

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

CRISTINA RIPARDO BITTENCOURT

**ATIVISMO JUDICIAL NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
desafio institucional**

RIO DE JANEIRO

2018

CRISTINA RIPARDO BITTENCOURT

**ATIVISMO JUDICIAL
NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
desafio institucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, pela Universidade Estácio de Sá

Orientador: Professor Doutor Guilherme Calmon Nogueira da Gama

RIO DE JANEIRO

2018

B624a Bittencourt, Cristina Ripardo
Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: desafio
institucional. / Cristina Ripardo Bittencourt. – Rio de
Janeiro, 2018.
107 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade
Estácio de Sá, 2018.

1. Poder judiciário. 2. Constitucionalismo. 3. Atuação.
I. Título.

CDD 340



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DESAFIO INSTITUCIONAL

elaborada por

CRISTINA RIPARDO BITTENCOURT

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

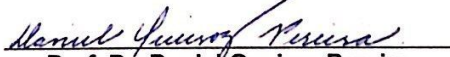
MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – Presidente
Universidade Estácio de Sá


Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida
Universidade Estácio de Sá


Prof. Dr. Daniel Queiroz Pereira
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO

A presente dissertação tem como escopo analisar o instituto do ativismo judicial, com especial destaque à sua prática e aplicação no Supremo Tribunal Federal, e quais as principais discussões e controvérsias acerca do tema. A abordagem textual envolve ainda os limites e balizas da divisão de competência entre os Poderes da República, no Estado Democrático de Direito, bem como a existência ou não de representatividade popular no órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro. No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro no que tange à efetiva tutela jurisdicional, o Poder Judiciário não pode eximir-se de julgar alegando lacuna, omissão ou ausência de norma ou regra prevendo determinado fato jurídico. Referida circunstância demanda a necessidade de um pronunciamento judicial concreto e efetivo. Verifica-se na prática forense, que não raro, as situações submetidas à apreciação judicial referem-se a ausência de políticas públicas ou ineficiência legislativa, o que derivou na expressão comumente utilizada no meio jurídico e acadêmico denominada “judicialização da política”. Diante deste cenário, em sendo instado a decidir, o Poder Judiciário atua de forma ativista, quer seja para suprir a ausência de legislação adequada ao caso concreto em julgamento, quer seja para atribuir analogia ou interpretação extensiva a um dispositivo legal ou constitucional existente. O ativismo judicial é encontrado em diversos países, o que será demonstrado no desenvolvimento deste trabalho. Nesta esteira, faz-se uma análise de quatro países até chegar ao Brasil. O ativismo judicial é uma realidade e mais do que isso uma necessidade em razão da evolução contínua e progressiva da sociedade que busca no Poder Judiciário o reconhecimento e consequente exercício pleno de seus direitos.

PALAVRAS-CHAVES: Poder Judiciário, constitucionalismo, atuação

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the institute of judicial activism, with special emphasis on its practice and application in the Federal Supreme Court, and the main discussions and controversies about the topic. The textual approach also involves the limits and goals of the division of competence between the Powers of the Republic in the Democratic State of Law, as well as the existence or not of popular representation in the maximum body of the Brazilian Judiciary. In the Brazilian legal-constitutional order with regard to effective judicial jurisdiction, the Judiciary can not exonerate itself from judging by claiming omission, omission or absence of rule or rule providing for a certain legal fact. This circumstance de-mandates the need for a concrete and effective judicial pronouncement. It is verified in forensic practice, that often the situations submitted to the judicial assessment refer to the absence of public policies or legislative inefficiency, which resulted in the commonly used expression in the legal and academic environment called "judicialization of politics". In view of this scenario, the Judiciary is acting in an activist way, either to provide for the absence of legislation appropriate to the specific case in court, or to assign analogy or extensive interpretation to an existing legal or constitutional provision . Judicial activism is found in several countries, which will be demonstrated in the development of this work. In this treadmill, an analysis is made of four countries until arriving in Brazil. Judicial activism is a reality and more than that a necessity because of the continuous and progressive evolution of the society that seeks in the Judiciary the recognition and consequent full exercise of its rights.

KEYWORDS: Judicial Power, constitutionalism, action

Sumário

Introdução.....	11
-----------------	----

Capítulo I

CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E COMPARADAS

ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

1. 1. Ponderações inaugurais	15
1.2. Nos Estados Unidos	18
1.3- Na Europa Ocidental.....	28
1.3.1. Na Alemanha.....	30
1.3.2. Na Itália.....	36
1.3.3. Na Espanha.....	39
1.4. No Brasil.....	42

Capítulo II

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1. Considerações preliminares.....	48
2.2. Definições, diferenças e semelhanças.....	56
2.3. Teses favoráveis ao ativismo judicial.....	61
2.4. Teses contrárias ao ativismo judicial.....	70

Capítulo III

O ATIVISMO JUDICIAL É UM DESAFIO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO?

3. 1. De que forma o ativismo judicial afeta a população?.....	75
3.2. Há representatividade da vontade popular nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal?	78
3.3. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e análise de julgados representativos do ativismo judicial.....	80
3.3.1. Considerações preliminares.....	80
3.3.2. Estudo de casos.....	82
3.3.2.1. Primeiro caso: Prisão domiciliar para presa com filhos menores de 12 anos	83
3.3.2.2. Segundo caso: Possibilidade de mudança de nome aos transgêneros.....	86
3.3.2.3. Terceiro caso: Ensino religioso em escolas públicas.....	89
3.3.2.4. Quarto caso: Reserva de vagas para negros em concursos públicos.....	93
3.4. Considerações finais do capítulo.....	96
Conclusão.....	98
Referências	101

AGRADECIMENTOS

O agradecimento é o reconhecimento por algo muito bom que nos foi feito, e sou muito grata a algumas pessoas que participaram da minha caminhada durante o desenvolvimento do Mestrado, especialmente desta dissertação.

Inicialmente quero agradecer ao meu orientador prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que para minha honra e enorme alegria aceitou-me como sua orientanda, transmitindo-me seus conhecimentos técnicos com maestria, conduzindo-me com temperança, sem sobressaltos, mas com segurança ao resultado final, que é a concretização deste trabalho. MUITO OBRIGADA! Gratidão eterna!

Agradeço aos meus colegas de turma que como eu, caminhavam aflitos e preocupados com a realização de todas as tarefas que nos eram impostas, mas que buscavam uma leveza durante as aulas, momentos que levarei para sempre na memória. Quero destacar a colega Maria Luciana Souza, que sempre que foi incansável na tarefa de ajudar a todos.

A todos os professores do PPGD, que tive o prazer de conhecer e aprender! Obrigada pela transmissão de tantos conhecimentos.

Finalmente à Universidade Estácio de Sá, instituição de ensino em que tenho a honra de exercer a docência e que me permitiu alcançar mais este importante passo na vida acadêmica.

À minha família, dispensarei uma dedicatória.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha mãe Eli, que além de me dar a vida, nunca mediu esforços em me ajudar em tudo que precisei.

Ao meu filho Daniel, minha inspiração e motivação para alçar voos cada vez maiores.

Ao meu marido Marcio, que sempre me incentivou e que me deu muito suporte emocional para eu não desistir.

“Três coisas devem ser feitas por um juiz: ouvir atentamente, considerar sobriamente e decidir imparcialmente”.

Sócrates – 470 a.C - 399 a. C

“Quero que me ensinem também o valor sagrado da justiça — da justiça que apenas tem em vista o bem dos outros, e para si mesma nada reclama senão o direito de ser posta em prática”.

Lucius Annaeus Seneca – 4 a. C.

INTRODUÇÃO

“A base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça”¹ “O juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça, mas para julgar segundo as leis”². A primeira citação é atribuída a Aristóteles e a segunda a Platão.

A idéia de justiça é identificada por meios e formas diferenciados, em razão de uma multiplicidade de fatores e valores, como o tempo, o lugar, a cultura, dentre outros.

Falar em justiça significa necessariamente falar da atuação do poder Judiciário, bem como das pessoas que o compõem e como se comportam diante da necessidade de decidirem sobre os destinos de um, dois, cem ou milhares de pessoas através da “tinta de sua caneta”.

Julgar, portanto, constitui-se em uma missão árdua e fatigante, atribuída a pessoas investidas constitucionalmente do poder de dizer o direito, no conhecido vernáculo jurisdição, devendo exercer seu múnus público de maneira que a justiça seja o traço marcante de sua atuação.

Ao assumirem seus cargos, os membros do Poder Judiciário prometem cumprir a lei e a Constituição. Mas e quando a lei não alcança alguma hipótese? Como proceder quando a lei não acompanha mais a sociedade? E quando não há lei para responder a uma hipótese levada ao Judiciário? As produções legislativas não possuem o condão de prever abstratamente todas os acontecimentos pessoais e sociais. Neste contexto, entra em cena o ativismo judicial com toda a sua força.

Mas o que vem a ser o ativismo judicial? Ele é bom? Ruim? Neutro?

Certa vez, indagou-se a um popular da seguinte forma: você sabe o que é ativismo judicial? E a resposta foi: “Sim...é quando a justiça está do lado do povo, e nos dá direitos”. Em uma linguagem coloquial e um tanto rude, esta pessoa expôs sua visão sobre o ativismo judicial, que poderá ser considerado como um mecanismo utilizado pelo Judiciário, para suprir lacunas deixadas pelo sistema organizacional legislativo vigente à época.

¹ SILVA. Paulo das Neves da. Dicionário de Citações. Lisboa. Portugal. 2ª ed. Âncora Editora. 2014. p. 127

² SILVA. Paulo das Neves da. Dicionário de Citações. Lisboa. Portugal. 2ª ed. Âncora Editora. 2014. p. 128

Alguns estudiosos enxergam no ativismo um excesso, que denominam decisionismo, como vem desenvolvido no trabalho. Outros estudiosos o reconhecem como um exercício da democracia, ante a necessidade do suprimento de hiatos deixados pelo Poder Legislativo.

O ativismo judicial ganha espaço quando há duas lacunas percebidas: a primeira consiste na insuficiência da atividade legislativa; a segunda na existência de mecanismos importantes a serem utilizados pelo Poder Judiciário, para o preenchimento desses vazios

O ativismo judicial é o empreendimento desenvolvido pelos tribunais na função de interpretar o Direito, criando ou ampliando sua percepção ou perspectiva em relação a um fato que lhe é apresentado e carece de solução jurídica.

A efetiva democracia depende de um Estado amparado pelas leis, mas depende, principalmente, de um poder genuinamente independente e imparcial, apto a infligir o efetivo cumprimento das leis. Para que se cogite de um Estado Democrático de Direito, há que se impor a todos, indistintamente, o dever de sujeição ao ordenamento jurídico, aqui representado não só pelo Poder Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário, como legítimo distribuidor da justiça.³

No estudo e análise do ativismo judiciário, o principal fator de oposição, é uma suposta interferência do Poder Judiciário nas competências dos Poderes Legislativo e Executivo, atribuindo direitos, reconhecendo constitucionalidade/legalidade ou não a determinadas leis e ainda, com evidência mais recente, atribuindo eficácia *erga omnes* a seus julgados com a chamada repercussão geral.

Para os críticos, os modos de atuação proativa do Poder Judiciário afetam o Estado Democrático de Direito, visto que os representantes do povo, eleitos diretamente, são os destinatários constitucionais do poder de legislar, e portanto estabelecer regras de conduta em todas as áreas do Direito e que o Poder Judiciário deveria apenas aplicar as leis existentes e não inovar em seus termos e nem tampouco criar novas regras. Nesta perspectiva, o ativismo judicial também é denominado de construtivismo judicial ou consequencialismo decisório.

³ MIARELLI. Mayra Marinho. LIMA. Rogerio Montai. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Ed. 2012. p. 21

A *juris – dictio* ou *juris - dicere* ficaria limitada aos contornos legais, sem possibilidade de releitura ou ampliação.

No presente trabalho, foi desenvolvida a metodologia denominada dedutiva e a pesquisa teórica e bibliográfica, assim como pelo levantamento documental.

O objetivo fundamental desta dissertação foi apresentar elementos de análise crítica acerca do instituto denominado ativismo judicial, com vistas a reconhecer sua repercussão na vida das pessoas em sociedade. Analisou-se ainda que em linhas curtas, como uma decisão judicial proativa concretiza direitos que não foram contemplados pela legislação vigente, ou atribuíram uma interpretação específica ao texto legal.

A problematização do tema centraliza-se no enfrentamento da seara da existência ou não de limites para o desempenho ou desenvolvimento do ativista judicial. Existe algum tema jurídico que não pode ser alvo de decisão ativista, ou qualquer interesse jurídico pode ser submetido com êxito a uma inovação judicante?

O primeiro capítulo será dedicado à uma análise histórica e comparada do ativismo judicial, encontrando no desenvolvimento do constitucionalismo ou do neoconstitucionalismo, a base da atuação ativista do Poder Judiciário, iniciando-se o seu percurso na pesquisa descritiva da evolução ao ativismo nos Estados Unidos, que é considerado o mais emblemático sobre o tema, símbolo do neoconstitucionalismo, em razão de seu sistema jurídico ser da *common law*, sendo o uso de precedentes para fundamentar outros pedidos, uma prática entre eles, e de onde surgiu originalmente o termo ativismo judicial. Para além, percorre-se o estudo sobre outras legislações: Alemanha, Itália e Espanha, escolhidas por terem sido submetidas a sistemas de governo autoritários e que tiveram que buscar um traçado diferente para a atuação judicial. Finalmente chega-se ao Direito Brasileiro, com uma observação do cenário evolutivo constitucional no que se refere ao tema central, até os dias atuais.

Em seguida, no capítulo segundo, buscar-se-á apresentar definições acerca do ativismo judicial em comparação com a judicialização da política, traçando diferenças e semelhanças entre os institutos. Em determinados momentos há uma imaginada confusão entre eles, contu-

do ficará demonstrado, que embora haja uma relação muito próxima entre eles, há uma marca distintiva que pode ser percebida com clareza

E finalmente o terceiro e último capítulo, exporá um enfrentamento do tema central, que é o ativismo judicial praticado no Supremo Tribunal Federal, com a apresentação de casos julgados pela Suprema Corte brasileira. Perquire-se neste capítulo de que forma o ativismo judicial afeta ou atinge os interesses da população. Faz-se ainda uma perquirição acerca da representatividade popular nas decisões do Supremo Tribunal Federal e encerra-se com a apresentação de quatro casos submetidos à apreciação e julgamento da Corte Suprema do Brasil, que demonstram ou não, o que representa na prática das decisões judiciais uma posição ativista ou proativa do Poder Judiciário. Os julgados selecionados são atuais, sendo dois deles julgados no corrente ano e os outros dois no ano que passou. Todos foram objeto de debate público, qualificando-os como referências a serem demonstradas.

Mister assinalar que o recorte metodológico eleito para o presente trabalho consistiu na apreciação e análise do instituto do ativismo judicial praticado e concretizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Todavia, verifica-se cotidianamente que a expansão do Poder Judiciário realiza-se em todas as instâncias e graus de jurisdição sempre que o órgão jurisdicional tiver diante de si, determinado caso a ser julgado, que não esteja contemplado em lei, ou que a legislação apresente previsão restrita.

Buscou-se portanto, com a apresentação de casos julgados no capítulo três, demonstrar a dimensão do ativismo judicial no órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, e como referidas decisões, a exemplo de outras, impactam em um número indeterminado de pessoas.

1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E COMPARADAS ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

1.1. Ponderações inaugurais

Existem temas da Ciência Jurídica, que ultrapassaram a linha demarcatória da discussão no âmbito local, para irromperem novas fronteiras, e ganharem dimensão no cenário mundial, tendo em vista sua pertinência temática, de interesse internacional.

O ativismo judicial, sem dúvida, pode ser catalogado dentre um dos conteúdos jurídicos que mais suscitam discussão na esfera mundial, reputado que permeia um ampliado debate acerca da atuação do Poder Judiciário, que mostra-se ora de forma expansiva, ora de forma restritiva, a depender de sua inserção no sistema da *common law*, ou no sistema da *civil law*. É na dualidade dos sistemas, que reside a grande indagação acerca dos limites da atuação criativa ou criadora do Poder Judiciário.

No sistema da *civil law*, as balizas de atuação do Poder Judiciário são, em regra, descritas pelo próprio sistema constitucional positivo, que delimita e delineia os contornos da cognição ou execução do órgão judicante. Conduz-se indubitavelmente, ao entendimento apresentado por René David, para quem “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer este quadro”⁴.

O inverso é reconhecido na *common law*, em que a atuação da jurisprudência reflete uma maior liberdade e amplitude, em vista da escassez de normas escritas, sendo a construção jurisprudencial fonte para futuras decisões. Nos países de sistema da *common law*, adotam-se os chamados precedentes, que, nas lições de Guido Soares, são “uma única ou várias decisões de uma *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados”⁵.

⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 2, ed. bras. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo. Martins Fontes. 1993. P. 556

⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p 197

Todavia, a aproximação entre os sistemas da common law e da civil law, tem sido percebida por vários estudiosos comparatistas, com destaque para Mauro Cappelletti, em sua obra *Juízes Legisladores*, para quem, o ativismo judicial é resultado incidente “sobre a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época”.

O debate eleva-se quando vários países passam a discutir acerca das medidas do desempenho dos órgãos judicantes, e de que maneira isso pode violar direitos já existentes. As influências recíprocas entre sistemas jurídicos nos tempos atuais crescem sobremaneira, com a possibilidade de conhecimento imediato de decisões judiciais em vários locais do globo terrestre, que muitos denominam de globalização, mas que preferencialmente nomeia-se de integração entre povos ou populações.

Inegável, portanto a importância da análise do Direito Comparado, bem como das referências históricas fundamentais, de um conteúdo atual e instigante.

A linha central do estudo acerca do ativismo judicial, está imersa no conhecimento do constitucionalismo instalado em cada país, e quais são as raias do exercício jurisdicional, a permitir ou limitar a atuação dos órgãos judicantes nas matérias constitucionais.

A divisa entre a legitimidade e ilegitimidade da atuação judicial em matéria prevista em lei ou no texto constitucional, repousa na análise do constitucionalismo jurídico.

O constitucionalismo jurídico foi um movimento iniciado em alguns países da Europa, tais como Inglaterra, França, Espanha e Portugal, e posteriormente nos Estados Unidos, impulsionado por um descontentamento do povo, com a atuação da Monarquia, que praticava abusos no exercício de seu poder, impondo à população, tributos exorbitantes, e castigos imoderados à quem se contrapusesse aos interesses da nobreza

Surgiam então os movimentos liberais e burgueses, que rompiam com a monarquia e buscavam a criação de instituições estatais que representassem os interesses do povo. Havia necessidade de organização do Estado, com limitações à atuação do soberano, e com órgãos

representativos, o que implicava na criação do Poder Judiciário, diverso daquela prática pelo soberano⁷.

O movimento constitucionalista estabelecia que a vontade do povo estaria representada por seus dirigentes, membros dos poderes instituídos, que conduziriam os clamores públicos.

A Constituição de um país é o diploma jurídico que tem entre seus postulados fundantes, a organização do Estado, a separação dos poderes e as competências de cada um deles. Então vários países romperam com o nobreza, tomaram o poder e criaram suas Constituições.

Com o caminhar dos tempos de liberdade democrática, alguns temas passaram a fazer parte do debate político-jurídico destes países, na medida em que regras legislativas ou não acompanharam a evolução dos povos, ou não mais atendiam aos interesses dos destinatários, ou não existiam, fazendo surgir a necessidade de atuação proativa do Poder Judiciário, que passou a ser muito mais do que a simples *bouche de la loi* - boca da lei, como foi considerado o Judiciário em determinado tempo da história, passando a estampar o status de agente central da interpretação da ordem constitucional.

A previsão normativa de controle de constitucionalidade das normas, pelo Poder Judiciário, acarreta, em determinadas situações, um desconforto ou desalinho, ou em última *ratio*, um desequilíbrio entre os poderes, na medida em que o Judiciário pode parecer ocupar um lugar de destaque no cenário jurídico-político, visto ser o protagonista da decisão final acerca da permanência ou não de uma norma editada pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo.

Esta visão crítica, não pode conduzir ao afastamento do constitucionalismo, e sim reforçar a necessidade de sua existência, como um sistema que possibilita uma maior segurança jurídica aos membros componentes de determinada sociedade, sem embargo de que a existência de uma Constituição democrática conduz a uma representatividade popular, através da escolha dos membros componentes dos poderes constituídos. A expansão da atuação judicial apresenta-se como medida necessária, para manutenção da democracia.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p 30-33

1.1 – Nos Estados Unidos

A primeira vez em que foi utilizada a expressão “Ativismo Judicial”, e que culminou com a sua “popularização” e utilização em larga escala no meio jurídico e acadêmico, data de janeiro de 1947, com a publicação de artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*⁹, na Revista Fortune, pelo historiador norte americano Arthur Schlesinger que, sem pretensões acadêmicas jurídicas, visto ser a revista destinada a leigos e não a operadores do Direito, traçou o perfil dos membros componentes da Suprema Corte, e destacou como os perfis/inclinações políticas de cada um os conduziam a decisões expansivas ou restritivas, de ativismo ou retração.

O tema ativismo judicial alcançou magnitude nos meios acadêmico e político, haja vista que a espinha dorsal da discussão do tema é o papel da Suprema Corte na interpretação da Constituição e na relação com os demais poderes.

Dos nove juízes que compunham a Suprema Corte norte americana em 1947, Arthur Schlesinger os categorizou em quatro grupos distintos, a saber: (i) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – Justices Black e Douglas; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – Justices Murphy e Rutledge; (iii) juízes campeões da autorrestrição – Justices Frankfurter, Jackson e Burton; e (iv) juízes representantes do equilíbrio de forças (*balance of powers*) – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed.¹⁰

Menciona o autor em seu artigo que a Corte era equilibrada naquela época, sendo os ativistas liderados pelo Justice Hugo Black e os autorrestritivos liderados pelo Justice Felix Frankfurter, e que dois juízes mantinham –se neutros – Fred Vinson e Stanley Reed, que ora se alinhavam aos ideais ativistas, ora se abraçavam aos autorrestritivos. Referido equilíbrio foi afastado, com o falecimento dos juízes Murphy e Rutledge.¹¹

Ao apresentar o termo “ativismo judicial”, no paradigmático artigo, polarizou o pensamento dos juízes em dois grandes grupos: os mais libertários, defensores das liberdades das minorias, para quem o papel da Suprema Corte deveria ser mais ativo e criativo ou criador,

⁹ SCHLESINGER Jr. Arthur M. *The Supreme Court: 1947 Fortune* Vol XXXV, 1947 – p. 75-77

¹⁰ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 2015. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 43

¹¹ SCHLESINGER Jr. Arthur M. *The Supreme Court: 1947. Fortune* Vol XXXV, 1974. p. 75-77

“mesmo se, para tanto, chegassem próximos à correção judicial dos erros do legislador”¹². Ao reverso, os “campeões de autorrestricção judicial”, tem visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com deferência à vontade do legislador”¹³.

O antagonismo dos membros da Suprema Corte circundava a matéria central e fundamental, que era e mantém-se até os dias atuais, que é a relativa à função do Poder Judiciário em uma democracia, visto ser este órgão considerado não representativo ou contramajoritário, ante o fato de ser formado por pessoas não eleitas pelo povo, e portanto, sem representatividade direta, fazendo surgir a indagação: qual a medida ou limite de atuação do Poder Judiciário, para alterar e/ou extinguir a vontade dos legítimos representantes do povo, que são os membros do Legislativo e do Executivo?

Mister percorrer o itinerário histórico do constitucionalismo estadunidense, para chegar aos dias atuais, bem como o pensamento ativista dos membros componentes da Suprema Corte.

