

**SINGULARIDADES ORIGINÁRIAS E APLICABILIDADE DO ATIVISMO
JUDICIAL NO CENÁRIO BRASILEIRO.**

**ORIGINAL SINGULARITIES AND APPLICABILITY OF JUDICIAL ACTIVISM IN
THE BRAZILIAN SCENARIO.**

Eliane Esteves Lima

Graduada em Licenciatura Plena em História pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES. Graduada em Gestão Pública pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR – IES Novo Cruzeiro/MG. Graduanda em Direito - Universidade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni - UNIPAC.

01/2023 Brasil. E-mail: elianeesteveslima@hotmail.com.br

Gabriela Ferreira da Costa

Graduada em Licenciatura Plena em Matemática pela Universidade Estadual de Minas Gerais - UEMG. Graduanda em Direito - Universidade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni - UNIPAC. 01/2023 Brasil. E-mail: gabifcr@yahoo.com.br

Emerson Barrack Cavalcanti

Professor Orientador. Bacharel em Direito. Pós-Graduado em Direito Público e Privado. Bacharel Licenciatura Plena em Matemática. Coaching com ênfase em Mentoring para Gestão de Pessoas. Pós-Graduando em Direito Previdenciário.

Professor no Curso de Direito para as disciplinas: Direito do Consumidor. Introdução à Ciência Política e Teoria do Estado. História e Introdução ao Estudo do Direito. Direito Civil I. Direito Civil II. Direito Digital. Formas Consensuais de Resolução de Conflitos. Direito Constitucional I. Direito Constitucional II.

ALFA UNIPAC - Teófilo Otoni, Brasil

E-mail: cavalcanti.ebc@gmail.com

Recebimento 20/02/2023 Aceite 03/03/2023

Resumo

Quer-se com este artigo é discutir o fenômeno do Ativismo Judicial com a finalidade de demonstrar sua origem e sua aplicação no Brasil. O tema ganha cada dia mais importância desde que o Judiciário vem assumindo novas funções no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no Supremo Tribunal Federal, que por diversas vezes desempenha um papel importante, está utilizando de sua prerrogativa de guardião da Constituição para interferir na esfera de atuação dos outros dois poderes: representando uma ameaça real, diretamente, ao sistema de freios e contrapesos e ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ativismo. Judicial. Estado. Democrático. Direito.

Abstract

What this article means is to discuss the phenomenon of Judicial Activism with the end of demonstrating its origin and application in Brazil. The issue gains more importance every day since the Judiciary has been assuming new functions in the Brazilian legal system, especially in the Supreme Court, which on several occasions plays an important role, is using its prerogative as guardian of the Constitution to interfere in the sphere of action of the other two powers: representing a real threat, directly, the system of checks and balances and the Democratic Rule of Law.

Keyword: Activism. Judicial. State. Democratic. Right

1 introdução

O ativismo judicial, caracterizado pelo papel ativo do judiciário em um ambiente político que busca alcançar a chamada justiça social, em que o judiciário assume um papel mais interveniente nos poderes legislativo e executivo, tem, para muitos estudiosos, uma posição instrumento de concretização da base social dos direitos, para outros é uma ameaça ao Estado Democrático de Direito (LUÍS ROBERTO, 2008, p. 6).

Após a Carta Constitucional de 1988, o ativismo judicial no Brasil se intensificou, especialmente com a formação do STF. Mais recentemente, o tribunal assumiu uma postura decididamente ativista. Exemplos dessa conduta podem ser extraídos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em casos como o caso da fidelidade partidária, a vedação do nepotismo nos poderes Legislativo e Executivo, prisão em segunda instância, equiparação do crime de racismo e injúria racial, prisão do Deputado Daniel Silveira.

A temática do ativismo judicial vem ganhando espaço no mundo jurídico,

sendo alvo de posições antagônicas, principalmente pelas decisões tomadas do poder judiciário que envolvem questões políticas e sociais. O ativismo não possui um conceito delimitado e definido, aumentando a tensão nos debates e a dificuldade de um consenso entre os juristas. Apesar da divergência há prevalência de que o termo foi criado em 1947, pelo jornalista

Arthur M. Schlesinger Jr. em um artigo chamado “The Supreme Court” que foi dirigido à revista Fortune, onde classificou os juízes em ativistas e conservadores. Os ativistas eram aqueles que visavam o bem-estar social para tomada de decisão, enquanto os conservadores pela aplicação direta da lei. Motivo de posições antagônicas o ativismo vem se destacando no palco das discussões no espaço jurídico, deixando dúvidas se a sua existência é motivo de avanço na defesa dos direitos sociais ou invasão na competência de outros poderes sendo conseqüentemente quebra de um princípio constitucional.

No Brasil, cada vez mais, a judicialização da política e das relações sociais é intensificada. Questões importantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas em última instância pelo Poder Judiciário, fazendo com que haja uma transferência de responsabilidade, em especial para o Supremo Tribunal Federal, que acaba assumindo relevante protagonismo no contexto político e social do país.

2 Constitucionalismo x Constitucionalismo Moderno

Constitucionalismo é a denominação atribuída pelo movimento político-jurídico-social que causou a evolução do conceito de Constituição, de seu conteúdo e do detentor do poder nos Estados. Referida evolução ocorreu em duas frentes diversas. Uma na Europa e outra nos Estados Unidos, sendo certo que ambas concorreram para a formação da ideia atual de constituição.

Na Europa o constitucionalismo teve início com a revolta burguesa, detentora do poder econômico, contra os Estados monárquicos absolutos, onde todo poder político se concentrava nas mãos do monarca. Unidos do arcabouço teórico dos pensadores contratualistas (Locke, Hobbes e Rousseau) e dos ideais de Estado de Montesquieu, a burguesia passou a pressionar a monarquia, o que

culminou com a libertária revolução francesa e logo após, com a proclamação da nova Constituição Francesa.

