poder Legislativo não conseguiu prever, surge uma crise no contexto do Direito positivo. Tornando-se necessário recorrer ao Judiciário para dirimir esses conflitos, como aconteceu com a permissão para a realização de aborto em gestação de fetos anencéfalos, provocando a jurisdição constitucional cuja competência é exercida pelo Supremo Tribunal Federal. (RECKZIEGEL e FREITAS, 2014)

De acordo com Reckziegel e Freitas (2014), Habermas sustenta que este problema revela uma escolha mais ética e política do que uma análise técnico-jurídica em suas teses, desta forma, os ministros do Supremo Tribunal Federal tiveram a responsabilidade de decidirem uma situação para a qual não foram eleitos para decidirem, e com isso, causando um enfraquecimento do Poder Legislativo. Ficando claro que a decisão foi realizada sem a participação da população através dos seus representantes ou até mesmo por consulta popular, violando frontalmente um princípio defendido por Habermas, no qual a jurisdição constitucional deve ser realizada de forma aberta e democrática.

Todavia, em contraponto à teoria de Habermas, existindo a Teoria Crítica Hermenêutica do Direito, que foi desenvolvida pelo Dr. Lenio Streck, segundo a qual o Supremo Tribunal Federal teria competência para resolver o caso, pois seu papel visa à efetivação dos direitos fundamentais. (RECKZIEGEL e FREITAS, 2014)

4.3 SUPOSTO ATIVISMO JUDICIAL DURANTE A COVID-19

Um das decisões mais discutidas nesse período de pandemia, está em torno da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341, relação à Medida Provisória 926 editada pelo Presidente da República em 20 de março de 2020 e altera a Lei 13.979/2020, sendo seu objetivo detalhar os procedimentos para aquisição de insumos, bens e serviços destinados ao enfrentamento da emergência decorrente do novo coronavírus.

A Medida Provisória, entre outras alterações promovidas na lei citada acima, estabelece critérios para a adoção de isolamento e quarentena; restrição de rodovias, portos e aeroportos; e atribuía competência ao Chefe do Executivo para dispor sobre atividades essenciais e serviços públicos. O Partido Democrata Trabalhista (PDT), três dias depois da edição da medida, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (6.341), acionou o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de obter a declaração da incompatibilidade parcial, com a Constituição Federal, em relação às alterações promovidas no artigo 3º, caput, incisos I, II e VI, e §§ 8º, 9º, 10 e 11, da Lei federal 13.979. A alegação é que houve duas ofensas graves à Constituição Federal, a primeira é o uso de Medida Provisória para tratar de matéria reservada à Lei Complementar. E a segunda, a ofensa à autonomia federativa, pelo fato de subtrair competência administrativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (ABBOUD *et al*, 2020)

Alega-se a inconstitucionalidade da MP, sob a ótica material, por supressão total da competência administrativa comum dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para adotarem medidas de quarentena, isolamento social, restrição de locomoção por rodovias, portos, aeroportos e paralização de serviços e atividades essenciais. Com essa centralização de competência na Presidência da República, retiraria, em tese, a competência dos demais entes federativos para dirigir o Sistema Único de Saúde, cuidar da saúde e executar ações epidemiológicas e de vigilância sanitária. O artigo 18 da Constituição deixa claro que a autoridade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para cuidar da saúde não decorre e nem se subordina à União, sendo autônoma. O relator da ADI, foi o Ministro Marco

Aurélio de Mello, que acatou parcialmente o pedido liminar para “tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente” e o plenário do Supremo Tribunal Federal, referendou a decisão. O Ministro para fundamentar sua decisão, alegou que os dispositivos da MP não afastam a competência dos entes federativos para operacionalizar providências administrativas e também normativas. Todavia, a imprensa noticiou a decisão como uma derrota para o Presidente da República, alguns setores sociais também afirmaram que o Supremo retirou os poderes do Presidente e além do mais, o próprio Presidente da República reforçou esse esvaziamento do seu poder, tendo em vista que, segundo seu entendimento a responsabilidade havia sido transferida aos Estados e Municípios. (ABBOUD *et al*, 2020)