Os estudiosos do ativismo judicial nos Estados Unidos segmentam em três fases o percurso traçado pela jurisdição constitucional. A primeira fase, iniciada em 1789, quando foi criada a Suprema Corte¹⁴, teve seu curso até 1890-1895, quando iniciou-se a chamada era de transição, com uma significativa mutação na composição dos membros da Suprema Corte. Este período durou até 1937, quando finalmente batiza-se a era moderna da jurisdição constitucional, vigorando até os dias atuais, em que a Suprema Corte passa a ocupar um protagonismo no quadro jurídico político dos Estados Unidos.

¹²SCHLESINGER Jr. Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. Fortune Vol XXXV, 1974. p. 70

¹³ IDEM

¹⁴ “Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dread Scott X Sanford, 1857), e para a invalidação das leis sociais em geral (era Lochner, 1905-1937). Culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast X Parrich, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969), e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown X Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda X Arizona, 1966), e mulheres (Richardson X Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Grinwold X Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe X Wade, 1973). BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. 2008. Disponível em www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743. Acesso em 10-11-2017. p. 7

A Constituição norte americana promulgada no Estado da Pensilvania, em 1787, surgiu como consequência da Revolução Americana, que culminou com a emancipação das suas colônias, que se libertaram do jugo da dominação inglesa, com a celebrada Declaração de Independência, de 1776.

É reconhecida como a primeira Constituição escrita e solenemente ratificada, tendo como características ser um modelo de texto sintético, republicano, federativo e presidencialista. Seu conteúdo enxuto é formado por 7 artigos e 27 emendas.

Em razão de seu pragmático texto normativo, não consta do seu conteúdo a possibilidade de controle de constitucionalidade. A admissibilidade da *judicial review* surge com os próprios julgamentos da Suprema Corte.

Destaque-se o caso Marbury X Madison¹⁵, julgado em 1803, pela Suprema Corte Norte Americana, que entrou para os arquivos da história estadunidense como o primeiro julgamento que inaugura o controle difuso de constitucionalidade.¹⁶

A Suprema Corte Norte Americana naquele momento ficou conhecida como a Corte Marshall, pois foi presidida pelo juiz John Marshall de 1801 a 1835, o *Chief Justice* que permaneceu mais tempo na presidência da Corte Americana, em toda a sua história, quando então faleceu. Considerado um grande jurista, ingressou para a história estadunidense, como o principal fundador do Direito Constitucional americano e “pai” do *judicial review* ou controle

¹⁵ “John Adams, presidente dos Estados Unidos, na véspera de deixar o cargo, designou que Willian Marbury ocupasse o cargo de juiz de paz, entretanto, Thomas Jefferson, sucessor na presidência, não reconheceu o desígnio de Adams. Marbury recorreu à Suprema Corte para que James Madison, então Secretário de Estado, o empossasse como juiz de paz, com base na seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. No entanto, em 1802, o Congresso revogou o Judiciary Act. Então, ciente de que se fosse concedido o mandado, a decisão poderia não ser cumprida, Marshall estabeleceu que Marbury tinha direito a ser empossado, tendo em vista que a nomeação era irrevogável. Mas negou que a Suprema Corte poderia julgar o caso, pois a seção 13 do *Judiciary Act*, que lhe atribuía tal competência, era inconstitucional, na medida que ampliava a competência da Suprema Corte estabelecida constitucionalmente” (TASSINARI. Larissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites de atuação do judiciário*. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 71)

¹⁶ “Em 1803 inaugura-se o controle difuso de constitucionalidade das leis (*judicial review*) através do famoso caso Marbury x Madison, em que a Suprema Corte, presidida pelo juiz Marshall, afirmou seu poder de revisar os atos dos poderes Executivo e Legislativo, para a garantia da supremacia da Constituição”, (TASSINARI. Larissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites de atuação do judiciário*. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 71)

de constitucionalidade das leis, com a fundamentação apresentada no célebre e elogiado caso *Marbury X Madison*¹⁷.

O referido julgado é catalogado como o primeiro julgamento da Suprema Corte acerca da inconstitucionalidade de uma lei federal.

Ainda na primeira era do ativismo judicial deve ser referenciado como um exemplo de ativismo, mas no sentido funesto e infausto, o julgamento do caso *Dred Scott X Sandford*, ocorrido em 1857¹⁸. Neste julgado, a Suprema Corte, sob a presidência do Chief Roger Taney, aderiu a um posicionamento conservador e preconceituoso, ao considerar que o postulante, homem negro, não teria legitimidade para arguir a legalidade de uma lei federal, pois na condição de negro, pertenceria a “uma classe de seres humanos, subordinada e inferior, que tinha sido subjugada pela raça dominante, e mesmo que emancipados ainda permaneceriam sujeitos à sua autoridade”¹⁹.

A trilha dos julgamentos da Suprema Corte na chamada primeira era apresentava-se na maioria dos casos como conservadora, na acepção de não ser criadora ou criativa, e ainda, por muitas vezes, elas carregavam um viés mais político do que jurídico, na medida em que o Poder Legislativo editava leis de conteúdos cruciais que envolviam interesse privado com carga pública, ou econômica, e a responsabilidade para manter ou não as leis, eram transferidas ao Poder Judiciário, evitando-se assim o desgaste pessoal e da reputação do político. O caso *Dred Scott* é emblemático, ao caracterizar a transferência da responsabilidade do Legis-

¹⁷ “A Corte Marshall, como ficou conhecida à época do referido caso, julgou então inconstitucional e deixou de aplicar a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, afirmando historicamente o poder de *judicial review* da Suprema Corte. A lógica de *Marbury*, por todos conhecida: a Constituição é a lei suprema, imodificável por meios ordinários e pensamento contrário” subverteria o próprio fundamento de todas as constituições escritas”; um ato legislativo contrário à Constituição então não é lei, é ato nulo, e cabe à Corte, declarar essa nulidade. (CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1ª edição. 2015. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p.52)

¹⁸ *Dred Scott* foi escravo do major do Exército, John Emerson. À medida que Emerson era remanejado para diferentes postos militares, Scott o acompanhava, e em algumas dessas oportunidades, residiu em Territórios e Estados onde a escravidão era proibida...Inicialmente Scott obteve a vitória judicial, mas a decisão foi revertida pela Suprema Corte do Missouri. Depois de um arranjo para assegurar a jurisdição federal sobre o caso, a questão chegou à Suprema Corte. (CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1ª edição. 2015. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 54).

¹⁹ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF* . 1ª edição. 2015. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 54

lativo para o Judiciário, em uma posição análoga à referência histórica destinada a Pôncio Pilatos²⁰, que transferiu para o povo, a responsabilidade que era sua.

A segunda era, chamada “Era Lochner”, Era de Transição” ou “Era dos Juízes”, foi marcada pelo mundo dos negócios, ou seja, pela consolidação dos interesses econômicos e privados, como se o mercado comandasse as regras legais da época. E de fato essa posição era percebida nas decisões judiciais.

Segundo estudiosos, para a maioria dos juízes que compuseram a Suprema Corte na época, o maior instrumento da comunidade não era o governo, mas o mundo dos negócios. O Estado seria útil apenas para a proteção da liberdade individual. Durante esse período houve, portanto, uma proteção exacerbada dos interesses relacionados ao capitalismo e larga adoção da teoria do “*laissez faire*”²¹, que caracteriza e simboliza o liberalismo econômico, na vertente mais genuína do capitalismo, na concepção de que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência direta do Estado, apenas com regulamentos mínimos para proteger os direitos de propriedade.

Como representativo desta fase liberal econômica, deve ser mencionado o caso Lochner X New York, que consistiu no julgamento de arguição de inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Nova Iorque, que criminalizava a exigência ou permissão da jornada de trabalho de padeiros, que excedesse 60 horas semanais ou a média de 10 horas diárias. O objetivo da lei era proteger a saúde e o bem-estar desta classe de trabalhadores. Em verdade, o cerne da discussão jurídica era ficar determinado em que medida o Estado, através do Poder Judiciário, pode interferir na relação contratual privada, estabelecida livremente entre empregadores e empregados. A maioria da Suprema Corte entendeu que não.²²

²⁰ Pôncio Pilatos, também conhecido como **Pilatos** (em latim, **Pontius Pilatus**), foi Governador da província romana da Judéia entre os anos 26 e 36; período durante o qual **Jesus** foi condenado à morte de cruz. Antes de condenar Jesus à morte, lavou as suas mãos na água em sinal de purificação, e disse que ele lavava as mãos do sangue do condenado, que quem o condenou foi o povo. Pilatos sabia que Jesus era inocente.

²¹ RODRIGUES. Leda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Cultura Brasileira, 1992. P. 35/37

²² CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1ª edição. 2015. Ed. Forense. 2015. p. 57

A Suprema Corte entendeu ser a lei de Nova Iorque inconstitucional²³. A fundamentação aduzida pela maioria dos juízes vestia-se da roupagem da defesa da liberdade contratual. Contudo, era o pensamento liberal, do *laissez faire*, que guiava as decisões da Corte naquela circunstância. Houve naquela época uma mudança de paradigma quanto à presunção de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis. Em vista da composição da Corte, passou-se a adotar a “presunção de inconstitucionalidade” das leis sociais, ou seja, o Estado que criou determinada lei teria que demonstrar a necessidade de interferência nas relações contratuais, sob pena de a lei ser considerada inconstitucional.

Os juízes John Harlan e Oliver Holmes foram vencidos nas discussões do caso *Lochner*. O voto do Justice Holmes tornou-se célebre e foi bastante influente para a mudança de paradigma dos juízes conservadores que naquele julgado adotaram uma política econômica liberal, que não se coadunava com o texto constitucional, que contém norma aberta. Para ele, a Corte não poderia julgar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei social, baseando-se tão somente em um interesse econômico temporal.²⁴

O perfil da Suprema Corte entre aproximadamente os anos de 1895 e 1935, conhecida como Corte *Lochner*, em razão do julgamento alhures comentado, ficou assim notabilizada em razão de seus julgados contumazes na defesa da liberdade contratual, na defesa da propriedade e da não intervenção do Estado nas relações privadas. A representatividade da Suprema Corte estava alinhada aos interesses da elite econômica dominante da época, que preconizava e impunha a liberdade contratual e econômica das grandes empresas, sem ocupar-se da proteção individual das pessoas, de suas liberdades e direitos sociais. O papel desempenhado pela Suprema Corte, neste período, foi precipuamente o da manutenção dos interesses dos poderosos economicamente, assinalando em sua história um ativismo reacionário.

²³ “A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade, porque ela teria restringido sem fundamento razoável, ”o direito de contrato entre empregador e empregado concernente aos número de horas em que o último podia trabalhar”, o que violava, segundo a maioria da corte, “ a liberdade do indivíduo protegida pela XIV Emenda da Constituição Federal” A lei configurou, de acordo com a retórica libertária do Justice Rufus Peckham, interferência desarrazoada, desnecessária e inadequada do Estado de Nova Iorque sobre o direito de livre contratação das partes envolvidas. (CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1ª edição. 2015. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 57)

²⁴ Holmes destacou que “uma Constituição não é pretendida a incorporar uma teoria econômica particular, (...) é feita por pessoas de ponto de vista fundamentalmente divergentes, o que deslegitima a Corte e legitima as maiorias políticas de cada tempo, para decidir qual teoria econômica deve prevalecer em cada momento histórico (...)” .”Proposições gerais não decidem casos concretos”, disse Holmes, e o termo “liberdade” acaba “pervertido” com a abordagem amplificada e o uso indiscriminado em detrimento de decisões razoáveis tomadas pelas maiorias legislativas. CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. p. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 58

Esse traço conservador, e para alguns antidemocrático da Era Lochner, começa a ruir, com a ocorrência da denominada Grande Depressão²⁵ no ano de 1929. Este importante fato econômico iniciado nos Estados Unidos, agregado à chegada à Presidência de Franklin Roosevelt, fez com que a Suprema Corte passasse a modificar seus julgados, e iniciou-se, especialmente a partir de 1937, uma nova era, no que concerne à atuação do Judiciário, que passou a ostentar uma posição ativista, na defesa da Constituição, em uma perspectiva mais social, e menos econômica.

Em 1933, o Presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, instituiu uma série de medidas que buscavam estabilizar a economia daquele país, após a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque (1929). Tais medidas foram chamadas de New Deal²⁶.

Tal posicionamento do líder do Poder Executivo, influenciou enormemente nas decisões da Suprema Corte, visto que os programas de recuperação da economia norte americana, tinham como viés principal a defesa das classes sociais menos favorecidas e, portanto, mais afetadas pela crise, e o afastamento do poder econômico e único nas mãos dos grandes empresários e empresas, que dominavam o mercado, achacando a população. As medidas incluíam fixação de salário mínimo, jornada de trabalho, dentre outros, o que caracterizaria um enfrentamento às idéias consolidadas pela Corte da não intervenção ou intervenção mínima do Estado nos interesses econômicos.

A Suprema Corte continuava a manter sua postura conservadora diante dos programas de recuperação econômica do governo, notadamente o New Deal, chegando a negar validade a três medidas do governo, ao argumento de que o Congresso havia outorgado inconstitucionalmente ao ao Presidente poderes para alterar e intervir na economia.

Diante desta resistência da ala conservadora da Corte, que compunha a sua maioria, o Presidente Roosevelt, tomou uma medida drástica, mas extremamente sagaz, que surtiu efei-

²⁵ A Grande Depressão foi um período de extrema crise econômica nos Estados Unidos. A Depressão se deu início com uma queda drástica da bolsa de valores em 1929 que resultou na falência de muitos bancos, indústrias e indivíduos. Com a perda de confiança na economia, o desemprego aumentou e a produção caiu significativamente. A Grande Depressão começou nos Estados Unidos, logo se espalhou globalmente e durou até 1939

²⁶ O **New Deal** (em português, *novo acordo* ou *novo trato*) foi o nome dado à série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e assistir os prejudicados pela Grande Depressão. Seu nome foi inspirado em *Square Deal*, nome dado por Theodore Roosevelt à sua política econômica. WIKIPEDIA, https://pt.wikipedia.org/wiki/New_Deal acessado em 09-11-17

tos concretos diante da postura refratária dos membros da Suprema Corte. Os juízes da Corte Maior Norte Americana exercem suas funções de forma vitalícia, e naquela época, 6 dos 9 membros tinham mais de setenta anos, e em razão deste fato, eram chamados de *Old Court*. Roosevelt então, objetivando alterar o quadro daquela composição longeva, encaminhou ao Congresso Nacional em 5 de fevereiro de 1937, uma lei que permitiria a nomeação imediata de um juiz adicional para cada membro da Corte com mais de 70 anos. Então Roosevelt, poderia, naquele momento, de uma única vez, nomear 6 juízes.²⁷

Embora a estratégia de modificar o quadro da Suprema Corte não tenha ocorrido como idealizado por Roosevelt, dado que não obteve o suporte popular e político que esperava, produziu uma mudança de paradigma no pensamento dos julgadores²⁸, que passaram a concordar com o *New Deal*, e a afastarem-se dos ideais do *laissez faire*, rompendo com o absolutismo da liberdade contratual. Foi, portanto, uma mudança substancial de padrão, visto que a maioria da Corte era composta por juízes que representavam o arquétipo do conservadorismo, da não inovação e do pensamento liberal econômico corrosivo.

A partir deste embate entre Poder Executivo pelo presidente Roosevelt e Poder Judiciário, pelos juízes conservadores da Suprema Corte, uma nova visão acerca dos direitos ocorreu, especialmente com a mudança de posicionamento político do justice Owen Roberts, que passou a ocupar a posição na Corte, dos que apoiavam a *New Deal*²⁹.

²⁷ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 64

²⁸“a Suprema Corte “capitulou, em meio à ameaça de uma autêntica crise constitucional,” e superou as decisões anteriores contra o *New Deal*. Em função da mudança de orientação do juiz moderado Owen Roberts, que ficou conhecida como “the switch in time that saved nine” (a mudança em tempo de salvar os nove), a nova maioria a favor do New Deal, abandonou a doutrina do *laissez faire*, e negou o caráter absoluto da liberdade do contrato, reconhecendo que tal direito deveria sujeitar-se à regulação razoável pelo Estado. A Corte deixou de lado o ativismo conservador e passou a ser deferente às medidas de reforma política e social do *New Deal*, sendo asseguradas, em definitivo, as transformações constitucionais pretendidas pela coalização política dominante, liderada por Roosevelt – ACKERMAN, Bruce. *Who the People*. Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991 apud CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. 1ª edição. Ed. Forense. 2015. p. 64/65

²⁹ O alinhamento entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte após a vitória na batalha pelo *New Deal* é um dos exemplos usados por Robert Dahl, *Decision – Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy – Maker*. *Journal of Public Law*, Vol. 6 (2), 1957, p 279/295, para provar sua tese sobre a Corte como um ator político nacional. Para Dahl, “exceto por períodos curtos de transição quando a velha aliança está desintegrando e a nova está lutando para tomar o controle das instituições políticas, a Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante”, “uma parte essencial da liderança política”, exercendo a tarefa fundamental, com seu poder de interpretação constitucional, de conferir legitimidade “sobre padrões básicos de comportamento exigidos para a operação de uma democracia”. A questão é que esses períodos de transição não costumam ser tão curtos assim e a luta por sua superação é sempre muito dramática. apud CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial*. 1ª edição. Ed. Forense. 2015. p. 65

O presidente Roosevelt foi obtendo cada vez mais apoio na Corte, e no período de 1937 a 1943, com a morte ou afastamento de alguns membros, introduziu naquele tribunal 8 novos juízes, todos democratas, com ideologias sociais e apoiadores do *New Deal*. Não havia mais espaço para julgamentos tradicionalistas e reacionários, típicos da Era Lochner. Evidencia-se, portanto que, a depender da composição da Corte, majoritariamente, seguidora de determinado modelo ideológico ou político, os julgamentos serão reacionários ou progressistas.

A fase que se sucedeu foi marcada por decisões relacionadas às liberdades civis, tendo a Suprema Corte decidido em diversos casos, de forma ativista, reconhecendo direitos de minorias, ou grupos menos favorecidos. A chamada Corte Warren, referente ao período de 1952 a 1969, julgou casos que repercutiram significativamente na história do ativismo da Suprema Corte. O justice Warren, segundo Baum³⁰, embora não ostentasse uma capacidade jurídica elevada, possuía uma indiscutível capacidade de liderança, que utilizava para buscar consensos, mesmo que em casos controvertidos”. A Corte Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos, para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático.³¹ Foi uma Corte que se notabilizou e ingressou para a história do constitucionalismo norte americano, como a mais ativista das composições da Suprema Corte.

O bloco liberal e ativista da Corte Warren era formada pelos juízes Black, Douglas, Brennan, Warren e Arthur Goldberg.

Como o exemplo mais representativo desta fase ativista, registre-se o caso *Brown X Board of Education*, cujo julgamento ocorreu em 17 de maio de 1954. Tratou-se de uma ação judicial proposta por Oliver Brown, que buscou fazer a matrícula de sua filha Linda, de 7 anos, em uma escola pública, e a admissão da menina foi negada, ao argumento de que aquela escola primária, na pequena cidade de Topeka, Kansas, era reservada a brancos; portanto negros não poderiam estudar lá.

³⁰ BAUM. Laurence. *A Suprema Corte americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro. Forense, 1987 – 240-245

³¹ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial no STF*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 73

O caso foi submetido à apreciação da Suprema Corte, que decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas do país, reputado que tal procedimento feria a Emenda XIV, da Constituição, que preconiza a *equal protection* (princípio da igualdade)³².

Outros casos da Era Warren podem ser citados, como julgamentos ativistas emblemáticos, como Engel X Vitale e Abington School District X Schempp, nos quais a Suprema Corte decidiu que as escolas públicas não podiam realizar orações, tampouco exercícios de leitura da Bíblia com seus alunos; o caso Miranda X Arizona, em que a Corte anulou uma condenação, porque o suspeito não teria sido informado, antes de seu interrogatório, de seu direito ao silêncio e à presença de um advogado.³³

Grande parte das decisões proferidas pela Suprema Corte na Era Warren tornaram-se referência de constitucionalismo e de ativismo judicial consciente, revelando a necessidade de uma dimensão mais aberta por parte dos julgadores na interpretação do texto constitucional.

Com a aposentadoria do juiz Warren em 1969, a Corte foi transformando-se, e voltando ao conservadorismo alhures concebido, e ao posicionamento refratário ao ativismo judicial, defendendo-se a autorrestrrição ou auto-contenção, visto que os presidentes republicanos que assumiram a presidência dos Estados Unidos da América, em uma sequência que durou mais de 20 anos, retornaram ao pensamento reacionário da Suprema Corte. Os presidentes republicanos foram Richard Nixon (1969-1974), Gerald Ford (1974-1977), Ronald Reagan (1981-1989), George H. W. Bush (1989-1993), George W. Bush (2001-2009), e atualmente em exercício, Donald Trump. De 1969 até o ano de 2017, tiveram apenas 3 presidentes democratas, e durante seus mandatos buscaram uma harmonia com os membros da Suprema Corte, formada em sua maioria ainda de conservadores.

Convém referenciar o período do governo de Barack Obama, que exerceu a presidência dos Estados Unidos no período de 2009 a 2017, em um governo democrata, que encontrou muita resistência na Suprema Corte constituída em sua maioria por republicanos nomeados por George W Bush. O caso de maior repercussão foi a decisão relacionada ao programa de

³² Neste histórico voto, ficou assentado que a segregação racial, produziria uma sociedade desigual, contrária ao propósito igualitário da XIV Emenda, e por isso, seria inconstitucional. CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. 1ª edição. Ed. Forense. 2015. p. 75

³³ BAUM. Laurence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro. Forense, 1987. 244-246

governo intitulado ObamaCare, que consistiu em um programa de governo que determinou que todos os norte-americanos deveriam contratar um seguro saúde, denominado mandato individual.

Por cinco votos a quatro, a Suprema Corte dos EUA manteve a parte central da reforma de saúde do presidente Barack Obama. A decisão significa que a reforma histórica continuará em vigor durante os próximos vários anos, afetando a forma como incontáveis americanos recebem e pagam por sua assistência pessoal de saúde.

A decisão foi escrita pelo chefe de Justiça John Roberts.³⁴ Os quatro juízes liberais da corte, à época: Stephen Breyer, Ruth Bader Ginsburg, Elena Kagan e Sonia Sotomayor, uniram-se a Roberts em sua decisão. Os juízes Samuel Alito, Anthony Kennedy, Antonin Scalia e Clarence Thomas discordaram. Os opositores da medida disseram que o Congresso não poderia forçar as pessoas a comprar produtos de companhias privadas. O governo afirmou que o seguro de saúde não poderia ser comparado a um produto qualquer.

A história do ativismo judicial estadunidense enquadra-se como referência para estudiosos sobre o tema, especialmente pelo fato de que a composição da Suprema Corte por juízes com inclinações políticas republicanas ou democráticas imprimem a trajetória das decisões.

Nas palavras de Carlos Alexandre Campos: “(...) o ativismo judicial se revela por diferentes dimensões, e que ele não pode ser considerado pura e simplesmente uma atitude deliberada dos juízes, mas sim que responde a diversos fatores exógenos e endógenos, mas destacadamente elementos políticos (,,) ativismo judicial e política praticam um jogo complexo de implicações recíprocas.”³⁵

1.2 – Na Europa Ocidental

Sem dúvida, os Estados Unidos da América constituem-se no país de maior referência no tocante ao tema ativismo judicial, tendo em vista sua vetusta, longeva e durável Constituição de 1789, batizada como a primeira Constituição escrita de que se tem registro na história,

³⁴ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. RIDB, Ano 2 – 2013- nº 7, p. 6558
SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

³⁵ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. 1ª edição. 2015. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 97.

e que se mantém até os dias atuais. A atividade jurisdicional astuta passa a ter uma percepção mais fina, após a implementação das Constituições de cada país, que migraram do modelo de Estado legislativo de Direito, para o Estado Democrático de Direito, tendo a Constituição um papel central na ordem jurídica, situação em que os Tribunais Constitucionais no mundo passaram a ser instados a se manifestarem sobre leis que podiam conter violações ao texto constitucional. Referida atuação dos membros do Poder Judiciário passou a denominar-se jurisdição constitucional.