É necessário agora avaliar se houve ativismo judicial nessa decisão do Supremo Tribunal Federal em relação a Medida Provisória, editada e aprovada pelo Congresso Nacional. Nesse viés, é importante ressaltar que, na ADI ora estudada, a Corte Constitucional não está avaliando se houve os requisitos da relevância e da urgência, necessários para a edição de MP, conforme o artigo 62 da Constituição Federal, mas o mérito da medida, em controle concentrado, realizando sua competência de guardião da Constituição. Tal ação sendo muito diferente do que foi alegado, uma vez que em nenhum momento este Poder retirou os poderes do Presidente, mas analisou se as disposições da MP estavam respeitando o texto constitucional, excluindo poderes que de forma indevida haviam sido transferidos à Presidência da República, além disso, se o STF não tivesse decidido pela inconstitucionalidade parcial, o que está positivado no artigo 23 da Constituição, que trata da autonomia concorrente, teria ficado sem qualquer força normativa. Sendo assim, infere-se que nesta decisão em nenhuma hipótese houve ativismo judicial. (ABBOUD *et al*, 2020)

5 POSIÇÕES CONTRÁRIAS E FAVORÁVEIS AO ATIVISMO JUDICIAL

5.1 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Diante de tudo que já foi explanado até aqui, pode-se inferir que o ativismo judicial representa uma ampliação das competências do Poder Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais. No qual vem assumindo um papel de protagonismo na sociedade brasileira, a partir da evolução ao constitucionalismo contemporâneo, com o avanço do Judiciário, trazido pelo Estado Democrático de Direito. Desenvolvendo técnicas com o objetivo de minimizar as omissões do Legislativo e deixando de ser um mero aplicador da lei.

Interpretando a Constituição com o objetivo de dar aplicabilidade aos seus dispositivos, declarando inconstitucionalidades e por incrível que pareça, determinando a realização de políticas públicas. Ademais, essa atuação do Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, se caracteriza na medida em que este passa a decidir questões importantes que não possuem legislação, a título de exemplo, os casos em que já existia uma determinação da Constituição Federal, nesse caso com a provocação da população ao Poder Judiciário, que se manifesta a respeito e atua nos limites determinados, observando os princípios assegurados constitucionalmente. (MEDEIROS, 2016)

Alguns estudiosos do direito tecem críticas em relação a essa expansão do Poder Judiciário e sua consequente atitude ativista. Sendo importante salientar que não há apenas críticas, pois alguns veem o ativismo judicial empreendido pelo Supremo Tribunal Federal positivamente, pois atende as demandas da sociedade as quais não possuem regulamentação pelo Poder Legislativo. Essa postura é garantida pelo próprio regime constitucional vigente em nosso país, devido ao seu conteúdo extenso e analítico, permitindo que os mais diversos assuntos sejam levados a apreciação do Judiciário, ao qual não pode se omitir em relação às questões levadas à sua apreciação. (MEDEIROS, 2016)

Segundo Barroso (2012), quando aplicam a Constituição e as leis, na realidade o Poder Judiciário estaria apenas concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, que são os representantes do povo. Claro que essa afirmação enaltece a lógica da separação de Poderes, mas deve ser aceita com cautela, pois juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica, lhes cabendo atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, tais como boa-fé objetiva, direito a privacidade, dignidade da pessoa humana, tornando-se em várias momentos co-participantes do processo de criação do Direito.

Barroso (2012) apresenta ainda que, em se tratando dos pontos negativos do ativismo judicial, está o risco para a legitimidade democrática, na politização da justiça e nos limites da capacidade institucional do judiciário. A legitimidade democrática é questionada através da crítica político-ideológica, uma vez que alegam que os julgadores não foram eleitos. Em relação ao risco da politização da justiça, Barroso expõe que a constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico em um esforço para submeter o poder às categorias que colocam em ação o direito, como a justiça, a segurança, e o bem-estar social. Desta forma sua interpretação sempre terá uma dimensão política, ainda que demarcada pelas possibilidades e limites determinados pelo ordenamento vigente. Os três poderes têm o dever de interpretar a