Luis Roberto Barroso: “A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição aos órgãos judiciais”³⁶. Estabelece o jurista que:” em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”³⁷.

A presente dissertação abordou no primeiro item deste capítulo, o histórico estadunidense do ativismo judicial. Serão analisados nos itens que se seguem outras legislações, que embora não tenham um dilatado histórico sobre o tema, merecem menção. Alemanha, Itália e Espanha foram eleitos os países, cujas legislações serão comentadas. Os dois primeiros, visto que participaram dos chamados Países do Eixo, na Segunda Guerra Mundial, e sofreram as consequências devastadoras da guerra, em especial, no tocante a práticas degradantes da dignidade da pessoa humana, bem como o desrespeito aos mais elementares direitos da pessoa, visto que submetidos a ditadores implacáveis, respectivamente Adolf Hitler³⁸ e Benito Mussolini³⁹. Tentando romper com este passado de horrores instituíram suas Constituições: a alemã em 1949, e a italiana em 1947.

³⁶ Acrescenta o Ministro do STF que: “No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas (...)”(...) A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição)”. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2017. p. 439/440

³⁷ IDEM

³⁸ Adolf Hitler criou o Partido Nazista na Alemanha, e comandou o país entre 1934 e 1945

³⁹ Benito Mussolini instituiu o Partido Nacional Fascista, tornando-se Primeiro Ministro da Itália em 1922, mantendo-se no poder até 1945

Além do fenômeno nestes dois países, será abordado o ativismo judicial na Espanha, de tradição conservadora, no sistema *civil law*, coadunado com o positivismo jurídico, e com o vínculo às leis, sendo sua última Constituição datada de 1978. A referida Constituição que está em vigor foi uma consequência do processo histórico vivido por aquele país, após muitos anos de um regime fascista instaurado e mantido por 36 anos por Francisco Franco Bahamond que, embora tenha se mantido neutro durante a Segunda Guerra Mundial, ainda que alinhado aos fascistas, manteve sob seu jugo, um país, considerado um dos mais pobres da Europa, na época.⁴⁰

Constata-se inexoravelmente, que o caminho percorrido para o expansionismo da atuação jurisdicional repousa sua gênese nas Constituições, e historicamente, a promulgação das Constituições vem ao cabo de movimentos populares, revolucionários e progressistas, que objetivam romper com um modelo que não mais atende aos seus interesses, ou afrontam suas metas democráticas. Neste jaez, o presente estudo percorrerá, em circuito curto, lineamentos do ativismo judicial na Alemanha, na Itália e na Espanha, sem contudo, ter a pretensão de um entranhamento nas raízes profundas de cada legislação.

1.2.1 – Na Alemanha

Promulgada em 23 de maio de 1949, a Constituição Alemã é uma Carta com cunho notadamente protetivo de direitos fundamentais. A Segunda Grande Guerra, havia se encerrado fazia 4 anos, e os parlamentares alemães consolidaram a existência e repartição de competências entre o Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em 28 de setembro de 1951 foi criado e instituído o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). As decisões proferidas por seus membros passam a ser obrigatórias para as instâncias políticas, estatais e jurídicas da Alemanha. Destacou o primeiro presidente da Corte Constitucional Alemã que o escopo maior daquele tribunal era garantir o cumprimento da Lei Fundamental alemã.

⁴⁰ Francisco Franco, manteve-se no poder na Espanha de 1936 a 1975

Desde sua criação, o Tribunal alemão transitou entre as funções de protetor e criador das leis e regras. Todavia, a tônica central de sua atuação sempre foi fundada na garantia da dignidade humana.⁴¹

As decisões de controle de constitucionalidade das leis, que tornam o Tribunal Constitucional como o principal protagonista da interpretação da vontade da Constituição, deflagram uma participação concreta, expressa ou implícita na construção do sistema normativo infraconstitucional.

Segundo Klaus Stern⁴², o Tribunal tem, por meio de modernas e inventivas práticas de declaração de inconstitucionalidade, participado diretamente da criação do Direito no nível legislativo⁴³ - além de pura declaração de nulidade ou de inconstitucionalidade das leis, a interpretação conforme a Constituição, a superação de omissões legislativas e o “apelo ao legislador”, tem se revelado técnicas criativas de decisões, por meio das quais o Tribunal vem inovando na ordem jurídica⁴⁴.

Referidas técnicas, citadas na obra de Vanice Valle⁴⁵, podem ser: provimentos de cunho admonitório, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais), de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a Corte sustenta ainda constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora. Ambas são, sem dúvida, estratégias destinadas à construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema do equilíbrio e harmonia entre os poderes”⁴⁶.

⁴¹ “A Constituição estabeleceu um Tribunal Constitucional amplamente acessível, titular de significativos poderes de decisão do monopólio do controle judicial de constitucionalidade das leis e da missão de fazer valer o compromisso dos direitos fundamentais e a garantia da dignidade humana. GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. *El Tribunal Constitucional Alemán em la Construcción del Espacio Europeo de los Derechos*. Navarra: Civitas, 2010. p. 212 apud CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. 1ª edição. 2015. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 100

⁴² STERN, Klaus. *Jurisdicción Contitucional y Legislador*. Tradução de Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson. 2009. P. 56-67. Apud CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial*. 1ª edição. 2015. Ed. Forense. 2015. p. 101

⁴³ IDEM

⁴⁴ IDEM

⁴⁵ VALLE. Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. 1ª edição. Ed. Juruá. Curitiba. 2012. p. 28

⁴⁶ IDEM

Diante deste complexo e austero sistema de decisões do Tribunal Constitucional alemão, os parlamentares daquele país passaram a nortear e ajustar os projetos de lei que apresentarão ao plenário, à jurisprudência deste tribunal, objetivando desviar-se de futura arguição de inconstitucionalidade. Segundo Alec Sweet⁴⁷, cientista político norte americano que fez um profundo estudo sobre a jurisdição constitucional na Europa, “os poderes políticos na Alemanha, são influenciados pelo conjunto de decisões de inconstitucionalidade”.⁴⁸ O autor menciona a expressão: “autoridade pedagógica” das decisões das Cortes e na recepção das regras e dos termos do discurso judicial dos legisladores⁴⁹.

O Tribunal Constitucional alemão criou e adotou um método refinado, científico e revolucionário para solucionar conflitos que envolvem temas sensíveis, que suscitam muita discussão e interesse por parte da população, tais como: liberdade de expressão, de imprensa, de religião, o Estado e a Igreja, de funcionamento de partidos políticos, como alguns a serem citados.

A metodologia empregada pelo Tribunal Constitucional alemão influenciou enormemente muitos outros tribunais, incluindo-se o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Embora seja alvo de críticas por parte de alguns estudiosos, tendo em vista a expansão de sua importância política e social, é inegável que o sistema revela-se como o que melhor atende aos imperativos do constitucionalismo, e consiste na elevação a patamar excelso dos princípios constitucionais com destaque à dignidade da pessoa humana.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos: “O desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, é, sem dúvida, a principal marca do Tribunal Constitucional

⁴⁷ Alec Stone Sweet se formou na *Western Washington University* (BA, Ciência Política), o *Johns Hopkins SAIS* (MA, Relações Internacionais) e a *Universidade de Washington* (Ph.D., Ciência Política). Stone Sweet trabalha nos campos da política comparativa e internacional, do direito comparativo e internacional e da integração europeia. Ele publicou onze livros e volumes editados e mais de 70 trabalhos, inclusive no *American Journal of Sociology*, na *American Political Science Review*, em *Estudos Políticos Comparados*, na *Política Oeste Européia*, no *Jornal Internacional de Direito Constitucional*, no *Jornal de Política Pública Européia*, e a *Revue Française de Ciência Política*. A pesquisa de Stone Sweet teve ampla influência tanto na lei como nas ciências sociais. O artigo de 1996, " *Judicialization and the Construction of Governance* " (publicado em 1999) desenvolveu uma teoria da "judicialização", explicando como o poder judicial surge, institucionaliza e impacta nos mercados e na política..

⁴⁸ SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional politics in Europe*. Oxford University. 2000. p.

95

⁴⁹ IDEM

alemão”.⁵⁰ Em verdade, o modelo consagrado pelos juristas alemães, encampa um sistema de direitos fundamentais da Constituição, como uma ordem axiológica e hierárquica de princípios objetivos, e não apenas um conjunto de direitos subjetivos de defesa do indivíduo.⁵¹ Sobreleva a ponderação de interesses e a proporcionalidade.

Passa-se então, à análise de alguns casos julgados pelo Tribunal Constitucional, e que exprimem a amplificação da utilização dos princípios, assim reconhecido com eficácia horizontal, e da constitucionalização do direito.

O primeiro e mais eloquente e referenciado caso alemão, em que o critério de utilização de princípios constitucionais e a ponderação de interesses foi representado de forma expressa, foi o caso Lüth, que transformou o Tribunal Constitucional alemão uma referência mundial em jurisdição constitucional, alcançando naquele dado momento, prestígio superior ao da Suprema Corte norte-americana, que sempre ostentou a primazia e detinha o domínio da matéria, servindo de referencial para os demais.

O julgado envolve Veit Harlan, alemão, produtor de cinema, que lançou nos anos 50 um filme romântico chamado “Amada Imortal”. Entretanto, já havia lançado em 1941 um filme, Jus Süb, de teor absolutamente anti-semita, como divulgação de idéias nazistas e de representações negativas dos judeus. Sabendo que Harlan lançaria um filme – “Amada Imortal”, Eric Lüth passou a liderar um boicote ao filme, chegando a conclamar, em um manifesto escrito que os “alemães decentes” não assistiriam ao filme. Referido manifesto teve como consequência o fracasso de público do filme.

Diante de tal fato, Veit Harlan, juntamente com a produtora do filme, ingressaram com ação judicial alegando que o ato praticado por Eric Lüth violava o § 826 do BGB - Código Civil alemão, e que havia lhes causado prejuízo, e que, portanto, deveria ser Lüth obrigado a não mais manifestar-se sobre o filme, e a reparar os danos causados à produtora do filme, bem como a Harlan. A tese invocada por Harlan prevaleceu em todas as instâncias ordinárias, entendendo os órgãos jurisdicionais que as manifestações de boicote praticados por Lüth violariam a moral e os bons costumes.

⁵⁰ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 102

⁵¹ HESSE. Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 1ª edição. Ed. Safe. 1998. P. 487

Inconformado com a decisão que o condenou a se calar e a ter que indenizar Harlen, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional que reformou as decisões das instâncias inferiores, sob o fundamento de que o direito fundamental à liberdade de opinião irradiava sua força normativa constitucional, sobre o Direito ordinário, no caso das leis civis, impondo-se aos tribunais ordinários a necessidade de emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares. Utilizou-se o Tribunal da ponderação de interesses: de um lado, o direito de alguém que sofreu um prejuízo financeiro em razão da manifestação do pensamento e expressão de outrem. Ao sopesar os interesses, em prestígio ao princípio constitucional da liberdade de expressão, o Tribunal conferiu razão a Lüth. Esse paradigmático julgado foi o embrião do princípio da proporcionalidade. A utilização desse sistema metodológico alemão propicia o ativismo judicial.

Este julgado tornou-se orientação para atuação de órgãos judiciais na Alemanha e em vários países. A Corte Constitucional alemã desenvolveu neste julgado, algumas concepções que são consideradas na atualidade, as bases de sustentação da teoria dos direitos fundamentais, especificamente: a) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, b) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, c) a constitucionalização do direito e d) a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos.

Dieter Grimm⁵², avalia a importância dessa decisão, considerando-a a mais importante já proferida pela Corte alemã. Em sugestiva análise, afirma o jurista que a ponderação de bens, a proporcionalidade, a irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito ordinário e o dever de proteção que decorrem dos direitos fundamentais, a partir dessa decisão, tornaram-se “artigos de exportação” do Direito Constitucional alemão, oferecendo ainda justificativa para a estima que se costuma dedicar àquele Tribunal Constitucional.⁵³

Outro caso submetido à apreciação do Tribunal Constitucional alemão, e que merece alusão foi a chamada “decisão do crucifixo”, que estremeceu os alicerces da popularidade e aceitação do ativismo judicial do Tribunal Constitucional, visto que a decisão provocou comoção religiosa no segundo maior Estado da Alemanha.

⁵² GRIMM, Dieter. *A carreira de um chamado ao boicote*. Periódico Die Zeit. Politik. 2001. p. 10

⁵³ IDEM

Os pais de uma aluna de escola pública na cidade de Bruckmuehl, no Estado da Baviera (ou *Bayern*), pleitearam perante a direção da escola, a retirada de crucifixos existentes nas salas de aula. A presença de crucifixos em todas as salas estava fundada em uma regulamentação do ensino fundamental do Estado da Baviera, que impôs a exposição de crucifixos nas paredes das salas de aula do ensino fundamental.⁵⁴ Por serem ateus, entendiam os pais, que sua filha, com 10 anos de idade, deveria ser educada na maior neutralidade possível, sem ideologias ou religiões. Diante da negativa da escola, buscou-se uma solução judicial para o assunto. Inicialmente, o Tribunal Administrativo de Regensburg manteve a decisão da escola de permanecer com os crucifixos sobre os quadros-negros.

Porém, em 10 de agosto de 1995, o Tribunal Constitucional Federal decidiu, em decisão não unânime (5x3 votos) que a instalação de crucifixos nas salas de aula das escolas públicas contraria o art. 4º, § 1º, da Constituição alemã, que preceitua: "A liberdade de crença, consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis". Na interpretação do tribunal, a Constituição confere tanto a liberdade de se ter uma religião, quanto a de não seguir nenhuma (liberdade religiosa negativa). Portanto, a inclusão de crucifixos nas escolas públicas força todos os alunos a terem contato com símbolos que não necessariamente condizem com sua opção individual, e opõe-se a essa liberdade constitucional.

Referida decisão gerou uma comoção local, com o desencadeamento de protestos de milhares de pessoas, de líderes religiosos, de movimentos católicos, que se insurgiram exasperados, diante de decisão que segundo eles violava as tradições católicas da região, eminentemente católica, e que a vontade da minoria não poderia se sobrepor a da maioria.

O Tribunal sofreu um duro golpe em seu prestígio, visto que sempre ostentou um representativo apoio popular em suas decisões. Políticos, imprensa, grande parte da população, dentre outros, acusaram o Tribunal de decidir contra a vontade popular. Nas palavras de Kommers "foi a reação mais negativa a uma decisão judicial, na história da República Federal, e o único caso de oposição clara e aberta a uma decisão do Tribunal Constitucional".⁵⁵

O ativismo alemão concretizado nas decisões do Tribunal Constitucional, passou a ser questionado, a partir da decisão do crucifixo, contudo seguiu o seu percurso, até os dias pre-

⁵⁴ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 106

⁵⁵ KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2ª ed. Durham: Duke University Press, 1997. 483

sentes, e será sempre referenciado como a Corte que criou critérios metodológicos concretos para a conclusão da melhor decisão a ser definida, na ocorrência de conflitos de direitos infra-constitucionais em oposição ao texto constitucional.

1.2.2 - Na Itália

A exemplo do ocorrido na Alemanha, a Itália igualmente carrega em sua história o sombrio passado de dominação de um violento ditador, Benito Mussolini (manteve-se no poder entre 1922 e 1945), que submeteu a população à barbárie, representada por violações à integridade física, à dignidade, e a vários direitos morais. Foi o fundador do Partido Fascista e aliado de Hitler na Segunda Grande Guerra. Mussolini foi morto em 1945, mas seu legado de dominação fascista ainda perduraria por algum tempo.

Em 22 de dezembro de 1947, a Assembleia Constituinte italiana promulgou a Constituição, estabeleceu a democracia como forma de governo, na tentativa de romper com os rigores do sistema fascista de seu maior ditador. A Carta Maior previa a criação da Corte Constitucional, que seria o órgão judicial competente para o controle de constitucionalidade das leis. No entanto, somente em 1956 ela foi instituída. Ocorre que houve um conflito entre a nova Corte e a já existente Corte de Cassação, quanto aos poderes destinados a cada um.

Na visão do doutrinador italiano Carlos Guarnieri⁵⁶, a criação da Corte Constitucional e sua polarização com a Corte de Cassação no conflito pela atribuição de fixar a interpretação da lei, antes monopólio dessa última, determinaram uma postura mais ativista por parte da Corte.⁵⁷

Segundo Vanice do Valle, na experiência italiana, destaca-se a doutrina do direito vivente.⁵⁸

⁵⁶ GUARNIERI, Carlo. Judicialismo, como funciona la máquina judicial? el modelo italiano. Tradução de Alejandro W. Slokar y Norberto F. Frontini. Buenos Aires: Hamurabi, 2003 apud VALLE. Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. 1ª edição. Ed. Juruá. Curitiba. 2012. p. 29/30

⁵⁷ IDEM

⁵⁸ Segundo a autora, o “direito vivente, mitiga os riscos atinentes a uma excessiva concentração de poderes nem favor da Corte Constitucional. Operando a Itália sob um sistema de jurisdição constitucional concentrada, em que a provocação à análise da questão constitucional dissemina-se por todo o Judiciário, ao remeter-se a decisão à Corte Constitucional, põe-se como variável à consolidação do papel deste órgão jurisdicional, a construção de

A Corte de Cassação, órgão de cúpula da magistratura, era à época constituída por juizes que foram formados no regime anterior, e que ainda mantinham seus julgamentos em um sentido conservador. Em muito pouco contribuíram para o controle de constitucionalidade.

O novo texto constitucional italiano instituiu diversos direitos fundamentais, tais como: liberdades - de pensamento, religiosa, de expressão, dignidade, direitos sociais, entre outros. No entanto, a Corte de Cassação passava ao largo de discussões constitucionais mais profundas. Com decisões dessa espécie, a Corte de Cassação fazia dos direitos fundamentais da nova Constituição, apenas direitos de papéis e impedia “a renovação constitucional do Estado italiano”.⁵⁹

O constitucionalismo pós-guerra somente foi alcançado com o efetivo funcionamento da Corte Constitucional, formada por juizes com o propósito de romper como o antigo sistema fascista e assegurar o efetivo cumprimento dos direitos descritos e revistos na Constituição, determinando, de forma definitiva, que o controle de constitucionalidade seria de sua competência exclusiva. E em decisão histórica, datada de 1956, decidiu a Corte pela eficácia normativa imediata das chamadas normas constitucionais programáticas. Consagrou nesta mesma sentença, a possibilidade de controlar direta e concentradamente a constitucionalidade da legislação fascista pré-constitucional. Proveitoso mencionar, diferente do que ocorre no Brasil, que no sistema italiano reconhece-se que “o contraste entre constituição nova e leis velhas, origina sempre um vício de inconstitucionalidade, e não a revogação da lei velha, incompatível com a carta nova”.⁶⁰

O ativismo judicial da Corte Constitucional italiana passou a desenvolver um sistema inovador para as decisões proferidas, na hipótese de omissão do Parlamento, denominadas sentenças manipulativas. A doutrina relaciona três categorias de sentenças manipulativas, a saber: 1) sentenças interpretativas; 2) sentenças aditivas e 3) sentenças substitutivas⁶¹. Mister

uma cooperação com os próprios membros do Judiciário, que detinham competência para elevar os temas à sua apreciação. VALLE. Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. 1ª edição. Ed. Juruá. Curitiba. 2012. p. 30

⁵⁹ BATTAGLIA, Achille. *I giudici e la politica*. 2ª. Edição. Ed. Laterzia. 1962. p. 130.

⁶⁰ ZAGREBELZY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. 2ª. Ed. Bologna, 1988 apud CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial*. 1ª edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2015. p. 117/118

⁶¹ IDEM

a distinção entre as três modalidades, consignando desde já, que as sentenças aditivas carregam o arquétipo do ativismo, em sua forma mais autêntica.

As sentenças interpretativas são assim denominadas, quando o juiz declara a nulidade de parte do comando normativo, sem alterar formalmente o texto legal. Esta modalidade sofre críticas da doutrina, tendo em vista que oferece uma autonomia de interpretação ao julgador, sem limitações. Nas chamadas sentenças substitutivas, o julgador formula um novo conteúdo jurídico, em substituição do antigo existente.

Mas é nas sentenças aditivas que os julgadores atuam em uma conformação mais específica e técnica, pois surge nas lacunas ou omissões do Parlamento. Na doutrina de Zagrebelsky⁶², a Corte reconhece a inconstitucionalidade da lei “na parte em que não prevê algo que deveria prever”⁶³, e supre a lacuna, adicionando o significado normativo faltante.

Convém trazer à baila um exemplo representativo desta modalidade de sentença aditiva, em que a Corte de forma criadora, concebe e institui algo novo, com o escopo de suprir falta normativa, aditando ou adicionando ao texto legal, o que está ausente. Trata-se da sentença nº 190, datada de 10 de dezembro de 1970, proferida pela Corte Constitucional, ao analisar o artigo 304, § 1º do Código de Processo Penal Italiano de 1930, que permitia a participação ativa do Ministério Público nos interrogatórios dos acusados durante a instrução criminal, mas não previa nem ao menos a participação ou presença dos defensores do acusado. Ao julgarem o caso, os membros da Corte Constitucional debateram sobre o tema e concluíram que a não participação dos defensores dos acusados configuraria afronta ao direito constitucional de defesa, e que, portanto, a melhor solução, na abstenção do legislador naquela matéria, seria permitir a inclusão do defensor, para o acompanhamento do acusado em todas as fases de instrução criminal.⁶⁴ Este caso revela a omissão legislativa inconstitucional.

Todavia, referidas sentenças aditivas, embora se revistam de efetividade jurisdicional, trazem em sua base uma discricionariedade do julgador e um aumento substancial do poder político da Corte, metamorfoseando o magistrado em legislador positivo, e portanto, obje-

⁶² IDEM

⁶³ IDEM

⁶⁴ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 118

to de tantas críticas. Nas palavras de Zagrebely: “uma função paralegislativa, substitutiva daquela do parlamento e estranha à natureza das funções da nossa Corte Constitucional”.⁶⁵

Embora as críticas sejam sempre mencionadas, sobretudo no âmbito do Parlamento, que percebe-se fragilizado diante da atuação expansiva ativa do Poder Judiciário, constata-se que o pragmatismo da Corte Constitucional italiana agrada a população, que encontra no repertório jurisprudencial, a elucidação dos conflitos, que não foram dirimidos pela atuação do legislativo, na elaboração de normas, que concretamente representem os anseios dos cidadãos.

1.2.3 – Na Espanha

O neoconstitucionalismo espanhol deita suas raízes na promulgação da Constituição moderna, ocorrida em 27 de dezembro de 1978, após aflitivo e longo período de regime ditatorial, comandado por Francisco Franco Bahamonde, iniciado em 1939 e que teve seu fim em 1975, com a morte do ditador.

Os ideais libertários da população revestiram e deram a tônica do texto constitucional que instituiu um Estado Democrático de Direito, sob a forma política da Monarquia Parlamentar⁶⁶. O Rei é o Chefe do Estado, personalidade que encarrega-se de exercer funções de natureza eminentemente simbólica, e que não possui poder efetivo de decisão.

A nova ordem constitucional pugna pela defesa de direitos e liberdades individuais, alcançando a dignidade da pessoa a um patamar de hierarquia constitucional elevada.⁶⁷

⁶⁵ ZAGREBELZY, Gustavo. *La giustizia costituzionale* 2ª. ed. Bologna, 1988. p. 298.

⁶⁶ Constituição espanhola de 1978.

Artigo 1º.

1. Espanha torna-se um Estado social e democrático de direito, que defende como valores superiores de sua liberdade legal, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.
2. A soberania nacional pertence ao povo espanhol, de quem emanam os poderes do Estado.
3. A forma política do Estado espanhol é uma monarquia parlamentar.

⁶⁷ **Artigo 10.**

1. A dignidade, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamento da ordem política e da paz social.
2. As regras relativas aos direitos e liberdades fundamentais que as Constituição deve ser interpretada em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas questões ratificada pela Espanha.

Artigo 20.

1. Sejam reconhecidos e protegidos os seguintes direitos:
 - a) A livremente exprimir e divulgar pensamentos, idéias e opiniões através palavras, por escrito ou qualquer

Especialmente no que concerne ao ativismo judicial espanhol, merece referência a instituição do Tribunal Constitucional espanhol, em 12 de junho de 1980, órgão constitucional destinado a exercer a função suprema de interpretar a Constituição⁶⁸. O Tribunal Constitucional Espanhol encontra-se fora da estrutura judicial ordinária e decide com supremacia em relação às instâncias ordinárias, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário. O referido tribunal é o intérprete da Constituição e das normas de direitos fundamentais, cabendo aí também o propósito de uniformizar a interpretação acerca dos direitos fundamentais. Representa, na lição de Garcia Pelayo,⁶⁹ “a expressão orgânica da primazia da Constituição”.

A atuação ampliada do Poder Judiciário, a evidenciar o chamado ativismo, emerge comumente, de omissões legislativas, quer porque os membros do Parlamento não querem enfrentar questões mais sensíveis, que podem resvalar em sua aceitação popular, quer por inação da sua própria atividade. Diante do cenário de inércia legislativa, aliado à necessidade de uma resposta aos anseios sociais, deriva a atuação jurisprudencial, que desenvolve técnicas e modalidades de provimento que permitem a concretização de atividades distintas da simples chancela de validade ou invalidade dos temas submetidos a controle. Segundo Gomez Puente, é na baixa densidade de normas constitucionais que se encontrará maior liberdade de atuação, e justamente esses espaços propiciaram na Espanha, o desenvolvimento das sentenças interpretativas e aditivas, veículos da concretização do ativismo judicial⁷⁰.

outromeio de reprodução.
 b)A produção e literária, artística, científica e técnica.
 c)a liberdade acadêmica.

d) A comunicar-se livremente ou receber informação verdadeira por qualquer meio de comunicação. A lei regula o direito à cláusula de consciência eo sigilo profissional no exercício de essas liberdades.
 2. O exercício destes direitos não pode ser restringida por qualquer forma de censura Prior.

⁶⁸**Artigo 161**

1. O Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e é competente para conhecer:

- a) Recurso de inconstitucionalidade contra leis e regulamentos com força de lei. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma legal com a hierarquia de uma lei, interpretada pela jurisprudência, afetarà, embora a sentença ou sentença recaída não perca o valor da coisa julgada.
- b) O remédio de amparo por violação dos direitos e liberdades a que se refere o artigo 53, 2, desta Constituição, nos casos e formas estabelecidos por lei.
- c) Conflitos de concorrência entre o Estado e as Comunidades Autónomas ou aqueles do último entre si.
- d) Dos demais assuntos que lhe são atribuídos pela Constituição ou leis orgânicas.

2. O Governo pode contestar perante o Tribunal Constitucional as disposições e resoluções aprovadas pelos órgãos das Comunidades Autónomas. O desafio resultará na suspensão da disposição ou resolução apelada, mas o Tribunal, se aplicável, deve ratificá-lo ou levá-lo dentro de um prazo não superior a cinco meses.

⁶⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas; 1981.

⁷⁰ GOMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad del legislador: una realidade suscetible de control*. Madrid: Mac|Graw |Hill. 1997 apud VALLE. Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. 1ª edição. Ed. Juruá. Curitiba. 2012. p. 31

A jurisprudência espanhola manuseia como referência e inspiração, a jurisprudência italiana (e que foi referida no item anterior), no que concerne aos modelos de atuação, editando tipos de sentenças de controle de constitucionalidade, ora interpretativas, ora aditivas, apresentando-se esta última modalidade como aquela que desempenha uma maior atividade criadora do Tribunal Constitucional.

Na Corte constitucional espanhola existe o controle de constitucionalidade concentrado relacionado a leis que afrontam o texto constitucional. Todavia, possuem o chamado Recurso de Amparo, instrumento processual constitucional, que tem por escopo a defesa contra violação dos direitos de liberdades constitucionalmente garantidas, tais como igualdade, consciência, liberdade dos negócios, jornada de trabalho, propriedade, dentre outros.

O recurso de Amparo será possível quando esgotadas todas as instâncias inferiores, e a matéria afrontar a Constituição. Segundo Garcia de Enterría,⁷¹ por meio do recurso de amparo, o Tribunal Constitucional protege a defesa dos direitos fundamentais.

Para ilustrar a atuação ativista do Tribunal Constitucional espanhol, remete-se ao caso julgado pela sentença nº 103, datada de 22 de novembro de 1983, na arguição de violação de direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres, contido na lei de Seguridade Social daquele país, que estabelecia que o direito ao recebimento de pensão por parte do cônjuge varão exigia que o viúvo, à época do falecimento da esposa, se encontrasse incapacitado para o trabalho, condição não exigida para as mulheres. Isto posto, através da referida sentença, o Tribunal Constitucional reputou a existência de condição aos viúvos, uma inaceitável e injustificada discriminação, e, conseqüentemente, ofensiva ao princípio da igualdade.⁷²

Pertinente acrescer como significativo o julgado do Tribunal Constitucional, na decisão aditiva na Sentença 222, de 11 de dezembro de 1992. A questão debatida aludia novamente à violação ao princípio da igualdade, constitucionalmente tutelado, haja vista a ocorrência de inconstitucionalidade encontrada no art. 58 da Lei de Arrendamentos Urbanos que, ao prever a sub-rogação em favor do cônjuge, não contemplava as uniões concubinárias (uniões estáveis), mas tão somente as matrimoniais. Em conseqüência, reconheceu-se a inconstitucionalidade.

⁷¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas; 1981. p. 210

⁷² NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 170, abr./jun. 2006. p. 123. Disponível em 2006: Acesso em: 10.11.2017.

dade, com a adição da subrogação em prol do sobrevivente que comprovasse a existência de união diversa do matrimônio.⁷³

Constata-se pela análise dos dois casos analisados, que a metodologia desempenhada pelo Tribunal espanhol, em muito se assemelha à Corte italiana, com performance inegavelmente ativista, dos atores da interpretação constitucional – Tribunal Constitucional.

1.3 – No Brasil

O roteiro traçado pelo ativismo judicial no Brasil é muito recente, tendo como marco histórico a Constituição Federal de 1988 que trouxe em seu conteúdo mecanismos de atuação jurisdicional não encontrado em Constituições anteriores, com uma ampliada margem de atuação do Poder Judiciário, conforme referenciado por vários doutrinadores nacionais.

Nas palavras do Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, três causas podem ser apontadas para o aumento de atividade do Poder Judiciário: (i) a redemocratização; (ii) a constitucionalização abrangente de direitos e (iii) o sistema de controle de constitucionalidade⁷⁴. Inere o autor dessas premissas que a redemocratização teve seu ápice na promulgação da Constituição de 1988, posto que a população estava mais consciente de seus direitos e exigiu do legislador constituinte uma postura mais pragmática e concreta sobre a atuação dos poderes, e a quem caberia de fato interpretar a Constituição.

Apropriado nesta esteira, expor os ensinamentos de Elival da Silva Ramos que leciona que “o elemento de impulso do Poder Judiciário no Brasil, está relacionado com o modelo de Estado que a Constituição de 1988 contemplou, qual seja, o Estado democrático-social, de perfil intervencionista”⁷⁵.

Inegável portanto, asseverar, conforme destaca harmoniosamente Carlos Alexandre de Azevedo Santos que: “O início do debate sobre o ativismo judicial no Brasil está ligado à ascensão institucional do Poder Judiciário e, destacadamente do Supremo Tribunal Federal, fe-

⁷³ IDEM

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009. p. 3.

⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 28/29

nômenos vinculados à promulgação da Constituição de 1988, e que ganharam maior envergadura nos últimos anos do século XX e no começo deste século”⁷⁶

Conclui-se, que o modelo adotado pela Constituição de 1988 é o marco do expansionismo judicial, reputado que as extensas garantias e direitos individuais e coletivos nela contidos, aliado à competência/jurisdição atribuída ao Poder Judiciário, fomentaram o ativismo judicial, que iniciou sua inefável ascensão a partir do ano de 2000.

Mister neste momento do trabalho, em que conclui-se que o ativismo judicial teve no Brasil seu despertar a partir da Constituição de 1988, percorrer, em análise estreita, mas necessária da trajetória constitucional brasileira, no que concerne aos poderes de atuação judicial, nomeadamente quanto ao controle de constitucionalidade, que é o espaço de maior amplificação da atuação judicial ativa.

A primeira Constituição existente no Brasil, chamada de Constituição do Império, vigorou entre 1824 e 1889. Nela foram instituídos 4 poderes: Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Moderador, este último exercido pelo Imperador que, entre suas atribuições, estava a de zelar pela separação dos poderes, que era nominado como harmonia entre os poderes.

O Poder Legislativo, que era exercido por uma Assembleia Geral, tinha o poder de editar lei, interpretá-la, suspendê-la e revogá-la. Não era dado ao julgador nada além de pronunciar as palavras da lei. Segundo Luiz Guilherme Marinoni: “Basicamente negava-se poder ao Juiz para, aplicando a lei, pronunciar mais do que as palavras do seu texto. Nestas condições, não havia, como é obvio, qualquer espaço para o controle judicial da constitucionalidade das leis”.⁷⁷

Ratificando a supremacia do Poder Legislativo, Pedro Lenza menciona que a Constituição Imperial de 1824 consagrou o dogma da soberania do Parlamento, já que sob a influência dos

⁷⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 210

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2012. p. 740

Direitos francês e inglês, somente o órgão Legislativo poderia saber o verdadeiro significado das leis⁷⁸. Cabia ao monarca a centralização política e administrativa⁷⁹.

A Constituição seguinte, de 1891, foi a primeira Constituição Republicana da história. Cumpre destacar, no entanto, que após a proclamação da República em 1889, foi criada uma Constituição Provisória em 1890, mas que teve por escopo apenas suprir uma lacuna.

A Constituição de 1891, influenciada pelo Direito estadunidense, instituiu a República e a Federação, e foi o marco histórico do controle de constitucionalidade das leis, por parte do Poder Judiciário, em todas as instâncias até o Supremo Tribunal Federal, através do chamado controle difuso.

Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal foi criado pela Constituição provisória de 1890, mas foi efetivamente instalado como órgão de cúpula do Judiciário em 28 de fevereiro de 1891. Sua composição era de 15 ministros que exerceriam suas funções de forma vitalícia, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado⁸⁰.

Nesta Carta Constitucional, consolidava-se assim o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro⁸¹.

A Constituição de 1934, embora tenha tido uma vigência bastante reduzida, produziu inclusões substanciais, no que tange ao Poder Judiciário, ao Senado Federal, bem como ao controle de constitucionalidade.

Manteve a composição do Supremo Tribunal Federal com 11 membros, ratificando a redução estabelecida pelo Presidente Getúlio Vargas. Alterou a nomenclatura do Supremo Tribunal Federal para “Corte Suprema”, estabeleceu que as decisões de controle de constitucionalidade teriam que ser pela maioria absoluta dos membros – reserva de plenário.

⁷⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, 15ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. p. 96/97

⁷⁹ IDEM

⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 214/215

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. p. 1098

Outra inovação que merece destaque foi a que atribuiu poder ao Senado Federal de suspender a execução no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário – art. 91, IV da Carta constitucional⁸². Ressalte-se que referida admissibilidade conferia à decisão judicial, com confirmação do Senado, eficácia *erga omnes* às decisões judiciais.

Por fim, ainda sobre a Carta de 1934, mister apontar que no seu artigo 68, havia uma expressa proibição de judicialização da política: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”⁸³.

Prosseguindo no circuito histórico das Constituições, relativamente à atuação ativa do Poder Judiciário, com relação à análise de constitucionalidade das leis, passa-se à Constituição de 1937, que vigorou até 1946.

A Constituição de 1937 qualificou-se na história constitucional brasileira como aquela que promoveu um retrocesso sob o ponto de vista da jurisdição constitucional. Promulgada durante a chamada Era Vargas, em que o Brasil vivenciava um regime ditatorial, fez-se constar no texto que o julgamento da inconstitucionalidade da lei poderia ser revertido por vontade do Poder Legislativo que novamente decidiria pela manutenção ou não da lei, caso o Presidente da República entendesse que a matéria era de interesse da população. Referida alteração constitucional produziu uma fratura exposta no sistema de controle de constitucionalidade.

Convém reproduzir o texto constitucional, que determinou tal regra – art. 96, parágrafo único: “no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei, que a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-lo novamente ao exame do parlamento se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a última norma toca

⁸²SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2012. p. 746

⁸³MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011

às raias do absurdo⁸⁴. Trata-se de uma extrema concentração de poder ao Executivo, com atrofia para o Judiciário e Legislativo, condutas representativas de um regime ditatorial.

A Constituição seguinte, datada de 1946, que vigorou até 1967, restaurou a ação direta de inconstitucionalidade, introduzida na Constituição de 1934, de iniciativa do Procurador Geral da República, como fruto do movimento de redemocratização⁸⁵ do governo de Dutra.

Em 26 de novembro de 1965, foi editada a EC nº 16 que ampliou a competência originária do Supremo Tribunal Federal, que poderia a partir daquela data processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República”. Foi a primeira e verdadeira manifestação de controle abstrato, na história do Direito brasileiro⁸⁶.

Em 1967, sob o Governo Militar, é promulgada uma nova Constituição. Entretanto, nas palavras de Gilmar Mendes: “A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946⁸⁷”.

Cabe ressaltar, que foi editada a EC nº 1/69, que previu o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual.

Finalmente chega-se à Constituição de 1988, que marca a evolução do sistema de controle de constitucionalidade, com a edição de novas regras e tipos de controle, introduzidas por emendas constitucionais, a saber: 1) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal - art. 102, I, a – EC nº 3/93; 2) com relação ao controle concentrado, no âmbito federal, ampliou a legitimação da representação de inconstitucionalidade e de declaração de constitucionalidade – art. 103, I a X – EC nº 45/2004; 3) determinou a possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão legislativa, quer pela via concentrada – ação direta

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2012. p. 758

⁸⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, 15ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. p. 112/114

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2012. p. 750

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. p. 1104

de inconstitucionalidade por omissão – art. 103, § 2º, seja pelo controle difuso, via mandado de injunção, com arrimo no art. 5º, LXXI; e 4) a introdução, pela primeira vez, da ação de arguição de preceito fundamental – art. 102, § 1º⁸⁸. Merece destaque ainda, a introdução, igualmente através da EC nº 45/2004, da “Repercussão Geral”, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, afastando-se o interesse meramente subjetivo para alargar outros sujeitos alcançados pela decisão.

A Constituição Federal de 1988, batizada de Constituição cidadã, verdadeiramente carimba em sua epígrafe um ampliado catálogo de direitos fundamentais, e impregna com profundidade uma nova jurisdição constitucional.

Com essa nova roupagem constitucional, a atuação do Poder Judiciário, nomeadamente do Supremo Tribunal Federal, passou a ocupar um protagonismo jamais percebido em outros tempos, e na qualidade de guardião da Constituição, e seu intérprete final, moveu-se para realização de julgados ativistas, descortinando as sombras da passividade e adentrando sem amarras as fronteiras da liberdade jurisdicional, dentro dos parâmetros da legislação, com vistas a oferecer uma tutela jurisdicional justa e equânime.

⁸⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 15ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011. p. 123/125

2 – ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1. Considerações Preliminares

Os temas “ativismo judicial” e “judicialização da política” tem sido alvo de inúmeras discussões entre os estudiosos do Direito e entre os juristas brasileiros e estrangeiros que percebem a relevância de suas vertentes, especialmente no tocante aos postulados constitucionais alcançados por referidos institutos.

Alguns estudiosos do Direito enxergam semelhanças e outros dessemelhanças, o que conduz ao um inesperado e indesejado equívoco conceitual, o que deve ser afastado, sob pena de debilitar tão significativos arquétipos. Agir de forma ativista é exercer a função judicial de forma integrativa e ativa ou proativa, arrojada e empreendedora, realizando o Direito no caso concreto, de forma eficiente e direta, não podendo depender da atuação letárgica e indolente e por muitas vezes tardia ou inexistente, do Poder Legislativo.

Com vistas a alargar o debate e identificar o pensamento de alguns autores nacionais e estrangeiros acerca dos referidos objetos, apresentar-se-ão neste capítulo, designações e acepções, bem como distinções e afinidades entre eles, o que poderá culminar em mais indagações e questionamentos.

Ao serem realizados estudos acerca dos temas, de plano surge a discussão acerca da suposta interferência nociva e abusiva do Poder Judiciário em assuntos da competência dos Poderes Legislativo e Executivo, ocasionando uma fratura na separação dos poderes, esta desenvolvida e defendida por filósofos do Direito.

A necessária separação dos poderes, anunciada primacialmente por Aristóteles em sua obra “A Política”⁸⁹ contemplava a existência de três poderes separados a quem cabiam as decisões de Estado, que eram eles: Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Em seguida surgiu no cenário filosófico Locke, em sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”⁹⁰ que defendia a existência também de três poderes: o Legislativo superior aos

⁸⁹ ARISTÓTELES. *A Política*. 2 edição. São Paulo. Martins Fontes. 2001

⁹⁰ LOCKE. John. *Segundo Tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. 1ª edição. Coleção Obra Prima do Autor. São Paulo. Editora Martin Claret. 2002. 75/76.

demais, o Executivo com a finalidade de aplicar as leis e o Federativo, que trataria de assuntos internacionais. Contudo, foi a perspectiva publicada por Montesquieu em 1748, no seu tratado denominado “O Espírito da Leis” que instigou inúmeros Estados liberais, a adotarem referido sistema.

Rechazando a idéia da concentração do poder nas mãos de uma única pessoa ou grupo pequeno de pessoas, dizia Montesquieu: o homem que detém o poder, tende a abusar dele”.⁹¹ Portanto a divisão de poder tinha como ideal sua distribuição, que sairia das mãos de uma única pessoa, que era o monarca ou ditador, e passaria para variadas mãos, de pessoas (à época somente homens, o que paulatinamente foi alterado para também ser distribuído entre mulheres), que exerceriam funções e teriam atribuições próprias e específicas, sem que um pudesse imiscuir-se na atuação do outro.

A ideia de dividir os Poderes está vinculada à transição das monarquias absolutistas para os Estados modernos. Nas monarquias absolutistas o poder era fortemente concentrado na figura do rei que em sua maioria eram tiranos, implacáveis na exigência ao cumprimento fiel de suas ordens. Com a ocorrência de sucessivos e violentos conflitos – como a Revolução Gloriosa (1689), a Independência dos Estados Unidos (1783) e a Revolução Francesa (1789) – aos poucos os monarcas foram perdendo o poder absoluto e os parlamentos foram se fortalecendo.

Com o surgimento do liberalismo político e do neoconstitucionalismo, nasce com eles a chamada jurisdição constitucional, que atribui aos julgadores a interpretação e aplicação da Constituição, sem contudo, macular a divisão dos poderes constituídos, como pontificou Montesquieu em sua principal obra, como alhures indicado, para quem os poderes deveriam ser desenvolvidos por entes diferentes, cabendo ao Poder Legislativo criar as leis, pensar o destino do país através de projetos de desenvolvimento social e econômico, estabelecer as regras e as normas que deveriam ser seguidas pelos compatriotas; o Poder Executivo, como o próprio nome já diz, deveria executar aquilo que seria proposto pelo Poder Legislativo; e por fim, ao Poder Judiciário caberia a função de constatar se todos estão cumprindo as leis.

⁹¹ MONTESQUIEU. Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachca. 2ª tiragem. São Paulo. Editora Martins Fontes. 2000. p. 179

O principal marco histórico moderno da divisão dos Poderes (já havia existido divisão de poderes na Grécia e em Roma) remonta à Constituição dos Estados Unidos, de 1789, que em seu enxuto conteúdo, instituiu o Congresso (Legislativo), a Suprema Corte (Judiciário) e a Presidência (Executivo).

A separação de Poderes foi adotada pela primeira vez no Brasil, com a Constituição de 1824, após a Independência. Havia quatro Poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador (este concedido ao imperador). A Constituição de 1824 não garantia muita autonomia entre eles. Isso porque o Poder Moderador, exercido exclusivamente pelo Imperador, podia interferir nos trabalhos dos outros três Poderes. Com a proclamação da República, em 1889, o Poder Moderador foi extinto.

A teoria do Estado com poderes divididos conquistou prestígio na doutrina constitucional do liberalismo porque se consolidou como importante mecanismo de garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas. O liberalismo foi a doutrina política que fundamentou a construção da teoria do Estado e do Direito. Um Estado juridicamente limitado pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal. Cuidava-se de garantir a liberdade do indivíduo e da sociedade frente ao Estado. Ao Estado liberal, sempre juridicamente controlado, não cabe exercer mais do que as seguintes atividades: manter a ordem interna e conduzir a política exterior.⁹²

Hodiernamente, contudo, não se mostra mais permitido ou prudente conceber a divisão de poderes de forma estanque, sobretudo se se entender que os poderes exercem funções típicas e atípicas no desempenho de suas atribuições. Segundo Mayra Miarelli e Rogério Lima, o princípio da separação dos poderes exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da Constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclareçam e se fecundam.⁹³

E complementam: “A existência das funções atípicas torna-se mais evidente quando se insere em análise as funções atípicas do Poder Judiciário. Ora, sabe-se que, como o próprio

⁹² CLÉVE. Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed..São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. p. 34-35

⁹³ MIARELLI. Mayra Marinho. LIMA. Rogério Montai. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Ed. 2012. p. 74

nome diz, incumbe ao Judiciário a função precípua de julgar, como de fato foi por muito tempo, apenas esta função. No entanto, quando a Constituição Federal lhe atribuiu competência para rever atos do Poder Legislativo, a exemplo do Controle de Constitucionalidade, afasta-se completamente qualquer alegação de que se viola o princípio da separação de poderes, uma vez que quis a CF/88 que assim fosse”.⁹⁴

A democracia para ser exercida em sua plenitude necessita de base institucional robusta, a sustentar o Estado. Contudo a democracia deve ser analisada não apenas sob a ótica da representatividade político-eleitoral, mas também e principalmente sob o olhar dos destinatários e usufrutuários da democracia, que são a população de um país, que deve ter no Judiciário o braço forte que irá ampará-los quando estiverem desabrigados de seus direitos fundamentais, quer sejam direitos sociais, políticos ou econômicos.

Curial ressaltar que a representatividade popular está presente no sistema brasileiro de acesso ao Supremo Tribunal Federal que é permeado pela participação dos Poderes Executivo e Legislativo, visto que o Presidente da República escolhe⁹⁵ quem ocupará a cadeira de Ministro do STF, e o candidato passará por uma sabatina no Senado Federal. Por este modelo, a vontade popular majoritária foi atendida, posto que seus eleitos pelo voto, proclamaram, nomeando quem comporá o órgão de cúpula do Poder Judiciário. Por conseguinte, inteiramente afastada a tese de contramajoritarismo.