Constituição no que tange a capacidade institucional e atuar com base nela, porém, em caso de divergência, a palavra final cabe ao Judiciário. É justamente nesse ponto que cabe a crítica, pois é preciso cautela para que o Judiciário não se torne uma instância hegemônica, o que segundo Barroso, pode gerar efeitos sistêmicos imprevisíveis, já que o juiz normalmente estará preparado para realizar justiça do caso concreto, o que ele chama de microjustiça, sem condições, muitas vezes, de analisar o impacto das suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

É importante destacar, ainda que combatido de forma minoritária na doutrina, a utilização do ativismo judicial praticado com moderação e diante de uma clara constatação de inércia por parte do Poder Legislativo e que levaria a uma inconstitucionalidade por omissão, o papel do Supremo seria justamente de agir de forma positiva com o objetivo de que determinados princípios constitucionais fossem efetivados diante de uma omissão/inércia do Poder Legislativo. (FIORI et al, 2019)

5.2. POSIÇÕES FAVORÁVEIS

Em relação ao posicionamento favorável, tem-se que o fenômeno da constitucionalização do direito leva a Constituição a ser uma espécie de filtro, e por meio dele, deve ser lido e interpretado todos os institutos do Direito. Desta forma, toda a interpretação jurídica passa a ser interpretação constitucional, já que a Constituição passa a ser efetivamente instrumento operacional do Direito. Com essa condição, cabe ao juiz a garantia dos direitos fundamentais, diante de ausência de leis que regulem esses direitos, seja pela proteção contra lei, ato normativo ou ato de governo que estejam contrários à Constituição. É necessário se considerar ainda, sobre as teses segundo as quais o ativismo judicial é contramajoritário, que, em um contexto de neoconstitucionalismo, em respeito à dignidade da pessoa humana, é necessário oferecer um mínimo existencial, ou seja, uma eficácia mínima de direitos fundamentais, mesmo que para isso sejam necessárias intervenções contramajoritárias, pois questões políticas fundamentais se judicializaram. (CAMARGO, 2016)

Observa-se que o rol de celeumas envolve direitos fundamentais à liberdade, vida, segurança e propriedade, e esses direitos por imposição constitucional são de competência à apreciação pelo Judiciário. Desta forma, o ativismo na verdade representaria a garantia dos direitos fundamentais e à proteção pelo Poder Judiciário contra omissões ou excessos do Legislativo e Executivo. Já em relação às políticas públicas, no artigo 3º da Constituição

Federal que representa à direção para que o Estado concretize os objetivos a que se propôs e desta forma, o Poder Judiciário estaria autorizado pela Carta Magna na consecução de políticas públicas. Em tese, isso poderia significar uma diminuição da preponderância da esfera política em relação à esfera jurídica, já que os tribunais funcionariam como mediadores na solução de demandas as quais seriam melhor resolvidas na esfera política do que na esfera judicial, porém o que acontece atualmente é uma preponderância do Poder Judiciário e com isso, o direito passando a ser o principal instrumento de resolução de conflitos, e não a política. (CAMARGO, 2016)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial é a tentativa do Poder Judiciário, em atuar de forma mais ampla na resolução de questões constitucionais, existem muitas opiniões diferentes em relação ao ativismo judicial, alguns entendem que essa atitude ativista é primordial à concretização dos direitos fundamentais e que esse poder tem a função de resguardar esses direitos. Outros, consoante demonstrado, entendem que o ativismo judicial vai de encontro ao princípio da separação dos poderes. Para esses o entendimento é no sentido de que essa forma de agir do judiciário interfere nas competências dos demais poderes, ultrapassando a linha tênue que os separa.

Em relação às diferenças entre judicialização e ativismo judicial, temos que judicialização, trata-se do modelo constitucional adotado, desta forma na judicialização o Judiciário atua porque assim está determinado na Constituição, a função de decidir. Já o ativismo judicial é uma escolha que o Poder Judiciário faz ao interpretar a Constituição e na maioria das vezes amplia a sua abordagem. Um aspecto importante para a judicialização foi a constitucionalização abrangente que incluiu na Carta Magna várias matérias que antes eram deixadas para legislação ordinária e para o processo político majoritário, isso demonstra desconfiança do legislador, pois constitucionalizar um determinado tema significa transformar política em direito.