Esta estrutura constitucional brasileira, e de outras legislações de escolha dos ministros do Supremo Tribunal, garante e reforça a independência funcional de seus membros, posto que ele será submetido aos poderes de que não fará parte, não havendo como fazer um eventual tráfico de interesses, pois não derivou e nem atuará no poder/órgão pelo qual foi conduzido.

Para além de uma contenda acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial recomenda e sugere um debate a respeito do que atualmente representam as fronteiras entre Direito e Política. O Poder Judiciário na análise e julgamento do caso concreto, necessita ultrapas-

⁹⁴ MIARELLI. Mayra Marinho. LIMA. Rogerio Montai. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Ed. 2012. p. 75

⁹⁵ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (grifos meus)

sar essas divisas, e adentrar os domínios de outro poder, criando-se um desconforto ou descontentamento institucional de outras forças de poderes constituídos, que se sentem ameaçados pela atuação judicial. Não se olvide que o Judiciário pode anular atos administrativos e/ou declarar a inconstitucionalidade de leis, interferindo diretamente no exercício funcional dos Poderes Legislativo e Executivo, conquanto, estes não podem tocar nas decisões exaradas pelo Poder Judiciário, reputado ser este o mensageiro da decisão final quando houver um conflito submetido à sua apreciação.

A referida conduta criativa do Poder Judiciário tornou-se inafastável, na medida em que questões de alta complexidade passaram a ser apresentadas para julgamento, não comportando mais as decisões limitadas aos lindes estreitos do racionalismo jurídico, fundado no positivismo reinante especialmente no século XIX e metade do século XX.

Ademais pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, exige-se a atuação do Poder Judiciário, reforçando a necessidade de atuação judicial determinante e ativa.

Não parece pretender o Judiciário usurpar as funções de outro poder, mas sim contribuir para o exercício pleno de direitos fundamentais que porventura estejam sendo alijados de alguém que busca no Judiciário, o recurso necessário ao alcance de seu objetivo.

No debate acerca da necessidade, contrariedade ou concordância com o ativismo judicial, o que deve ser sopesado é o interesse da sociedade, ou de uma pessoa, que se vê alijada do seu direito fundamental, por incompetência ou ausência de vontade política por parte daqueles que deveriam agir (Legislativo e Executivo), sendo comumente utilizado como defesa, a alegação de que o Estado não tem meios financeiros para arcar ou executar todos os direitos fundamentais – princípio da reserva do mínimo existencial ou reserva da Lei Orçamentária, que deve ser preservada a reserva do mínimo para o Estado prover os interesses da comunidade.

Referido argumento não pode ser utilizado se se tratar de exercício de direitos fundantes, notadamente saúde, educação e moradia, que compõem o arcabouço mínimo indispensável à formação da dignidade da pessoa humana e de um mínimo de cidadania. Por certo que não apenas esses temas compõem os direitos fundamentais, haja vista que a Constituição Federal

brasileira elenca setenta e oito incisos do artigo 5º que anunciam direitos e garantias fundamentais, que constituem-se em mínimo existencial.

Proveitosa lição de Canotilho, referencial doutrinário português, para quem :“Esgrimir aqui com as tradicionais “reservas” – ‘reserva da lei’” constitutiva das prestações e “reserva do possível” em termos econômicos e financeiros – significaria que bastaria o legislador e todos os órgão responsáveis pela concretização ficarem silentes, para se negar a existência de um núcleo essencial de prestações sociais. Afinal, a direção dos direitos sociais que, no fundo, são dimensões constitutivas da igual dignidade social e da justiça distributiva. É óbvio que os tribunais não podem ficar alheios à concretização judicial das normas directoras da constituição social. Não pode é impor-se à metódica constitucional a criação de pressupostos de facto e de direito claramente diferenciadora de sua competência ou que extravasem os seus limites jurídico-funcionais.⁹⁶

Após a II Guerra Mundial, foram fundados os alicerces e enraizadas as bases que originaram o Estado democrático/constitucional de Direito, afastando-se a tradição do Estado legislativo de Direito, como expõe o jurista Luis Roberto Barroso: “O Estado democrático de Direito se consolida na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de Direito.⁹⁷ Afirmo ainda o jurista que: “A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais.⁹⁸

Segundo Jose Wellington Bezerra da Costa Neto: “ É fora de dúvida que já há um eixo evolutivo entre as noções de neoconstitucionalização; controle de constitucionalidade das leis; controle de políticas públicas e ativismo judicial, lembrando-se que entre o controle de constitucionalidade e o de políticas públicas há verdadeira relação de causalidade, constituindo-se o segundo decorrência natural do primeiro, tendo como grande fator de impulsão a constitucionalização dos direitos sociais”.⁹⁹

⁹⁶ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Estudo sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008. P. 266

⁹⁷ BARROSO. Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 6ª edição. São Paulo. Saraiva Jur. 2017. p. 439.

⁹⁸ BARROSO. Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 6ª edição. São Paulo. Saraiva Jur. 2017. p. 439

⁹⁹ COSTA NETO. Jose Wellington Bezerra da. *Protagonismo Judicial. Novo Ativismo e Teoria da Função Jurisdicional*. 1. Ed. São Paulo. Ed. Leud. 2017. p. 117

A evolução e amplificação do ativismo judicial é fenômeno alicerçado no aparecimento e multiplicação de princípios inseridos nas Constituições e ordenamentos jurídicos, possibilitando uma margem de liberdade decisória aos julgadores.

Regras são normas que prescrevem condutas específicas, e princípios consistem em comandos abertos, ditames informadores alargados.

No exercício da jurisdição, o Poder Judiciário pode utilizar-se de regras ou princípios, com a obrigação de fundamentar e motivar suas decisões.

Torna-se inegável a conexão entre o ativismo e a judicialização dos conflitos, que deita suas bases em fatos históricos como alhures referenciados, mas igualmente e talvez com razões mais coerentes e concretas, em atuais realidades, como reflete e pondera de maneira preclara o doutrinador argentino Roberto Omar Benizonce, no que denomina conflitos de interesse público (cujo núcleo principal versa indiscutivelmente o tão falado controle judicial de políticas públicas), fenômeno que constitui mola propulsora do contexto maior ativista, assinando 5 motivações: i) pressão por acesso à justiça e à jurisdição; ii) crescente “inflação legislativa”; iii) novas e mutáveis funções atribuídas ao juiz; iv) explosões de novos conflitos; v) impacto da globalização e dos sistemas de proteção transnacional¹⁰⁰.

Na concepção de Willian Marshall, o ativismo deve ser observado por diversas fontes, e fornece um conjunto de indicadores de ativismo judicial recolhidos na literatura sobre o tema: 1) o contramajoritarismo¹⁰¹; 2) o não originalismo¹⁰²; 3) a ausência de deferência perante os precedentes judiciais¹⁰³; 4) o ativismo jurisdicional¹⁰⁴; 5) a criatividade judicial¹⁰⁵; 6) o ativismo remedial¹⁰⁶; e 7) o ativismo partidário.¹⁰⁷

¹⁰⁰ BENIZONCE. Roberto Omar. *Activismo judicial y participación em la construcción de las políticas públicas*. *Revista de Processo*. São Paulo. v. 35 n. 190. 2010. p. 38

¹⁰¹ MARSHALL. Willian P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. *University of Colorado Law Review*. V. 73, sept. 2002. p. 104

¹⁰² MARSHALL. Willian P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. *University of Colorado Law Review*. V. 73, sept. 2002. p. 104

¹⁰³ MARSHALL. Willian P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. *University of Colorado Law Review*. V. 73, sept. 2002. p. 104

¹⁰⁴ MARSHALL. Willian P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. *University of Colorado Law Review*. V. 73, sept. 2002. p. 104

¹⁰⁵ MARSHALL. Willian P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. *University of Colorado Law Review*. V. 73, sept. 2002. p. 104

¹⁰⁶ MARSHALL. Willian P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. *University of Colorado Law Review*. V. 73, sept. 2002. p. 104

São variadas as razões que levaram ao fortalecimento do Poder Judiciário frente a questões jurídicas decorrentes do exercício de direitos não realizados pelo Poder Executivo ou Legislativo. Dentre as razões mais correntes encontra-se a descrença da população brasileira nos membros componentes dos cargos políticos.

O exercício do ativismo judicial requer do julgador um afastamento cauteloso das amarras do positivismo e da racionalidade jurídica clássica. O Direito é uma Ciência humana e dinâmica, que não pode ficar subjugada ou submetida a herméticas concepções tradicionais que não mais atendem às necessidades dos jurisdicionados, em determinados temas. As transformações sociais impactam no Direito, de forma que a idéia clássica de racionalidade jurídica deve ter uma dimensão adequada ao contexto histórico e local de determinada população.

A amplificação da atuação judicial deve-se, em grande medida, pela falência dos outros poderes constituídos, a saber: Executivo e Legislativo, no exercício das funções que lhes compete. Quer seja uma “omissão provocada ou dolosa”, nas hipóteses em que se evita o enfrentamento de temas ou demandas politicamente sensíveis (religiosas, morais, sociais etc), fazendo-se uma delegação estratégica para o Judiciário, em uma abstenção confortável, imunizando-se de críticas das suas bases eleitorais, quer seja por incompetência dos administradores e/ou legisladores, a consequência é a submissão de casos à apreciação judicial que, diante de lacunas ou da imperiosa necessidade de utilizar-se de critérios de hermenêutica, vê-se compelido a julgar, ainda que sua decisão afete interesses públicos coletivos e indiretos. A inação/omissão do Legislador impõe que o Poder Judiciário colmate a lacuna legal e fática. A justiça não pode dar respostas mortas a perguntas vivas.

Convém trazer à colação, os comentários de Christopher Wolfe, doutrinador norte-americano para quem: “ Os prós e contras do movimento ativista são encontrados no debate entre as visões tradicional e moderna da *judicial review*. A primeira defendendo a atuação judicial limitada a dar eficácia aso claros comandos de uma Constituição inteligível, o que representa ao corrente de *judicial restraint* (passivismo judicial); a segunda, moderna visão da

¹⁰⁷ MARSHALL. Willian P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. University of Colorado Law Review. V. 73, sept. 2002. p. 104

revisão judicial, admite a legislação judicial nas lacunas das expressões vagas do texto constitucional”.¹⁰⁹

Acerca da contiguidade entre ativismo judicial e judicialização da política, nas palavras assertivas e metafóricas do jurista e Ministro do STF, Luis Roberto Barroso: “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”¹¹⁰.

2.2 – DEFINIÇÕES, DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS

A expressão “ativismo judicial” com alhures referenciado, foi utilizado *prima facie*, no artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, na Revista Fortune, pelo historiador norte americano Arthur Schlesinger¹¹¹.

No referido artigo, o autor não definiu o ativismo, cingindo-se a demarcar os posicionamentos jurídicos dos membros da Suprema Corte Norte Americana, que ora decidiam em um sentido mais conservador, ora em um rumo mais liberal, a depender no entanto, da concepção ideológica da maioria dos membros.

O prestigiado texto de Schlesinger apresenta duas imperfeições: a primeira concernente à indefinição ou imprecisão do termo ativismo e ainda se ele confere um aspecto positivo ou negativo. Afinal, ser ativista judicial é algo bom ou ruim, benéfico ou prejudicial, apaziguador ou tirânico? As respostas não são encontradas. Ele timbra, carimba alguns juízes da Suprema Corte como "ativistas judiciais", e outros como "campeões da autocontenção" outros, relacionando características a cada grupo, contudo sem expor sua opinião acerca do que seria melhor.

¹⁰⁹ WOLFE. Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom ou precarious security*. Maryland: Rowman e Littlefield Publishers. 1997. p. 149. Apud COSTA NETO. Jose Wellington Bezerra da. *Protagonismo Judicial. Novo Ativismo e Teoria da Função Jurisdicional*. 1. Ed. São Paulo. Ed. Leud. 2017. p. 98

¹¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n 13, 2009. p. 1.

¹¹¹ SCHLESINGER Jr. Arthur M. *The Supreme Court:1947*. Fortune Vol XXXV, 1947 – p. 75/77

Convém salientar, contudo que, ao discorrer sobre a postura ativista de alguns magistrados da Suprema Corte Norte Americana, o autor traça alguns conflitos internos que emergem das ações ativistas dos julgadores, a saber: 1) juízes não eleitos X leis democraticamente aprovadas; 2) decisões orientadas politicamente X decisões orientadas juridicamente; 3) uso criativo do precedente X uso estrito do precedente; 4) supremacia da vontade popular X direitos humanos; 5) Política X Direito.

Todavia, as incertezas presentes quanto ao traço favorável/benéfico ou adverso da expressão, foram mitigados à medida que a conduta "ativista" era incorporada por inúmeros juízes não apenas da Suprema Corte norte americana, como entre juízes de instância inferiores. A década de 1950 foi marcada por uma jurisdição ordinária executando funções expressivas na defesa dos direitos civis das minorias sociais, em especial as minorias raciais.

Keenan Kmiec,¹¹² autor norte americano com forte influência doutrinária acerca do ativismo judicial estadunidense, expôs em seu artigo científico *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism* cinco critérios ou diferentes significados do termo ativismo, destacando a indeterminação do vocábulo ativismo.

O primeiro sentido seria analisado quando ocorresse a anulação de ato normativo, cuja constitucionalidade fosse possível de demonstração ou de defesa, pois nesta hipótese deveria ser prestigiado o órgão ou poder que emanou o ato. A segunda dimensão do conceito de ativismo judicial está vinculada à oposição da criação judicial do Direito. Nesta dimensão, volta-se novamente o olhar à separação de poderes e suas competências. Não estaria autorizado o Poder Judiciário a criar novos direitos, excluindo-se o direito positivo existente. A terceira dimensão configura-se quando os julgadores se distanciam de uma metodologia de interpretação aceita. Como resultado de um quarto critério, diz Kmiec ser ativista o tribunal que trabalha e atua baseado em resultados, e finalmente a quinta dimensão do ativismo ficaria caracterizada pelo respeito aos precedentes judiciais. Os juízes que não aderissem a um precedente eram chamados de ativistas, e isso caracterizaria uma burla ao direito preexistente.

Destarte, não parece ser possível o estabelecimento de uma única designação ou conceito do que seja ativismo judicial, embora os autores do tema encontrem uma linha aproxi-

¹¹² KMIEC. Keenan D. The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism". *California Law Review*. v. 92. N. 5. 2004 p. 1441

mada de seu significado, sendo certo que a maioria entende o instituto como uma atitude proativa do Poder Judiciário, que ao decidir sobre algo que afeta os interesses daquele que submeteu à apreciação judicial o seu pleito, deve encontrar respostas concretas à sua pretensão, não podendo o Poder Judiciário escudar-se em omissões legislativas.

O ativismo judicial no Brasil tem seu marco temporal e histórico com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, indubitavelmente, ao instituir seu modelo jurídico-constitucional dotou o Poder Judiciário de força institucional marcante em questões sociais, políticas e econômicas, alçando-o a um protagonismo não visto anteriormente, transbordando assim os limites tradicionalmente presentes na prestação jurisdicional clássica derivada do positivismo jurídico. Os poderes dilatados concedidos na carta constitucional ao Poder Judiciário deram ensejo à jurisdição constitucional, devendo o julgador ou julgadores pronunciarem-se sem esquiva sobre vários temas, incluindo-se o controle das leis, que os norte-americanos denominam de *judicial review*.

Inicia-se a exposição de conceitos acerca do ativismo judicial apresentados pela doutrina brasileira.

Por “ativismo judicial”, entende-se o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o Direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se muitas vezes, a formulação da própria lei. Diante de necessidades novas em que a lei não se mostra suficiente ou diante da necessidade que forjam uma determinada interpretação do texto da lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo de criação do Direito.¹¹³

O conceito acima parece ser o que melhor define o instituto do ativismo judicial. O exercício da jurisdição ativa encontra ambiente propício diante da necessidade de julgamento acerca de temas não previstos ou não alcançados pela lei, usando o Judiciário de meios de integração para suprir o hiato normativo.

¹¹³ MIARELLI. Mayra Marinho. LIMA. Rogerio Montai. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Ed. 2012. p. 16

Para Luis Roberto Barroso, ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.¹¹⁴

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, dentro do grande debate que se impõe acerca do real significado do termo ativismo judicial, sendo ele mais alvo de críticas do que elogios, comumente comparado a excessos nos julgamentos ou usurpação de funções. Todavia o autor pensa que o núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão do poder decisório que juízes e Cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida.¹¹⁵

Em sua obra Elival da Silva Ramos sustenta 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). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante à práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes".¹¹⁶

Existem ainda doutrinadores que enxergam duas espécies ou tipos de ativismo judicial: o inovador, em que o juiz cria uma nova norma ou direito de forma original; e o revelador, em que por intermédio da análise de princípios constitucionais, muitas vezes não escritos ou em razão de uma lacuna em uma determinada norma, o juiz cria a regra, ou direito ou a norma.¹¹⁷

¹¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva Jur. 2017. p. 445/446

¹¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 151/152

¹¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 28/29

¹¹⁷ ANDREASSA JR. Gilberto. *Ativismo Judicial e Teoria dos Precedentes*. Integração dos Poderes e Coerência nas Decisões do Judiciário. Curitiba. Juruá.2015. p. 34/35

Na doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ativismo judicial será a escolha comportamental do juiz em aceitar a demanda de judicialização da política e ditar as soluções certas ou erradas, para as questões levantadas.¹¹⁸

Nesta ordem de idéias, o ativismo judicial pode ser sintetizado como uma conduta praticada por um membro ou vários membros integrantes do Poder Judiciário (em colegiados), diante de um fato que lhe é exposto, com o objetivo de prover o jurisdicionado em sua pretensão, podendo ser uma conduta criadora ou criativa, ou apenas como *la bouche de la loi* – a boca da lei, no sentido da atuação adstrita ao positivismo.

Inicia-se agora a análise doutrinária do conceito de judicialização.

O termo judicialização ingressou na literatura jurídica contemporânea a partir da publicação da obra intitulada *The global expansion of Judicial Power*, de 1995, elaborado por Neal Tate em co-autoria com Torbjorn Vallinder.¹¹⁹ Para eles judicialização da política deve normalmente significar: 1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes às expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisões, da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais; 2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Implica ainda em expandir a área de atuação do Poder Judiciário e valer-se de métodos e procedimentos próprios do processo judicial para a resolução de conflitos nas arenas políticas distinta daquelas típicas dos tribunais em dois contextos

No Brasil, Amandino Teixeira Nunes Junior¹²⁰ aponta como o marco na literatura nacional sobre o tema, a publicação do artigo intitulado *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*, de 1997, de autoria de Marcos Faro de Castro. Para ele, em síntese, a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política, e em vários casos, torna-se difícil, torna-se difícil distinguir entre um direito e um interesse público, sendo possível se

¹¹⁸ CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2015. p. 214/215

¹¹⁹ TATE. Neal. VALLINDER. Torbjorn. *The global expansion of Judicial Power*. New York. New York University. 1995

¹²⁰ NUNES JR. Amandino Teixeira. *A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Nº 178. 2008. p. 159

caracterizar o desenvolvimento de uma política de direitos¹²¹. Em 1999, foi publicado o livro ‘A judicialização da política e das relações sociais’, de autoria de Luiz Werneck Vianna; Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Borges.

Como já referenciado, os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política são irremediavelmente aproximados, não podendo, contudo, ser confundidos ou compreendidos no mesmo sentido. Assim como existem dimensões do ativismo judicial, também são encontradas perspectivas diferenciadas na judicialização da política.

A judicialização da política emerge no cenário jurídico com concretude e diferentes dimensões. Pode-se afirmar que, na judicialização da política, há a resolução de conflitos de ordem política, moral, científica e/ou social decididas pelo Judiciário em face do Executivo e Legislativo, reputado que estes quedaram-se inertes diante de situações fáticas ocorridas. Tal omissão/inação é chamada de síndrome de ineficácia das normas constitucionais¹²², em face de determinados dispositivos constitucionais.

Gisele Citadino leciona que a judicialização é um meio de se concretizar a Constituição, pois representa um alargamento do círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito. Assim, percebe-se que a preocupação maior é com o bem estar social, garantir aos cidadãos, mesmo diante da falta de regulamentação ou de omissão, o exercício de seus direitos.¹²³

2.3 - TESES FAVORÁVEIS AO ATIVISMO JUDICIAL

Certos estudiosos do Direito, no âmbito nacional e internacional, debruçam-se sobre o ativismo judicial, ora enaltecendo seu postulado, ora rechaçando sua prática.

Alguns percebem que a presença do ativismo judicial torna-se inafastável ao exercício pleno de direitos. Outros no entanto, depreendem dele uma ameaça à democracia, na medida

¹²¹ CASTRO. Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. v. 12. p. 148 -

¹²² STRECK. Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2004. P. 19/20.

¹²³ CITTADINO. Gisele Guimarães. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – 4ª Ed.- 2ª Tiragem*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2013. p. 117

em que haveria em tese uma usurpação do poder legiferante por parte do Judiciário, ao estabelecer regras novas.

As críticas ao ativismo judicial se sobrepõem nos sistemas jurídicos da tradição jurídica do *civil law*, modelo seguido no Brasil, havendo uma maior resistência, em vista de que estaria havendo um distanciamento da aplicação da lei em sentido estrito ou fazendo uso de uma interpretação extensiva da lei, o que para os críticos conduziria à uma insegurança jurídica.

Neste tópico serão apresentados posicionamentos afirmativos, favoráveis à atuação dinâmica do Poder Judiciário.

Inicialmente apresentar-se-á o pensamento do filósofo do Direito, Herbert Lionel Adolphus Hart¹²⁴, referência no estudo da moral e da filosofia política contemporânea, para quem o ativismo judicial deve ser visto como uma consequência lógica da análise do caso concreto. Para ele, o positivismo deve ser analisado sob três plataformas, a saber: 1.a tese das fontes sociais; 2.a tese da separação conceitual; 3.a tese da discricionariedade judicial.

Com relação à primeira tese, defendeu que a existência do Direito é definida pelas práticas sociais complexas e que estipulavam a formação das fontes sociais do Direito. Quanto à segunda tese, formulou que as conexões entre direito e a moral são contingentes. E, a terceira tese estava baseada na questão da textura aberta da linguagem, e em particular, da linguagem jurídica que mantém normas jurídicas com termos genéricos, vagos e controvertidos. Essa terceira plataforma está diretamente relacionada ao ativismo, pois permeia a liberdade de julgar, na medida em que o autor reconhece que o Direito é em parte indeterminado ou incompleto e, conseqüentemente, ao deparar-se com uma norma potencialmente indeterminada ou imprecisa o julgador age de forma discricionária.

Sua teoria prega a vigília para que a interpretação do Direito não apresente excessivos problemas, posto que fundamentada apenas na obviedade jurídica da linguagem. Consigne-se todavia, que mesmo diante dessa abertura do Direito a discricionariedade é limitada e intersticial.

¹²⁴ HART. Herbert Lionel Adolphus. O conceito de Direito. 3ª ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2007.p. 35/40

Herbert Hart, prestigiado filósofo do Direito, aduz: “.O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em lei que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito.”¹²⁵.

Compartilhando da tese da atuação concreta do Poder Judiciário, mister colacionar lição do prestigiado doutrinador Mauro Cappelletti que estudou a questão do direito jurisprudencial (ou do judiciário) e, mais especificamente, o papel criativo dos juízes, no sentido de que estes criam o Direito. Afirma o autor: “esse fenômeno, de alcance universal, não se limita ao campo do direito jurisprudencial, pois de modo mais geral reflete a expansão do Estado em todos os seus ramos, seja Executivo, Legislativo ou Judiciário(...) na verdade, a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso num sistema de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado”¹²⁶. E afirma ainda o jurista italiano que em todo ato de interpretação há uma margem para a criatividade do intérprete, o que se deve perquirir é : “o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial, e que certo grau de criatividade não deve ser confundido como a afirmação de total liberdade do intérprete.”¹²⁷

Ainda na toada do agrado ao ativismo há a posição do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ricardo Vilas Boas Cueva, para quem:” Em um país tão assimétrico como o Brasil, o ativismo judicial, de alguma maneira, é necessário para fazer da igualdade não uma bandeira

¹²⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2007.p. 124

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Àlvoro de Oliveira. Porto Alegre. Ed. Sergio Antonio Fabris Ed. 1993. p. 19

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Àlvoro de Oliveira. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Ed. 1993. p. 23

meramente retórica, e sim concreta, com a garantia de políticas públicas sociais que permitam que os brasileiros tenham acesso a direitos e benefícios de que apenas uma minoria desfruta.”¹²⁸

Segundo a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha: “O ativismo judicial é um tema atualíssimo, porque o constitucionalismo mudou, o Direito mudou e o cidadão mudou, para ser o protagonista de sua história(..) É importante discutir qual é o limite de atuação do Judiciário, para que ele não fique aquém do Direito, mas principalmente para que ele não fique aquém da justiça. O Judiciário não passa pela escolha popular, mas não é por isso que pode deixar de ter a confiança do povo”.¹²⁹

Inegável reconhecer que a doutrina do neoconstitucionalismo identifica e ratifica que as Constituições democráticas apresentam comandos abertos, direitos fundamentais regulados através de normas programáticas, que por definição são aquelas em que o legislador constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário). Ora, quando o Judiciário depara-se com uma demanda que lhe é submetida, inserida em um comando programático, não há como não usar de sua discricionariedade ativa e decidir operacionalmente, dando respostas concretas aos pedidos formulados. O hermetismo normativo não mais encontra guarida nos Estados democráticos, notadamente os de viés liberal.

O neoconstitucionalismo apresentado e materializado a partir da II Guerra Mundial produziu uma ruptura com os sistemas anteriores fundados no positivismo jurídico, libertando-se dos limites impostos por leis limitadoras e ampliando e produzindo transformações metodológicas e teóricas.

Como anota Oscar Vilhena Ribeiro, se no constitucionalismo originário o papel dos tribunais constitucionais restringia-se a assegurar que a organização e a separação dos poderes observassem as regras da Constituição e a não violação dos direitos fundamentais, civis e políticos dos cidadãos protegidos pela Lei Maior, agora, desde a concepção e o aparecimento, no cenário político, das constituições diretivas e programáticas, as chamadas “constituições diri-

¹²⁸ CUEVA. Ricardo Vilas Boas. Ativismo Judicial X Protagonismo Exacerbado. *Revista Magistratus*. n. 4. Rio de Janeiro. 2018. p. 5/6

¹²⁹ ROCHA. Carmen Lucia Antunes. O que pensam eles? *Revista Magistratus*. n. 4. Rio de Janeiro. 2018. p. 7

gentes”, os tribunais e cortes constitucionais foram chamados a pronunciar sobre o conteúdo substantivo das decisões majoritárias com vistas a assegurar, positivamente, a eficácia da Constituição. Os tribunais e cortes constitucionais deixaram de ser meros controladores passivos da adequação das decisões parlamentares ao texto constitucional, com poderes para retirar do mundo jurídico os atos contrários à Constituição, por inobservância das regras de distribuição de competências ou dos procedimentos formais assecuratórios de sua validade¹³⁰.

Para Riccardo Guastini, a constitucionalização do ordenamento jurídico é “um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente impregnado pelas normas constitucionais”.¹³¹

Na esteira do reconhecimento do neoconstitucionalismo como sistema que permite a atuação judicial consciente e justa na medida em que o texto constitucional concede esse poder ao Judiciário, não havendo portanto usurpação de poder ou excesso na atuação judicante, posiciona-se também Jose Wellington Bezerra da Costa Neto, que menciona em sua obra, após discorrer sobre o constitucionalismo e a constatação da criatividade judicial na nova ordem jurídico-constitucional posta em 1988: “Assim, conclui-se facilmente que admitir a criatividade judicial do Direito nada tem de herético com relação ao princípio da separação dos poderes. É uma decorrência inevitável da evolução histórica da atividade estatal. Como demonstrado (do protagonismo legislativo ao judicial), além de comportar-se perfeitamente numa divisão de tarefas estatais como passível de implementação prática (isto é, sem recortes estanques e incomunicáveis de atividades absolutamente privatistas).¹³²

E segue seu raciocínio pró ativismo judicial: “Negar à atividade judiciária o caráter de fonte criativa do Direito, seria negar-lhe o próprio caráter jurisdicional (ou seja, de *juris dictio*, dizer o Direito).”...”Deste modo, parece que o verdadeiro debate se coloca em aferir o grau de criatividade judicial que é admissível e desejável de acordo com certa concepção filosófica acerca do Direito.¹³³

¹³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, 151p.

¹³¹ GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano*. In: CAR-BONELL, op.cit. p. 49. apud VALLE. Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. 1ª edição. Ed. Juruá. Curitiba. 2012. p. 103

¹³² COSTA NETO. Jose Wellington Bezerra da. *Protagonismo Judicial*. Novo Ativismo e Teoria da Função Jurisdicional. 1. Ed. São Paulo. Ed. Leud. 2017. p. 55

¹³³ COSTA NETO. Jose Wellington Bezerra da. *Protagonismo Judicial*. Novo Ativismo e Teoria da Função Jurisdicional. 1. Ed. São Paulo. Ed. Leud. 2017. p. 57

Mister salientar que nos países de sistema jurídico da *civil law*, como é o caso do Brasil, há uma maior resistência à admissibilidade de uma postura ativista por parte do Judiciário, pois ao atuar de forma ativa, o julgador ou julgadores afastam-se da utilização da lei em sentido estrito, ou ainda concretizam uma interpretação extensiva da legislação vigente, o que para os críticos, geraria uma insegurança jurídica.

Ao reverso, nos países de modelo da *common law*, o acolhimento ao ativismo judicial é mais percebido e inclusive elogiado, visto que para eles, o ativismo judicial representa uma adaptação do Direito, através das decisões judiciais adaptadas às novas exigências da sociedade, exprimindo o que o legislador não consegue alcançar, visto não ser possível a previsão de todas as situações conflituosas que podem surgir entre as pessoas, naturais ou jurídicas.

Ambientando em recorte nacional, o Poder Judiciário foi investido de hegemonia jurídica em previsão constitucional contida nos artigos 92 a 126, com destaque para os artigos 102, a,¹³⁴ C e parágrafos 1º, 2º e 3º¹³⁵ e ainda a possibilidade de edição de súmulas vinculantes.¹³⁶ Referidos dispositivos constitucionais chancelam a possibilidade de atuação criativa do

¹³⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

¹³⁵ III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹³⁶ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Poder Judiciário. Em toda a sua atuação o julgador terá que interpretar para aplicar uma norma de conduta. Não há como interpretar a norma letargicamente.

O protagonismo judicial é inato à própria atuação judicial, em um construtivismo judicial pertinente. Todavia não pode ser confundido com tirania ou despotismo.

O ativismo judicial apresenta-se como uma figura correta e necessária, através da qual o Poder Judiciário, no cumprimento de suas funções como ente estatal, procura fazer valer, concretamente, direitos constitucionais e fundamentais, dos cidadãos, ainda que perante as omissões do Legislativo e Executivo, dentro de suas respectivas searas de competência e atribuições constitucionais. Ademais, a questão da suposta falta de legitimação democrática do Poder Judiciário já resta ultrapassada, eis que o magistrado, ao cumprir o dever de fundamentação de suas decisões, propicia o controle popular sobre sua atuação, o que o legitima, mesmo em um Estado Democrático.¹³⁷

Segundo Dallari: “O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que poder ter as decisões judiciais¹³⁸.”

A atividade jurisdicional ativista materializa os princípios e regras insculpidos na legislação, transmudando-os em algo real, efetivo, concreto, certificando na tangibilidade do caso concreto, a verdadeira utilidade e eficácia do Direito. A magistratura deve se preocupar na realização dos valores constitucionais no plano da realidade, ainda que para esse desiderato, tenha que desagradar forças políticas.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹³⁷ ALMEIDA. Vitor Luis de. Ativismo judicial e legitimação democrática do Poder Judiciário. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. vol. 1.n.4 Ipatinga. 2016, p. 11

¹³⁸ DALLARI. Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 91.

O que se pretende demonstrar com a apresentação destas teses defensivas da atuação proativa do Poder Judiciário é que elas ratificam o interesse do legislador constituinte, que ao prever e ampliar a atuação judicante, incluindo em seu texto um sistema de controle judicial da atuação dos outros poderes, *checks and balances e judicial review*, quis o detentor do Poder Legislativo originário jurisdicionalizar a Constituição, de modo a dotar o Poder Judiciário de autoridade e ascendência sobre os demais poderes, no que concerne ao *juris dictio* como medida final.

Para Robert Alexy, um dos mais influentes filósofos do Direito alemão contemporâneo, não há qualquer distorção ou desvirtuamento funcional do Poder Judiciário ao julgar questões públicas, que deveriam ter sido enfrentadas pelo Legislativo ou Executivo, haja vista que a Constituição lhe atribui competência para tal. Nas palavras do autor: “Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos, não é uma usurpação constitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição. Isso significa que não está em discussão se o tribunal constitucional tem competências de controle no âmbito da legislação, mas apenas qual é a sua extensão”.¹³⁹

Portanto, fica esvaziado e desarrazoado o debate acerca de uma eventual ilegitimidade do Poder Judiciário em atuar concebendo ou atribuindo direitos. A dimensão do debate fica circunscrita no nível de criatividade interpretativa, como limite da jurisdição.

Convém colacionar pensamento de Thamy Pogrebinski, que desmistifica o discurso de que está ocorrendo crise de representação ou risco de crise institucional em face de excessivo intervencionismo do Poder Judiciário. Segundo a autora, não é verdade que o STF tem uma atuação contramajoritária, pois é inexpressivo o número de decisões declarando a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso. Na sua visão, ao contrário do que se afirma o STF reforça a vontade majoritária representada no Congresso Nacional, isto porque ele vem confirmando a constitucionalidade das leis e atos normativos em 86,66% das ADIN's e ADPF's..¹⁴⁰

¹³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo. Malheiros. 2008. P. 546

¹⁴⁰ POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro. Elsevier, Konrad e Campus. 2012. p. 13 e p. 109/110. Apud VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF. 1ª edição. Ed. Juruá. Curitiba. 2012. p. 35

Constata-se por conseguinte, que o ativismo judicial é crucial ante as mutações ocorridas nas sociedades e aos interesses dos jurisdicionados, que em grande parte já não suportam mais o calabouço da legislação vigente, reclamando ou clamando por um mandado de liberdade ou *habeas corpus* judicial que o liberte da clausura de leis ultrapassadas, ou sua ausência.

A atividade jurisdicional deve ser tão dinâmica quanto é a metamorfose constante por que passam as sociedades contemporâneas. Nas palavras de Marco Aurélio R. Tavares: “ O juiz estático que assiste passivamente à perpetuação da injustiça social, age contra os princípios constitucionais de sua atuação e contra a natureza de seu múnus que não é ode mero servidor público, mas sim o de agente político, deixando de exercer assim a essência de seu papel, que é o de mediador entre o Estado contemporâneo e a sociedade – executor de um Poder Judiciário próximo dos anseios populares.”¹⁴¹

A não efetividade da prestação jurisdicional conduz a um indesejado sabor amargo de injustiça. Ao clamar pela tutela jurisdicional, busca o postulante obter um pronunciamento judicial concreto e legítimo, que só será possível, a depender da matéria, através de um construtivismo judicial, representado pela atuação inovadora e criadora do julgador ou julgadores.

Por considerações finais acerca das teses edificantes do ativismo judicial, merece destaque o que Pablo Manili, doutor em ciências jurídicas pela Universidade de Buenos Aires nominou de bom ativismo, que proporciona vários benefícios ao jurisdicionado, a saber: 1) cria direitos, ou seja, assegura direitos não previstos expressamente em nenhum diploma infraconstitucional; 2) amplia as garantias processuais para a proteção dos direitos; 3) assinala ao Congresso a necessidade de reforma legislativa em determinada matéria; 4) controla os excessos do poder em geral; 5) flexibiliza certas decisões legislativas restritivas de direitos; 6) implementa mecanismos para superar a inconstitucionalidade por omissão.¹⁴²

¹⁴¹ TAVARES. Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2011. p. 110/111

¹⁴² MANILI. Pablo L. El activismo em la jurisprudência de la Corte Suprema. *Revista Justicia Argentina La Ley. Derecho Constitucional. Doctrinas esenciales*. Tomo In. II. QUINTANA. Linares. FAYT. Carlos S. Buenos Aires: La Ley. 2008. P 1147/1153. Apud ALMEIDA. Vitor Luis de. Ativismo judicial e legitimação democrática do Poder Judiciário. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. vol. 1.n.4 Ipatinga. 2016, p. 16

2.4 – TESES CONTRÁRIAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Após a exposição dos argumentos que sustentam as vertentes de pensamentos alinhados com o ativismo judicial, inicia-se a análise das considerações desfavoráveis.

O termo ativismo judicial traz em seu dorso uma referência negativa para muitos estudiosos do Direito, a indicar que ativismo é sinônimo de excesso de ação ou posicionamento radical ou desarrazoado, relacionado a emoções ou sentimentos do magistrado, impregnados de subjetividade. Normalmente o termo é relacionado à uma questão ou tema político. Variadas oposições à expansão judicial foram delineadas a partir do estabelecimento do Estado constitucional contemporâneo. Estudiosos profetizaram que o Judiciário passaria a acumular as três funções típicas dos poderes constituídos.

O ativismo jurídico tem sido alvo de muita desaprovação, tendo como principal fundamentação do inconformismo o suposto excesso na atuação jurisdicional na criação de novos direitos ou novas regras jurídicas, e em última *ratio*, contrariando preceitos legais emanados por poderes eleitos. Os críticos informam que ocorre, nestas hipóteses, uma ilegitimidade democrática, um desafio contramajoritário. O Supremo Tribunal Federal que, nos últimos anos, tem enfrentado questões jurídicas profundas, de cunho político e constitucional relacionadas a direitos fundamentais, suprindo as lacunas da legislação, tem sido o foco preferido dos opositores do ativismo, ao ponto de mencionarem que os ministros do STF se arvoram de legisladores ilegítimos.

A rejeição quanto à atividade criativa ou criadora do Poder Judiciário igualmente encontra repercussão em suposta violação à tripartição dos poderes.¹⁴³ Alguns estudiosos do Direito entendem que o Poder Judiciário não pode decidir questões políticas, pois são de competência do Poder Executivo e Legislativo, visto que poderia gerar uma crise no modelo democrático, na medida em um poder realiza função de outro.

No cenário internacional, a exemplo do que já se expôs favoravelmente ao ativismo judicial, encontram-se muitos autores que rechaçam a utilização judicial de uma postura ativista. Serão apresentados alguns pensamentos neste jaez.

¹⁴³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Segundo Canotilho, jurista português constitucionalista: “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas.”¹⁴⁴

Ronald Dworkin, filósofo do Direito norte americano foi um antagonista do ativismo judicial, embora admitisse que em casos difíceis (*hard cases*), o Judiciário poderia ter uma atitude criativa, contudo baseada em princípios sobre justiça, equidade e devido processo legal. Para ele o ativismo judicial deve ser alicerçado em argumentos racionais e controláveis, posicionando-se contra quaisquer abusos por parte dos juízes, embora entendesse que o retorno ao positivismo puro seria um retrocesso. Em sua leitura interpretativa, o Poder Judiciário, ao aplicar o direito, deve observar que a moralidade política constitui o ponto central da Constituição. A discricionariedade, desta forma, enfraqueceria sobretudo três princípios intransponíveis da democracia liberal: autonomia pública, segurança jurídica e separação de poderes.

Nas palavras do filósofo em sua obra “O Império do Direito”: “Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política”. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”.¹⁴⁵

Um grande opositor do ativismo judicial norte americano é Mark Lewin, que chega a afirmar que o ativismo judicial está destruindo os Estados Unidos: É o que acontece com muitos desses juízes que confiam suas decisões a qualquer coisa, menos à Constituição para guiar sua forma de decidir. E há um motivo para isso. A Corte tem alterado tão fundamentalmente seus deveres e rejeitado tão completamente os limites que lhe foram colocados pelos *checks and balances* constitucionais e pela regulamentação dos poderes, que os juízes estão em uma busca sem fim por justificativas extraconstitucionais e invenções para explicar seu ativismo. O poder que eles almejam não existe na Constituição, por isso eles precisam constantemente procurar por suas provisões. (...) Ativistas judiciais não são nada mais do que radicais de robe – desdenhosos das regras de direito, subvertendo a Constituição à sua vontade, e usando a confiança do público para impor suas preferências políticas à sociedade. De fato, nenhum

¹⁴⁴ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra. 2000. p. 1224

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451

movimento político radical tem sido mais efetivo em minar nosso sistema governamental do que o judiciário. E a cada período de julgamento da Suprema Corte, nós prendemos nosso fôlego coletivamente na esperança de os juízes não fazerem mais danos do que o esperado, sabendo muito bem que eles nos desapontarão. Essa é a natureza da tirania judicial”.¹⁴⁶

No Brasil, não são poucos os antagonistas ao ativismo judicial.

Na concepção de Elival da Silva Ramos: “...por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbiu, institucionalmente ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas. Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes”. E continua: “... o ativismo é uma incursão insidiosa sobre o núcleo essencial das funções atribuídas aos demais poderes do Estado”.¹⁴⁷

De maneira a nosso sentir, colérica, posiciona-se contrariamente ao ativismo o doutrinador Daniel Sarmento que menciona: “E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que alguns juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça, - passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para ao decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro converteram-se em verdadeiras varinhas de condão”: com eles o julgador de plantão consegue fazer quase tudo que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, pois permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de

¹⁴⁶ LEVIN, Mark. *Men in Black*. Washington: Regnery Publishing, 2006. p. 22. Apud TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2011. p. 117

¹⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 116-117 e 131

planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.¹⁴⁸”

O texto acima revela um posicionamento demasiadamente insurgente ao ativismo judicial, contudo sem apresentar argumentos jurídicos robustos, a não ser a já recorrente alegação de suposto prejuízo democrático. Em verdade, a questão de fundo que envolve ativismo judicial, emerge com a análise do caso concreto, judicializando a política, momento em que o Poder Judiciário necessita posicionar-se sobre algo que está relacionado à uma omissão ou inação do legislador.

Ao Judiciário se fosse possível, bastaria esquivar-se na lei, na hipótese em que determinado caso não estivesse contemplado pela norma. Ocorre que não é possível a omissão por parte do Poder Judiciário, e na sua atividade necessita em algumas hipóteses de criar regra nova, gerando nos opositores uma enorme inquietação. Segundo Anderson V. Teixeira, “No-civo ou não, o ativismo representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma *patologia constitucional*. . E completa: (...) Em síntese, podemos afirmar que quatro são as espécies de condutas ativistas que mais lesam o equilíbrio da ordem constitucional e da estabilidade interinstitucional: 1) Atuar como legislador positivo; 2) Ofensa ao princípio da separação dos poderes; 3) Desconsideração por precedentes jurisprudenciais; e 4) Decisões judiciais viciadas por decisionismo político.¹⁴⁹

Ainda na esteira da contrariedade ao ativismo judicial, encontra-se Lenio Streck, jurista brasileiro, que é um opositor obstinado que enxerga no ativismo judicial uma ameaça à democracia, uma intervenção indesejada em outras esferas do poder. Ele faz uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política: “Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sem-

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007. P. 144

¹⁴⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. São Paulo. Revista Direito GV. 2012. p. 50/51

pre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa.¹⁵⁰”

Aduz o autor que muitas decisões judiciais são decorrência de inclinações pessoais: ““O direito não é (e não pode ser) aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinar sim. Esse é seu papel. Aliás se não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhões de livros produzidos agudamente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprovou leis? E afinal, o que fazer com a constituição, “lei das leis” (p.25)¹⁵¹.”

Como considerações finais deste capítulo pode-se afirmar que não há consenso e nem tampouco convergência de idéias quando se debate sobre o tema ativismo judicial, sendo certo que a neutralidade não é encontrada.

Alegações fundadas no desenho histórico e institucional do país, norteiam a discussão acerca do tema, que não tem na unanimidade uma aliada e que sempre fará parte de uma discussão jurídico-constitucional, que tem como pano de fundo principal, o aumento das forças do Poder Judiciário, frente a um eventual enfraquecimento de outros Poderes ou instituições, o que para muitos fragilizaria a democracia, ao passo que para alguns outros, produziria uma mudança de paradigma e de atitude dos Poderes Legislativo e Executivo, que passariam a agir como a sociedade espera e necessita, de modo a não permitir a ingerência intensa e intensiva do Judiciário em seus atos, decisões ou normas/legislação.

Como alhures mencionado, a atuação ativista do Poder Judiciário encontra refúgio ora na omissão (lacuna da lei) dos outros Poderes da República, ora na necessidade de uma interpretação analógica ou extensiva, da legislação existente, afim de alcançar e salvaguardar direitos e interesses jurídicos de pessoas em situações fáticas não contempladas no texto legal existente.

¹⁵⁰ STRECK. Lenio. *O que é ativismo?* Disponível em http://www.osconstitucionalistas.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo?utm_source=divr.it&utm_medium=twitter. Acesso em 03 de julho de 2018

¹⁵¹ STRECK. Lenio. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2015. P. 26

3 – O ATIVISMO JUDICIAL É UM DESAFIO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO?

3.1 – DE QUE FORMA O ATIVISMO JUDICIAL AFETA A POPULAÇÃO?

O ativismo judicial, como alhures mencionado, está diretamente relacionado à judicialização da política, haja vista que inúmeras questões de âmbito e interesse de toda a sociedade são submetidos à decisão judicial, e quando o julgamento revela-se inovador, criativo ou meramente interpretativo, tal fato interfere diretamente na vida e interesses da população.

O Poder Judiciário não fica mais circunscrito a decidir questões apenas ou primacialmente de cunho privado. Assuntos políticos estão sendo submetidos à discussão no âmbito judicial, de forma que estes passam a serem interpretados como questões jurídicas.

Indubitavelmente, na esfera jurídica do Estado Democrático de Direito, foi destinado ao Poder Judiciário o desempenho do importantíssimo papel de garantidor dos direitos das minorias ou majorias, a depender da perspectiva de observação. A expressão minoria aqui empregada não refere-se a um critério numérico ou quantitativo de pessoas que estão inseridas neste conceito, e sim se são pessoas ou grupos sem representatividade junto aos poderes constituídos, ou que não tem seus direitos reconhecidos por serem frágeis do ponto de vista econômico, social e/ou cultural.

Indiscutível perceber que no atual ambiente institucional, os Poderes Legislativo e Executivo não promovem iniciativas de programas de políticas públicas, relegando a população ao desabrigo de condições fundantes de desenvolvimento. Para além disso, não parece inquietar-se com dramática situação, transferindo ao Poder Judiciário, a função de determinar que eles façam o que a lei já determina.

Em outra perspectiva, afastando-se das questões profundas que exigem uma reforma nas políticas públicas, existem outras questões que não estão relacionadas à subsistência direta, mas que podem afetar a dignidade de alguém, como consequência de uma omissão legislativa ou de uma manutenção de uma legislação obsoleta e decrépita.