O Brasil ainda se encontra em passos lentos no debate sobre ativismo, pois anteriormente o judiciário brasileiro era criticado justamente pelo inverso, pois entendiam que ele era omissivo e que se cumpliciava com os donos do poder político, ou seja, críticas inversas ao ativismo.

É importante mencionar que a teoria dos pesos e contrapesos é evidenciada na obra de Montesquieu, apresentando a harmonia entre os poderes e havendo a possibilidade de controle entre estes, evitando abusos. Surgindo como exemplo, o controle de constitucionalidade que é exercido pelo judiciário sobre leis elaboradas pelo legislativo.

O juiz não pode deixar de julgar um caso que lhe foi atribuído, alegando que existem lacunas na lei, pois como foi dito anteriormente, ainda que a lei seja omissa, o direito é completo, e o juiz terá que decidir o caso baseando-se em outras fontes do direito.

O risco da politização da justiça e o não respeito ao princípio da separação dos poderes, são fenômenos que refletem no próprio Poder Judiciário, quando membros do Judiciário atuam como políticos. Fica claro esse problema atualmente, muitas vezes se ouve pronunciamentos públicos e parciais de membros do Poder Judiciário, que demonstra um perigo a democracia, cabe aos membros desse Poder a missão de julgar com fundamento na lei, e não em posições políticas.

Os três poderes têm o dever de interpretar a Constituição no que tange a capacidade institucional e atuar com base nela, porém, em caso de divergência, a palavra final cabe ao Judiciário. A crítica está justamente nesse ponto, pois é preciso cuidado para que o judiciário não se torne uma instância hegemônica, o que pode gerar uma série de efeitos sistêmicos imprevisíveis.

Os que são favoráveis ao ativismo judicial entendem que o fenômeno da constitucionalização do direito leva a Constituição a ser uma espécie de filtro, e por meio dele, deve ser lido e interpretado todos os institutos do direito e o ativismo na verdade representaria a garantia dos direitos fundamentais e à proteção pelo Poder Judiciário contra omissões ou excessos do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

7 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maria; FERNANDES, Ricardo Yamin. **Atuação do STF na pandemia da Covid-19. Fine line entre aplicação da Constituição Federal e Ativismo Judicial.** Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/10%20aa%20Edi%20a7%20a3o/artigos/2.pdf>. Acesso em 30/10/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 31/07/2020.

BARROSO, Luis Roberto. (2012), **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 25. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 31/07/2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23/11/2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 23/11/2020.

CAMARGO, G. Z. **Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial.** Rev. Ciênc. Jurídica. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 19, n. 2, p. 233-264, jul./dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CJS-UNIPAR_v.19_n.02.07.pdf. Acesso em 27/10/2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial no STF.** Rio de Janeiro; Editora Forense, Grupo GEN, 2014.

FIORI, Thiago Moreto; RODRIGUES, Eriton Lima; CRISTIN, Luiz Fernando Diniz; MATER, Caio Vinicius Correa e ALVARENGA, Tatiane Cristina Rannow de. **O ativismo judicial frente à separação dos poderes.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82368/o-ativismo-judicial-frente-a-separacao-dos-poderes>. Acesso em 03/11/2020.

MEDEIROS, Fernanda Correia Lima Rodrigues de. **Ativismo judicial: uma análise sob a ótica do princípio da separação dos poderes.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 de maio de 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46704/ativismo->

judicial-uma-analise-sob-a-otica-do-principio-daseparacao-dos-poderes. Acesso em:
29/06/2020.

RECKZIEGEL, Janaína e FREITAS, Riva Sobrado de. **Limites e abusos de interpretação do Supremo Tribunal Federal no caso ADPF 54(aborto de anencéfalos): análise crítica a partir de Habermas e Streck.** Disponível em:

<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2397/pdf>. Acesso em 26/10/2020.

SIQUEIRA, Maria Carolina Vidal. **O Ativismo Judicial e sua possível interferência na linha tênue de separação entre os três poderes.** Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-e-sua-possivel-interferencia-na-linha-tenuede-separacao-entre-os-tres-poderes/>. Acesso em:
29/06/2010.