Temas como: pesquisas com células tronco, aborto até o 3º mês de gestação, cumprimento de prisão domiciliar para mulheres com filhos menores de 12 anos, cotas raciais em concursos públicos, fornecimento de remédios fora da lista do SUS, dentre outros, demonstram quão grandiosa, fundamental e indispensável se tornou a submissão à apreciação judicial. O Poder Judiciário passa a desempenhar uma função intervencionista, interpondo-se entre o jurisdicionado e órgãos do Estado.

A judicialização da política reflete uma realidade incontestável: a de que o Legislativo e o Executivo não estão dando respostas adequadas aos reclamos da população, que reconhece no Poder Judiciário a possibilidade de ver decidido de forma definitiva, um conflito que o afeta direta ou indiretamente.

Contudo, a provocação constante ao Poder Judiciário, acarreta consequências danosas ao bom funcionamento da engrenagem do sistema da justiça. O descomunal volume de processos a serem julgados inviabiliza um provimento jurisdicional rápido e adequado, visto que a infraestrutura técnica é em muitas situações, exígua – justiça tardia, pode conduzir à injustiça, ou ao menos à inefetividade.

As ações a serem propostas configuram-se sob a forma de ações declaratórias de constitucionalidade, inconstitucionalidade, descumprimento de preceito fundamental, recursos extraordinários, recursos especiais, dentre outros meios de acesso ao Judiciário, podendo realizar-se na forma de ações coletivas ou individuais. O princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto em sede constitucional¹⁵², reflete a oportunidade de se pretender um pronunciamento judicial.

O reflexo das decisões judiciais na população, pode ser percebido de forma direta ou indireta. Direta quando decidem pela alteração da interpretação de um texto legal, ora utilizando-se da interpretação conforme, ora servindo-se da interpretação restritiva ou extensiva, em decisão com repercussão geral. De forma indireta, quando ocorre a mudança no paradigma normativo, ou inovação no sistema jurídico.

Convém traçar algumas linhas sobre o que seja a repercussão geral e seus efeitos. Entende-se por repercussão geral o instituto processual de admissibilidade dos recursos extraor-

¹⁵² Art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

dinários a serem encaminhados ao Supremo Tribunal Federal. A introdução do instituto ocorreu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou o art. 102, inserindo o §3º¹⁵³, com a previsão expressa. Referida inclusão igualmente alterou o Código de Processo Civil¹⁵⁴ e o Regimento interno do STF.

A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, assim, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, o legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem que ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa¹⁵⁵.

As principais finalidades da inclusão do instituto da repercussão geral nos processos são: 1) delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa; 2) uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

Quando do julgamento do recurso, o Supremo Tribunal Federal poderá dar o efeito da decisão em repercussão geral, de forma que, a partir daquele julgado, qualquer pessoa poderá invocar o seu direito, tomando por base o julgamento anterior, que teve efeito de repercussão geral.

Infere-se portanto, que o ativismo judicial afetarà sempre a população, quer de forma positiva ou negativa.

¹⁵³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros

¹⁵⁴ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2012. p. 839

3.2 – HÁ REPRESENTATIVIDADE DA VONTADE POPULAR NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e é fiel depositário do texto constitucional; nos termos da Carta Magna, é o seu guardião.¹⁵⁶

Uma das maiores críticas que se faz ao ativismo judicial, é a presumida ausência de legitimidade dos órgãos judicantes para criarem novas regras ou princípios a serem seguidos pelos outros órgãos componentes do Estado e pela população, em vista da circunstância de não haverem recebido uma “procuração popular”.

O sistema jurídico instituído na Constituição Federal vigente não deixa margem para incertezas quanto às matérias e limites de atuação judicial. Insculpido entre os artigos 92 e 126 da Carta Maior, o Poder Judiciário foi alçado a um patamar de elevada competência pelo legislador constituinte. Esta posição atribui ao Judiciário um lugar de proeminência, sobretudo no que concerne à sua competência.

O acesso à magistratura e, portanto, ao exercício da atividade judicial pode se dar por nomeação do Presidente da República, através de concurso público ou ainda, por acesso através de um acesso constitucional, no denominado quinto constitucional, que permite a nomeação de advogados ou membros do Ministério Público através de votação em lista tríplice encaminhada para o chefe do Executivo para nomeação. Verifica-se de *lege lata*, que não há investidura ao poder judiciário através do voto popular.

Diante deste cenário, muitos estudiosos do Direito questionam a legitimidade do Poder Judiciário, para anular, declarar inconstitucional ou criar regras, em contrariedade à vontade popular, que através do sistema eleitoral, optou por determinado representante.

Contudo, mister compreender que a legitimidade de um Poder do Estado não está circunscrita à idéia de sufrágio universal, da democracia representativa apenas. A legitimidade do Poder Judiciário encontra sua sustentação pela própria competência e atribuição do órgão que tem entre seus postulados a responsabilidade pela estabilidade do sistema democrático,

¹⁵⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, **a guarda da Constituição...**(grifos meus)

com a defesa das instituições. Ademais a defesa das minorias e dos valores e princípios enxertos no texto constitucional igualmente dão a medida da legitimidade da atuação jurisdicional.

Nesta ordem de idéias, Luis Roberto Barroso afirma que, ainda que os magistrados não tenham o voto popular, desempenham, por legitimação da própria Constituição Federal, um poder político, capaz inclusive de invalidar atos dos outros dois Poderes. A legitimidade portanto, é normativa, e decorrente da própria Constituição Federal.¹⁵⁷

A independência funcional e imparcialidade são características da jurisdição, que não se coadunam com eventual representatividade pelo voto popular, haja vista que os membros do Judiciário devem manter sua neutralidade no que concerne aos conceitos morais pessoais e inclinações políticas. Há expressa vedação constitucional que os magistrados integrem partidos políticos e se candidatem a qualquer cargo eletivo, para que ele não seja afetado por ideologias partidárias que o poderiam desvirtuar de seu julgamento equânime.¹⁵⁸ Os juízes devem pautar suas decisões em princípios e normas constitucionais.

Ao reverso, os membros do Poder Executivo, bem como do Poder Legislativo, em regra estão envolvidos com suas bases eleitorais e devem estar alinhados com posições ideológicas definidas, não podendo alterá-las, sob pena de perderem seu eleitorado.

Pode-se afirmar sem dúvida, que o Poder Judiciário possui legitimação. Segundo Luiz Flávio Gomes há dois tipos de legitimação previstos na nossa Constituição Federal: a representativa (típica dos altos cargos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político. Esta reside na eleição direta pelo povo dos seus representantes que ocuparão os principais postos políticos.¹⁵⁹

¹⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (orgs), In: *Constituição e Ativismo judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 283-284.

¹⁵⁸ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

Parágrafo único. **Aos juízes é vedado: (grifos meus)**

III - dedicar-se à atividade político-partidária

¹⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 1997. p. 57

Para além da questão político-partidária, emerge a tese de governabilidade para as maiorias, o que em outra perspectiva reflete o afastamento constante das minorias, na medida em que a maioria escolheu seu representante através do voto, e exige dele um comportamento sempre favorável à maioria que o elegeu.

As palavras de Geraldo Ataliba, refletem com exatidão, o sentido e distinção entre governo das maiorias e afastamento das minorias. Diz o autor: “Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que os elegeram e as elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos. Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem corteja-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional. Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis¹⁶⁰”.

Conclui-se que o Poder Judiciário tem legitimidade constitucional, conquanto não tenha representatividade eleitoral.

3.3 – ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ANÁLISE DE JULGADOS REPRESENTATIVOS DO ATIVISMO JUDICIAL

3.3.1 – Considerações preliminares

Data de 24 de fevereiro de 1891, com a promulgação da 1ª Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, o surgimento do Supremo Tribunal Federal¹⁶¹. A Carta Constitucional apresentou em seu teor, no que concernia ao órgão máximo do Judiciário, além de suas competências, o controle de constitucionalidade¹⁶², alojando em seu conteúdo a alçada

¹⁶⁰ ATALIBA. Jose Geraldo. *República e Constituição*. São Pulo. Malheiros. 2001. p. 56

¹⁶¹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Art. 55. O Poder Judiciário da União terá por órgão um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da Republica, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país quantos o Congresso criar.

¹⁶² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete. § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instancia haverá. recurso para o Supremo Tribunal Federal: b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da

constitucional do órgão, evidenciando a nomeada jurisdição constitucional. Entende-se por jurisdição constitucional, ser o seu conjunto de ações, instrumentos de defesa da Constituição, contra-ataques que por ventura possam surgir contra seus axiomas sociais, políticos e jurídicos, originados de qualquer poder, órgão ou pessoa.

É o órgão incumbido da guarda da Constituição e da adequação das normas ao seu texto, trazendo à luz cotidianamente a defesa da hierarquia das normas, idealizada, difundida e notabilizada a partir da construção teórica apresentada por Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*¹⁶³: “Da análise precedente resulta que entre a lei e a decisão jurisdicional, entre a Constituição e a lei, a Constituição e o decreto, a lei e o decreto, ou, numa fórmula inteiramente geral, entre uma norma superior e uma norma inferior de uma ordem jurídica, não é possível qualquer conflito que destrua a unidade deste sistema normativo, tornando impossível descrevê-lo em proposições jurídicas que não sejam contraditórias entre si¹⁶⁴ .

O Supremo Tribunal Federal exerce um importantíssimo papel no “jogo” democrático, alcançando a partir de 1988, uma posição hegemônica, reputado que, para além de poder retirar do ordenamento jurídico normas inadequadas ao texto constitucional - a submissão das leis ao texto constitucional, reflete-se na doutrina do *judicial review* criada nos Estados Unidos, que permite ao Judiciário, a revisão das leis emanadas do legislativo, lhe é permitido suprir lacunas – em uma função criativa ou criadora, e ainda anular atos praticados pelo Poder Executivo que exorbitem as competências ordinárias de sua atuação.

O Supremo Tribunal Federal, entidade de cúpula do Poder Judiciário, é o órgão onde a expansão do Poder Judiciário encontra sua morada habitual e escava suas raízes mais profundas. As decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal relacionadas a interesses sociais, morais, econômicos, dentre outras que simbolizam o ativismo judicial, elogiado por alguns e combatido por outros, na medida em que são judicializadas questões políticas densas e profundas.

Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.

¹⁶³ KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado 6ª ed. São Paulo. Martins Fontes ed. 1999

¹⁶⁴ KELSEN. Hans, *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado 6ª ed. São Paulo. Martins Fontes ed. 1999. p. 192

Segundo Luis Roberto Barroso: “O Supremo Tribunal Federal atua como corte recursal nos recursos extraordinários e faz às vezes de “tribunal constitucional” quando avalia a compatibilidade em abstrato de normas com a Constituição. É importante ressaltar, a partir do que concluiu o autor, que a judicialização não pode ser imputada aos Ministros do Supremo Tribunal Federal ou aos juízes, como se fosse uma pretensão de um modelo juriscêntrico de hegemonia judicial, porque ela implica em um cumprimento da Constituição. A atuação dos juízes em certas questões políticas decorre da própria exigência do texto constitucional e não são caprichos do Judiciário ou opções ideológicas.”¹⁶⁵

3.3.2. Estudo de casos

Diuturnamente o Supremo Tribunal Federal tem sido instado a manifestar-se sobre temas de repercussão nacional, tais como: idade mínima para acesso ao ensino fundamental, aborto até o 3º mês de gestação, direito ao esquecimento, uso de algemas na condução de indiciados, recolhimento prisional após julgamento em segunda, dentre outros casos de interesse nacional.

A metodologia empregada neste item do estudo é denominada empírica, que se debruça sobre a análise de casos reais, em uma combinação dialética entre a teoria do Direito e a lei em concreto ou abstrato, a ensejar uma solução para a questão posta e apresentada perante órgão de cúpula de Poder Judiciário. Os *cases* selecionados seguiram dois critérios: o tempo/atualidade – dois foram no corrente ano e dois no ano anterior, e a relevância para a sociedade, envolvendo minorias.

Serão destacados e apresentados quatro julgados que fizeram parte de um debate nacional, que delineou questões significativas do ponto de vista do exercício de direitos. Será feito um resumo da ementa, destacando-se os principais fundamentos jurídicos das decisões, e em sequência, serão traçados comentários norteados pelo ativismo da Suprema Corte Constitucional Brasileira – Supremo Tribunal Federal.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13., 2009. p. 74

3.3.2.1. Primeiro caso: Prisão domiciliar para mães com filhos menores de 12 anos.

O caso em comento, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20/02/2018 originou-se em um pedido de habeas corpus coletivo nº 143.641 – São Paulo, remédio constitucional para soltura imediata de presas, tendo como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças.

Referido julgamento foi de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski e decidido pela maioria da 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, tendo apenas um voto divergente, do Ministro Edson Fachin que divergiu quanto à concessão *erga omnes* do remédio constitucional, entendendo que o deferimento da ordem exclusivamente para dar interpretação conforme os incisos IV, V e VI do artigo 318 do CPP, a fim de reconhecer como única interpretação a que condiciona a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta e individualizada do melhor interesse da criança, sem revisão automática das prisões preventivas já decretadas.

Tratou-se de uma decisão emblemática e paradigmática do ativismo judicial necessário e benéfico. A ordem de soltura foi concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP.

A extensão de ofício da ordem de soltura, – admitido no art. 654, §2º do Código de Processo Penal¹⁶⁷, conferiu o direito de cumprimentos da pena domiciliar de todas as mulheres encarceradas no território nacional, desde que se inserissem nos requisitos descritos na decisão, quais sejam: estar grávida, ser puérpera, ser mãe de crianças até 12 anos de idade e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas, e desde que não tenham cometido o crime mediante violência ou grave ameaça.

¹⁶⁷ Código de Processo Penal. Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Em sua fundamentação, aduzem os Ministros acerca da escolha da via adequada, que foi o *habeas corpus* coletivo, que visa beneficiar um número grandioso de pessoas, evitando uma avalanche de processos com o mesmo pedido e causas de pedir.

As condições adversas e muitas vezes degradantes por que passam as mulheres no cumprimento de suas penas, constituem verdadeiras violações à dignidade da pessoa humana. Submeter as mulheres grávidas a abjetas situações ultrapassa os limites da punição do Estado, que estende sua sevícia aos filhos das encarceradas.

O Estado não possui condições econômicas para assegurar às mulheres encarceradas, condições mínimas para garantia de direitos fundamentais de convivência com seus filhos menores. A ausência de berçários, creches ou um ambiente ao menos salubre para permanência dos filhos, é justa causa para que as mulheres presas preventivamente ou cautelarmente, continuem a manter o convívio com seus filhos menores. A lei de Execuções Penais atribui este direito às encarceradas¹⁶⁸, todavia a lei é inaplicável, em vista da falência do Estado em promover este bem estar mínimo às presas e a seus filhos menores. Ademais a previsão de tal benefício encontra-se no Código de Processo Penal, em que o juiz poderá substituir a pena.¹⁶⁹

Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Lewandovski mencionou: "Há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam dúvidas de que "cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro" de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no plano internacional relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País."

¹⁶⁸ Lei nº 7.210/84. Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

¹⁶⁹ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

Cumpra delinear o contorno referente à qualificação de pessoa vulnerável, utilizado pelo Ministro Relator, como sustentação do remédio processual coletivo. Vulnerável é aquela pessoa que encontra-se em uma situação de fragilidade, debilidade e enfraquecimento em relação à outra. O termo comumente é utilizado para a proteção de crianças, adolescentes, idosos e deficientes. Contudo a vulnerabilidade pode ser econômica ou social.

Os vulneráveis descritos nas razões de decidir do julgado em comento são as crianças e adolescentes alijados da companhia da mãe.

O critério jurídico da ponderação de interesses ou direitos usualmente é utilizado pelos julgadores, quando há no quadro fático, duas ou mais regras ou princípios disciplinadores da situação jurídica. A adequação da lei ao caso concreto em diversas situações demanda a utilização do referido método.

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores¹⁷⁰ E acrescenta: “que na técnica da ponderação, o jurista deverá, primeiramente, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, pelo princípio da concordância prática. Somente depois, caso não seja possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita¹⁷¹”.

Se em uma face tem-se o Estado, com seu *jus puniendi*, com a premente necessidade de perseguir e punir aquele que cometeu um ilícito penal, no outro vértice tem-se, neste caso, mulheres/mães cujos filhos menores/vulneráveis demandam a presença de suas mães. A Lei nº 13.257/2016 – denominada Lei da Primeira infância, estabelece entre seus postulados protetivos, que deverão ser criadas políticas públicas voltadas para criança em primeira infância, até 6 anos de idade, que propiciem a convivência familiar¹⁷².

¹⁷⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 386

¹⁷¹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 387

¹⁷² Lei nº 13.257/2016. Art. 5º Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda

No legítimo exercício da ponderação, atuaram com maestria os Ministros que conformaram seu entendimento com o relator. O ápice do ativismo judicial encontrado na decisão comentada está no item XV, que estende, de ofício, para todas as mulheres nas situações descritas no pedido, o alcance do acórdão proferido, utilizando-se como parâmetro o art. 580 do Código de Processo Penal, que refere-se a concurso de agentes, o que não guarda conexão com o caso analisado. Trata-se de uma analogia *in bonam partem*.

3.3.2.2. Segundo caso: Mudança de nome de transgêneros sem alteração do sexo

O caso a ser comentado foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275, proposta pela Procuradoria Geral da República, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, objetivando julgamento de interpretação conforme a Constituição do art. 58 da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, com a redação dada pela lei nº 9.708/98, a fim de permitir a substituição/alteração do prenome por apelidos públicos notórios aos transexuais e transgêneros, sem necessidade de realização de cirurgia de transgenitalização.

A ausência de previsão expressa das hipóteses de incidência do referido dispositivo, e a dissonância de julgados referentes a admissibilidade ou não de mudança de nome de transexuais e transgêneros mediante pedido notarial, conduziram a Procuradoria a formular pedido tendente ao reconhecimento do referido direito aos transexuais.

Como sustentação do pedido, foram invocados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da igualdade e da privacidade, para reconhecer o direito à mudança de nome e gênero das pessoas “trans” no registro civil, independentemente de prova de intervenção médica.

Apresentou ainda a postulante que foi editado o Decreto 8.727/2016¹⁷³, que dispôs sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e tran-

forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica

¹⁷³ Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se:

sexuais no âmbito da administração pública federal, autárquica e fundacional, que a exemplo do que ocorreu antes do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, também existiam muitas divergências jurisprudenciais sobre o tema, e que o julgamento reconheceu a necessidade da isonomia.

Para a análise dos pedidos de mudança de nome e gênero, propõe que se estabeleça como requisitos a prova (i) de maioridade, (ii) da convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico por mais de três anos e (iii) de que seja presumível, com alta probabilidade, que a pessoa não mais modificará sua identidade de gênero. Defende que tais requisitos devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais.

O julgamento foi unânime no sentido de se reconhecer a possibilidade de alteração do nome e do gênero no registro de nascimento, sem a necessidade de intervenção cirúrgica.

Para os Ministros não é o procedimento médico ou intervenção cirúrgica que conferem ao indivíduo direito ao reconhecimento de sua condição pessoal. Trata-se de direito indissociável de cláusula geral da dignidade da pessoa humana, que tutela de forma integral e unitária a existência humana.

A dignidade da pessoa humana continua a ser o núcleo axiológico das discussões relativas ao exercício de direitos inerentes à pessoa humana, ou à personalidade de alguém. Não se pode deixar ao arrepio da lei, o exercício pleno dos direitos da personalidade, notadamente o

I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e
II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Art. 2º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, em seus atos e procedimentos, deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual, de acordo com seu requerimento e com o disposto neste Decreto.

Art. 3º Os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo “nome social” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos.

Art. 4º Constará nos documentos oficiais o nome social da pessoa travesti ou transexual, se requerido expressamente pelo interessado, acompanhado do nome civil.

Art. 5º O órgão ou a entidade da administração pública federal direta, autárquica e fundacional poderá empregar o nome civil da pessoa travesti ou transexual, acompanhado do nome social, apenas quando estritamente necessário ao atendimento do interesse público e à salvaguarda de direitos de terceiros.

Art. 6º A pessoa travesti ou transexual poderá requerer, a qualquer tempo, a inclusão de seu nome social em documentos oficiais e nos registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

objeto desta demanda judicial, vez que trata-se de exercício diário na vida dos transexuais e transgêneros que buscam uma adequação de sua identificação social, representada pela mudança do nome original, adotando-se o nome social para efeitos sociais e civis.

Inadmitir referida alteração, caracterizaria um retrocesso intolerável, que produziria uma fratura exposta no sistema jurídico atual, que pugna pelo reconhecimento dos direitos decorrentes da diversidade.

A diversidade de gêneros é uma realidade nas sociedades contemporâneas, e as legislações não estão acompanhando referida conjuntura na velocidade em que está ocorrendo, o que conduz o Poder Judiciário ao enfrentamento de pedidos relacionados a tutela desses direitos, ampliando as balizas apontadas pela norma.

Nos votos dos Ministros houve controvérsia apenas no tocante à necessidade de pedido judicial ou se o interessado poderia ir diretamente ao cartório e através de sua autodeclaração, obter a alteração registral.

Para o Ministro Relator Marco Aurélio, o tema é sensível e envolve valores constitucionais de importância maior, mencionado não ser legítimo recusar a transexuais o direito à alteração do prenome e gênero, sem cirurgia de transgenitalização, uma vez que bastaria a afirmação da identidade de gênero. Complementa seu raciocínio de que: “a tutela estatal deve levar em conta a complexidade ínsita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada”.

Outrossim, para o Ministro Relator, embora o transexual não precise realizar a cirurgia para postular a mudança de nome e de sexo, a averbação do registro civil original está condicionado aos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, presentes os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Referidas condições não foram acolhidas visto que dificultariam o exercício pleno do direito à identidade pessoal e social.

Para o Ministro Celso de Mello não se mostra essencial o pedido judicial, ao reverso: “a prévia autorização judicial é desnecessária e encontra equacionamento na lei dos registros públicos, uma vez que se surgir situação que possa caracterizar fraude caberá ao oficial do registro civil a instauração de procedimento administrativo de dúvida”.

Importante revelar parte do voto da Ministra Carmem Lucia, para quem: “(.)o julgamento “marca mais um passo na caminhada pela efetivação material do princípio da igualdade, no sentido da não discriminação e do não preconceito”. Ela baseou seu voto no direito à honra, à imagem, à vida privada, nos princípios constitucionais da igualdade material, da liberdade, da dignidade e no direito de ser diferente, entre outros. “Cada ser humano é único, mas os padrões se impõem”, afirmou. “O Estado há que registrar o que a pessoa é, e não o que acha que cada um de nós deveria ser, segundo a sua conveniência”.

Destaque-se que, embora o pedido formulado tenha sido em favor dos transexuais, os julgadores estenderam aos transgêneros, atribuindo um sentido mais amplo ao direito. A terminologia transgênero encampa um grupo maior, onde inserem-se os transexuais, travestis, não-binários, *crossdressers*, *drag queens*.

Trata-se de uma decisão judicial que acrescentou mais um importante capítulo na história do ativismo judicial praticado e produzido no Supremo Tribunal Federal. O critério da interpretação conforme a Constituição amplia as latitudes do expansionismo judicial, prestigiando a democracia na medida em que, sem excluir do ordenamento o texto legal concretizado pelo Poder Legislativo, atende aos princípios insertos na Carta Maior, produzindo-se uma criação judicial arrimada na vontade dos destinatários da lei.

3.3.2.3. Terceiro caso. Ensino religioso em escolas públicas

O presente julgado, tratou de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria Geral da República, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, como redator do acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, tendo como *amicus curiae* várias entidades religiosas, tais como: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Conferência dos religiosos do Brasil, Grande loja maçônica do Estado do Rio de Janeiro, dentre outros.

Como prefácio para análise do julgado, convém apresentar os dispositivos legais arguidos de inconstitucionais. Art. 33, caput e §§ 1º e 2º da lei 9.394/1996¹⁷⁸, Lei de Diretrizes e Bases da Educação e art. 11, § 1º do Acordo entre o governo federal e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica¹⁷⁹, em oposição com o que a Constituição Federal estabelece sobre o tema, segundo alegações propostas pela Procuradoria Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 – Distrito Federal.

Dentre os argumentos expostos pela Procuradoria Geral, o epicentro concentrou-se no argumento de que o ensino religioso não poderia ser confessional, ou seja, não poderia seguir determinada religião, e sim oferecido com conteúdo programático consistente na exposição “das doutrinas, práticas, histórias e dimensão social das diferentes religiões”, sem que se privilegiasse nenhuma religião. Que se assim não fosse, produziria uma violação à laicidade do Estado brasileiro.

Decidiu-se em 27/09/2017, por voto da maioria 6-5, com o voto decisivo da Ministra Carmem Lúcia, pela improcedência do pedido formulado, invocando como sustentação pelos ministros vencedores, a utilização e cumprimento direto dos princípios constitucionais da laicidade do Estado/consagração da liberdade religiosa, aduzindo que a facultatividade do oferecimento do ensino religioso, afastaria qualquer violação do texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tradição republicana de extensa liberdade religiosa, consagrou no art. 5º, inciso VI, a inviolabilidade da liberdade de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Referida liberdade deve ser entendida sob duas óticas: 1) prote-

¹⁷⁸ Lei 9394/1996. Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso

¹⁷⁹ Artigo 11 do Estatuto Jurídico da Igreja Católica

A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.

§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação

tiva aos indivíduos que podem professar sua fé com autonomia e 2) garantir a laicidade do Estado.

A normatização constitucional descreve ainda que: art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”

E no art. Art. 210. (...) § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

Os Ministros vencidos na apertada decisão invocaram especialmente que a laicidade do Estado brasileiro, representada pelos dispositivos constitucionais alhures apresentados, não se coadunam com a inserção do ensino religioso na lei de Diretrizes e Bases da educação e que o Acordo firmado pelo Brasil com a Santa Sé, privilegia a Igreja Católica, havendo uma intromissão desta religião no ensino público.

Em seu voto, o relator Ministro Barroso, vencido na decisão final, propala: “Todavia, quando o Estado permite que se realize a iniciação ou o aprofundamento dos alunos de escolas públicas em determinada religião, ainda que sem ônus aos cofres públicos, tem-se por quebrada qualquer possibilidade de neutralidade. Especialmente em um país com a diversidade religiosa do Brasil, que segundo o Novo Mapa das Religiões possui mais de 140 denominações. Tanto no caso do ensino confessional quanto do ensino interconfessional, é física, operacional e materialmente impossível abrir turmas específicas para que todos os alunos tenham instrução religiosa nas suas respectivas crenças. Nesse contexto, apenas as religiões majoritárias na sociedade brasileira (como as católicas e evangélicas) têm capacidade de credenciar e formar professores suficientes para atender a todas as escolas públicas. Há, por um lado, nítido favorecimento e promoção dessas religiões e, por outro, discriminação e desprestígio das crenças minoritárias. A consequência, então, é a nítida quebra de neutralidade pelo Estado, que não pode usar o seu poder e o seu dinheiro, que pertencem a toda a coletividade, para privilegiar uma ou algumas crenças”.

No voto do Ministro Celso de Melo, que a exemplo do Relator, pugnava pela inconstitucionalidade dos dispositivos alegados: “Segundo entendimento da procuradoria, que acabou derrotado, o ensino religioso só poderia ser oferecido se o conteúdo programático da disciplina consistisse na exposição “das doutrinas, práticas, histórias e dimensão social das diferentes religiões”, sem que o professor privilegiasse nenhum credo”.

Os ministros vencedores invocaram precipuamente em seus votos que o artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação faculta aos interessados a possibilidade de receberem ensino religioso em sua formação educacional básica, sem ônus. Trata-se, portanto de uma conduta volitiva, não fazendo parte da grade curricular obrigatória, e por este motivo, não afrontaria a laicidade do Estado Brasileiro em associação com a liberdade de crença da população.

No voto do Ministro Ricardo Lewandovski: “Autorizar o ensino confessional e interconfessional nas escolas públicas, nos termos acima descritos, em nada ofende o dever de neutralidade do Estado, ainda que algumas confissões possam ser predominantes, porque um dos propósitos da educação é justamente fornecer aos alunos o conhecimento necessário à compreensão dos valores e do papel que a religião exerce no mundo. Por isso mesmo, abrir espaço para o ensino das confissões majoritárias em uma determinada sociedade não se mostra, segundo penso, incompatível com tal desiderato”.

A maioria entendeu não haver nenhuma intromissão insidiosa da Igreja Católica e nem ao menos que a laicidade estaria afastada. O debate cingiu-se ao axioma religião e educação podem ou não caminhar juntos. O ativismo judicial nesta hipótese encontra luz quando os Ministros fazem uma interpretação conforme e finalística, entendendo por maioria, ainda que estreita, que não há afronta ou incompatibilidade, incongruência ou discrepância entre a lei de Diretrizes e Bases da Educação, bem como do Acordo entre o Brasil e a Santa Sé com o texto constitucional.

A votação em maioria apertada 6 x 5 representou um “quase ativismo”. Senão analise-se: o debate da Corte delimitou-se na alegada inconstitucionalidade da norma educacional que estabelece o ensino religioso nas escolas, bem como a adequação de acordo realizado entre Brasil e Santa Sé, quanto à possibilidade de ensino religioso nas escolas. O Supremo Tribunal Federal decidiu, com bastante divergência que não houve inconstitucionalidade, que as normas estão adequadas ao que determina a Constituição, não realizando nenhum viés ativista

com a proclamação do resultado final. Contudo, seria representativo de um ativismo moderado, caso a maioria tivesse reconhecido a inconstitucionalidade, ao abonar que a lei, embora exista, não atendia aos paradigmas constitucionais de liberdade religiosa, não confessional, e que o acordo estaria beneficiando a religião católica em detrimento das demais religiões.

3.3.2.4. Quarto caso. Reserva de vagas para negros em concursos públicos

Em julgamento ocorrido em 08/06/2017, no plenário do Supremo Tribunal Federal, decidiu-se, por unanimidade, pela procedência do pedido, para declarar a constitucionalidade de lei federal nº 12.990/2014, que reserva 20% das vagas em favor de candidatos negros para preenchimento de cargos públicos através de concursos públicos¹⁸⁴. O julgado foi de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso.

A tese do julgamento foi: “ É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

Como primeiro fundamento invoca-se a necessidade de manutenção da isonomia entre as pessoas. Igualdade esta que não pode ficar circunscrita nas bordas da igualdade formal, devendo adequar-se à realidade da igualdade material, que enxerga na desigualdade um ponto de equilíbrio.

A Constituição Federal de 1988 anuncia no inciso I, do art. 5º, a igualdade entre homens e mulheres. No estudo acerca do princípio da igualdade constitucional, e, portanto, jurídica deve-se fazer uma análise densa, do sentido, destinatário e objetivo dessa isonomia. No escólio de Alexandre de Moraes: “o princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em

¹⁸⁴ Lei nº 12.990/2014. Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos. Brasília, 9 de junho de 2014; 193º da Independência e 126º da República

dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social¹⁸⁵”

Ainda sobre a acepção do que seja a prestigiada igualdade jurídica, convém trazer à colação como de primordial relevância, a dicotomia existente entre igualdade formal e igualdade material.

A matriz distintiva das espécies é nodal, para que se entenda que ao falar-se sobre igualdade. A Constituição, está a referir-se à igualdade formal, que consiste na isonomia entre homens e mulheres, no que afeta à destinação de direitos equânimes, como por exemplo, o direito à liberdade, à integridade física, à imagem, e vários outros direitos, sobretudo no âmbito dos direitos da personalidade.

A denominada igualdade material, também denominada de substancial ou aristotélica, menciona a desigualdade como um fator de equilíbrio, visto que ela é necessária para algumas situações concretas, como uma lei protetiva para crianças e adolescentes, para idosos, para mulheres grávidas dentre outras, que vislumbram no tratamento diferenciado, uma forma de igualar as desigualdades, buscando-se uma justiça no caso concreto. Chama-se aristotélica, em homenagem ao filósofo grego Aristóteles, que em sua obra *Ética a Nicômaco*, ao discorrer sobre o que seria justiça, utilizou-se da frase, que até hoje é reproduzida pelos estudiosos do Direito, que é: “Devemos tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades”¹⁸⁶.

Argumentaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, pela constitucionalidade da lei debatida, que não vislumbra-se qualquer privilégio ao beneficiário da política afirmativa e nem tampouco a ocorrência de violação aos princípios do concurso público ou da eficiência, haja vista que todos os candidatos se submeteriam à mesma prova, não restando margem para benefícios individualizados.

¹⁸⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65

¹⁸⁶ ARISTÓTELES. *A Política*. 2 edição. São Paulo. Martins Fontes. 2001. p. 30

No julgado em análise, os Ministros expuseram ainda o obstáculo histórico às oportunidades igualitárias entre negros, pardos e brancos, como um fator de desigualdade constitucional a impulsionar a decisão pela constitucionalidade, buscando-se reparar um erro ou mal ocasionado na história brasileira, referente a anos de escravidão e exploração dos negros. É o ativismo judicial em uma concretude altíssima.

Ao proferir seu voto, o relator Ministro Luis Roberto Barroso destacou que a lei de cotas, embora crie uma vantagem competitiva para um grupo de pessoas, não representa qualquer violação ao princípio constitucional da igualdade.

Segundo ele, essa diferenciação entre candidatos é compatível com a Constituição, pois é motivada por um dever de reparação histórica decorrente da escravidão e de um racismo estrutural existente na sociedade brasileira.

Aduziu: “É uma reparação histórica a pessoas que herdaram o peso e o custo social e o estigma moral, social e econômico que foi a escravidão no Brasil e, uma vez abolida, entregues à própria sorte, sem condições de se integrarem à sociedade”.

A fenda produzida pelo histórico lamentável de servidão violenta dos negros produzida pelos brancos durante muitos anos no Brasil, reclama a criação de medidas tendentes a suavizar o abismo existente. Dentre as medidas possíveis a serem realizadas pelo Poder Público, está a criação de ações afirmativas, que são definidas como políticas públicas feitas pelo governo ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir e combater desigualdades e discriminações étnicas, raciais, religiosas e de gênero, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, dentre outros direitos fundamentais.

Para que o Estado concretize a igualdade é preciso a criação de ações afirmativas. Nas palavras de Daniel Sarmento: “Para a concreção do preceito da Constituição é requerido um Estado ativo e com inclinação a defender os menos favorecidos. Na verdade, a visão de igualdade que transparece na Constituição demanda um Estado ativista, voltado para a defesa dos interesses das pessoas e grupos vulneráveis. Isto obriga os poderes públicos a levarem em consideração os desníveis sociais existentes. Esta desigualdade, que o Estado tem que enfren-

tar se quiser levar a sério o projeto constitucional de construção de uma sociedade justa, solidária e sem preconceitos, possui um inequívoco componente racial¹⁸⁷.

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal ratifica julgamento anterior em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186. Na ocasião, a Corte fixou um novo precedente e considerou constitucional a reserva de cotas a negros e pardos em universidades públicas.

O caso ora analisado não representa o ativismo judicial. Todavia entende-se necessária a sua exposição, para que fique demonstrado que nem toda a decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal será ativista, ainda que haja alegação de afronta à Constituição. Verificou-se, portanto, que o ativismo não teria área de aplicação nesta hipótese: a uma porque existe lei, não se amoldando à hipótese de omissão legislativa; a duas porque entenderam os Ministros que a lei atende aos parâmetros constitucionais, na hipótese ampliando direitos àqueles que atendessem aos requisitos exigidos por ela, não restringindo ou prejudicando os destinatários da própria lei.

3.3.3. Considerações finais do capítulo

No exercício da atividade judicial cotidiana, o Supremo Tribunal Federal, no desempenho de suas competências descritas na Constituição, é instado a decidir de maneira ativista, sobretudo quando o processo que lhe é dirigido refere-se a interesse de um número indeterminado de pessoas que direta ou indiretamente serão atingidos.

Julgamentos que envolvem questões de interesse social direto tem sido precedidas de audiências públicas. As audiências públicas são espaços de debate para diversos atores sociais, sejam eles a população em geral ou o governo. São garantidas na Constituição Federal de 1988 e reguladas por leis federais, Constituições Estaduais, Leis Orgânicas Municipais e a Lei Orgânica do Distrito Federal. Somente os órgãos públicos podem realizar audiências públicas, pois a eles cabe o exercício da administração pública, aí incluindo a resolução dos problemas

¹⁸⁷ SARMENTO, Daniel “A igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa, in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais. 2º Edição. Bahia: Editora Juspodivm. 2007. p. 211.

de relevante interesse social que afetam a sociedade. Com a audiência pública, possibilita-se a participação democrática dos atores sociais envolvidos na questão.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno.

A primeira audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal foi convocada pelo Ministro Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007.¹⁸⁸

A análise de casos mostra-se relevante, visto que representa a concretização da atuação judicial do órgão incumbido de guardar a Constituição contra agressões que podem surgir. A Corte ora se mostra ativista, ora com contenção, revelando a multiplicidade de pensamento dos julgadores.

¹⁸⁸ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em 04/07/2018

CONCLUSÃO

O aparato legislativo brasileiro, notadamente a Constituição Federal, permite que o Poder Judiciário exerça suas atribuições sem interferência de outro ou outros poderes. A não intervenção é guiada pelo texto constitucional.

Na busca pela justiça, o Poder Judiciário utilizar-se-á de instrumentos processuais que permitirão encontrar o caminho a ser trilhado para o bom desempenho da jurisdição.

Ao longo do trabalho, deslindou-se com a apresentação de inúmeros pensamentos e teses acerca do ativismo judicial, no que consiste o instituto e como ele é concretizado na análise do caso concreto. Ora concordando com o seu traçado, ora discordando de suas características, a doutrina nacional e estrangeira demonstra suas ponderações.

Indubitavelmente o tema não se esgota nas linhas traçadas neste trabalho, reputado que a dilatada discussão do conteúdo, dá a medida da relevância do argumento.

Não se faz possível concluir o instituto, contudo é possível antever que o ativismo judicial é uma prática que em nenhum momento desaparecerá, tendo em vista que as sociedades continuam em permanente mutação, o que produz fendas legislativas.

Com a consagração dos princípios como normas jurídicas, decorrência da instituição do neoconstitucionalismo do século XIX, passou a ser necessário a remodelagem do processo e uma adequação do Poder Judiciário, que passou a ter uma atuação ativa e proativa, deixando de ser a boca da lei,

Nesta esteira, o ativismo judicial emerge, como corolário da judicialização da política, consistente nas demandas judiciais com pedido de cunho político, notadamente relativos ao exercício de direitos fundamentais, da pessoa ou da personalidade, que não estejam contemplados na legislação vigente, ou que não alcançam todos os envolvidos no pedido, tendo o Judiciário que atender aos reclamos da população na omissão dos órgãos ou poderes a quem incumbiria referida atribuição.

A separação dos Poderes não estará prejudicada a partir de um pronunciamento ativista do Poder Judiciário. A divisão de poderes ou competências, determinada em sede constitucional, impõe a cada um dos poderes um rol de funções típicas, sem embargo da realização de atribuições atípicas.

O Poder Judiciário ao atuar de forma ativista, desempenha funções que lhe foram conferidas pela Constituição, na qualidade de guardião de seu conteúdo, no atendimento aos princípios fundantes da ordem constitucional. A amplificação das competências do Poder Judiciário, consistentes em rever, modificar ou anular as decisões do Poder Executivo e do Poder Legislativo, assim como retirar do ordenamento jurídico normas emanadas destes Poderes, não derroga-lhes as funções típicas, e nem tampouco as atribui ao Poder Judiciário, a quem compete precipuamente o cumprimento das leis e da ordem constitucionalmente dispostas.

O trabalho foi desenvolvido em três capítulos, sendo o primeiro destinado a um esboço histórico do instituto, com exposição do Direito Comparado e do Brasil. O segundo destinado a apresentação dos institutos do ativismo judicial e judicialização da política, com demonstração das teses contrárias e favoráveis ao ativismo, bem como distinguindo os dois institutos e o terceiro, como o enfrentamento do tema central, relativo à atuação do Supremo Tribunal Federal em casos selecionados, que representam a concretude do instituto, em um desafio institucional.

O Judiciário, em prestígio à inafastabilidade da jurisdição, encontra nos princípios legais ou constitucionais, a solução para o reconhecimento dos direitos daqueles que buscam e encontram no Judiciário, a força necessária para o exercício pleno de direitos legais ou constitucionais que não estejam sendo atendidos ou atribuídos a eles.

Conclui-se que a atuação ativista do Poder Judiciário continuará a sofrer críticas, sobretudo por parte daqueles que se antagonizam a este Poder. Em que pese e se respeite opiniões em contrário, o fato é que o ativismo judicial é uma realidade inafastável e indispensável para o exercício pleno de direitos e da própria cidadania dos indivíduos, à medida que o Poder Judiciário na qualidade de guardião da ordem constitucional, deve zelar e perseguir o melhor interesse dos jurisdicionados, e nesta esteira, torna-se imperioso atuar ativamente, ainda que contrariando interesses políticos diretos ou indiretos de um ou mais grupos.

Considero que o ativismo judicial é benéfico à sociedade brasileira. Compartilho do pensamento dos defensores do consequencialismo decisório, já exposto na presente dissertação, para quem, o exercício pleno da justiça somente pode ser alcançado com um Poder Judiciário de fato independente na sua atuação, podendo dizer o Direito de forma proativa, a possibilitar o exercício integral de direitos incompletos ou não contemplados em lei.

Finalmente cabe evidenciar que o Judiciário ao deparar-se com a escolha entre o Direito e a Justiça, deve atender à segunda pois o justo é o bom, e o bom é o correto e o correto é o virtuoso, segundo os profundos ensinamentos de Aristóteles para quem;“ A virtude não está em receber aplausos, e sim em merecê-los”. Merece aplauso o julgador que ao decidir sobre a vida de alguém ou sobre o futuro de alguém, sucumbe à justiça, e permite que o sentimento do justo percorra suas veias e ao decidir de maneira ativista, faça florescer o melhor sumo da correção.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo. Malheiros. 2008.

ANDREASSA JR. Gilberto. *Ativismo Judicial e Teoria dos Precedente*. Integração dos Poderes e Coerência nas Decisões do Judiciário. Curitiba. Juruá. 2015

ARISTÓTELES. *A Política*. 2 edição. São Paulo. Martins Fontes. 2001

ATALIBA, Jose Geraldo. *República e Constituição*. São Pulo. Malheiros. 2001.

ALMEIDA, Vitor Luis de. *Ativismo judicial e legitimação democrática do Poder Judiciário*. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. vol. 1.n.4 Ipatinga. 2016,

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo* in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a Constituição no Novo Modelo. 6ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Jur, 2017

BATTAGLIA, Achille. *I giudicai e la política*. 2ª ed. Ed. Laterzia. 1962

BAUM, Laurence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição contemporânea*. Rio de Janeiro. Forense. 2015

BENZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación em la construccion de las políticas públicas*. Revista de Processo. São Paulo. v. 35 n. 190. 2010

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Em busca de um conceito fugidio – O ativismo judicial”, in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial vs Diálogos Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro. Forense. 2015

CANOTILHO. Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra. 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 7ª ed., 9ª reimpressão. Revista Intervenção, Estado e Sociedade v.1 n.1 jan./jun. 2014

CAPPELLETTI. Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Àlvaro de Oliveira. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Eds. 1993.

CASTRO. Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. v. 12. 2010

CITTADINO. Gisele Guimarães. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – 4ª Ed.- 2ª Tiragem*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2013

CLÉVE. Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed..São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011

COSTA NETO. Jose Wellington Bezerra da. *Protagonismo Judicial*. Novo Ativismo e Teoria da Função Jurisdicional. 1. Ed. São Paulo. Ed. Leud. 2017

CUEVA. Ricardo Vilas Boas. *Revista Magistratus*. n. 4. Rio de Janeiro. 2018.

DALLARI. Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo. Saraiva. 2008

DAVID, René. *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. 2ª ed. bras. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo. Martins Fontes. 1993.

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

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 36ª ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas; 1981.

GOMES. Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro. Renovar. 2011^a

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 1997.

GRIMM. Dieler. *A carreira de um chamado boicote*. Periódico Die Zeit. Politik. 2001

HART. Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Trad. De A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2007

KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado 6ª ed. São Paulo. Martins Fontes ed. 1999

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. 1ª ed. Ed. Safe. 1998

KMIEC. Keenan D. The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”. *California Law Review*. v. 92. N. 5. 2004

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the federal republic of Germany*. 2ª ed. Durham: Duke University Press. 1997

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LEVIN. Mark. *Men in Black*. Washington: *Regnery Publishing*. 2006. p. 22. Apud TAVARES. Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2011.

LOCKE. John. *Segundo Tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. 1ª edição. Coleção Obra Prima do Autor. São Paulo. Editora Martin Claret. 2002

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008

MARSHALL. Willian P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. University of Colorado Law Review. V. 73, sept. 2002

MELLO, Celso de. Discurso proferido na posse do Ministro Gilmar Mendes no STF. In <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/ministro-celso-de-mello-defende-ativismojudicial-do-stf>, acesso em 17.12.2012.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MIARELLI. Mayra Marinho. LIMA. Rogerio Montai. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Ed. 2012

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011

MONTESQUIEU. Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murcha. 2ª tiragem. São Paulo. Editora Martins Fontes. 2000

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ª ed. revista e atualizada. São Paulo :Editora Atlas, 2012.

NOBRE JR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 43, nº 170, abril/junho 2006

NUNES JR. Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Nº 178. 2008

PAULA, Daniel Giotti de. “Ainda existe separação de poderes? A invação da política pelo direito no conexto do ativismo judicial e da judicialização da política” in FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de e NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismojudicial*. Editora Jus Podivm, 2011.

POGREBINSCHI. Thamy. *Judicialização ou Representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro. Elsevier, Konrad e Campus. 2012

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAUPP, Mauricio Santos. *Ativismo Judicial: características e singularidades*. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro. 2016

ROCHA. Carmen Lucia Antunes. O que pensam eles?.*Revista Magistratus*. n. 4. Rio de Janeiro. 2018.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel “A igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa, in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2º Edição. Bahia: Editora Juspodivm. 2007..

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

SCHLESINGER, Jr. Arthur M. *The Supreme Court: Fortune*. Vol. XXXV, 1947

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. Malheiros Editores, 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito nos EUA*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999

STRECK. Lenio. *O que é ativismo?* Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-> Acesso em 03 de julho de 2018

STRECK. Lenio. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2015.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitucional politics in Europe*. Oxford University. 2000

TASSINARI. Larissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial*. Limites de atuação do Poder Judiciário. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013

TATE. Neal. VALLINDER. Torbjorn. *The global expansion of Judicial Power*. New York. New York University. 1995

TAVARES. Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2011

TEIXEIRA. Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. São Paulo. Revista Direito GV. 2012

VALE, Vanice Regina Lirio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal – Laboratório de análise jurisprudencial*. Editora Juruá. Rio de Janeiro

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994

ZAGREBELZY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Ed. Bologna. 1988.