O constitucionalismo moderno desponta como um conjunto de regras e princípios postos de modo consciente a partir das teorias e movimentos ideológicos voltados a organizar o Estado segundo sistemática que estabelecesse limitações ao poder político, além de direitos e garantias fundamentais em favor dos membros da comunidade. Teve início na transição da monarquia absolutista para o Estado liberal, já no final do século XVIII. É dessa fase, ademais, o esforço em documentar as constituições sob formas solenes, daí surgindo a tendência de “universalização da constituição escrita”, desde as primeiras constituições do período (Constituições norte-americana de 1787 e francesa de 1789) até os dias atuais. Locke, Montesquieu e Rousseau são apontados como os principais precursores do constitucionalismo moderno, exatamente porque nas ideias contratualistas por eles difundidas se encontravam teorias sobre o Estado com base na vontade popular, de forma dissociada das explicações teológicas que até então serviam de fundamentos à titularidade do poder estatal.

Todavia, o constitucionalismo moderno não é movimento que se resume a territórios ou tempo determinados. Está presente em todas as intervenções voltadas a novas formas de ordenação e sistematização do Estado e do poder político. Com isso, sofre influências das ideologias e pensamentos reinantes em cada período histórico e contexto social. Esse o motivo para se afirmar tanto que o constitucionalismo é “técnica jurídica” de limitação do poder que varia de acordo com a época e a tradição de cada país, como para se sustentar a existência de múltiplos movimentos constitucionalistas, especialmente o constitucionalismo inglês, o norte-americano e o francês.

Nesses termos, atualmente predomina a ideia segundo a qual constituição deve consistir em documento escrito que contenha o conjunto de normas a conformar a estrutura fundamental do Estado, regulando os mecanismos de legítima aquisição de poder e distribuição de competências, além de estabelecer os direitos e garantias das pessoas sujeitas à soberania dessa mesma ordem estatal.

3 Garantias e Responsabilidades do Estado Democrático de Direito

Estado Democrático de Direito é uma forma de Estado em que a soberania popular é fundamental. Além disso, é marcado pela separação dos poderes estatais, a fim de que o legislativo, executivo e judiciário não se desarmonizem e comprometam a soberania popular. Outro ponto importante que caracteriza essa forma de Estado é o respeito aos Direitos Humanos que são fundamentais e naturais a todos os cidadãos. Assim, é possível perceber a importância do que está escrito no artigo 1º da Constituição Federal "O artigo 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988 diz:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, CF/1988, 2022)

Ainda o primeiro artigo, em seu parágrafo único, diz que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Esse primeiro parágrafo reúne toda a essência democrática da Constituição Federal Brasileira de 1988 e abriga em si a responsabilidade que o Estado brasileiro assumiu com o seu povo: garantir a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A partir do momento em que o Estado não consegue garantir esses direitos, ele está falhando do ponto de vista constitucional." Ou seja, o Estado Democrático de Direito permite que nos organizemos em uma sociedade minimamente justa e estável, com relações de poder que tragam mais benefícios que prejuízos.

4 Sistema Tripartite dos Poderes x Moderna Teoria da Separação dos Poderes x Separação das Funções Estatais

John Locke contribuiu muito para a conjectura de Montesquieu ao defender em seus estudos que as pessoas nascem livres e com direitos iguais. Para organizar a vida da sociedade esses homens livres procriar um pacto — o pacto social — que aprestar suporte ao Estado, ao poder político, à vida à liberdade e à propriedade.

Neste tratado, as leis deferidas entre os membros são aplicadas por juízes imparciais para manter a harmonia entre as pessoas. O soberano, por sua vez, seria o agente da execução da vontade do povo, de modo que o poder governamental e legislativo a ele atribuído não poder ir além dos fins almejados pela sociedade. Consequentemente, o mesmo homem que confia o poder a esse governante pode mostrar se ele abusou desse poder.

Em geral, John Locke sublinhou a existência de quatro funções fundamentais do Estado: o poder legislativo, que seria confiado ao Parlamento; o poder executivo, que seria exercido pelo rei; o federal, que seria uma extensão da função executiva às atividades estaduais; e a quarta função, a prerrogativa do rei de fazer o bem à sociedade sem ter que se submeter o regras.

Essas ideias formaram a base do princípio proposto por Montesquieu em sua obra O Espírito das leis, que mais tarde se tornou um dos livros fundamentais do Iluminismo e a base para a divisão moderna dos três poderes.

Montesquieu, como grande jurista, político e filósofo, demonstrou a existência de três formas de governo: despotismo, monarquia e república. Influído pelo ideal iluminista da época Montesquieu tentou provar que a liberdade individual era fazer o que as leis permitiam e que a liberdade política só seria possível em governos moderados onde não houvesse abuso de poder.

Portanto, ele acreditava que, para afastar governos absolutistas (déspotas e monarquias) e evitar a produção de regras tirânicas, seria necessário estabelecer a autonomia e os limites de todo poder. Assim, era preciso definir que era possível ao “poder limitar o poder”, daí a ideia do sistema de travões e contrapesos.

A partir desse pensamento, o autor propôs a divisão das funções do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário, que influencia até hoje os governos. A doutrina prefere outra expressão ao invés de “separação dos poderes”, qual seja: separação das funções estatais, haja vista que o poder do Estado é uno, ou seja,

um só, não se divide, não é fracionado. O que na verdade são fracionadas são as funções estatais. Exemplo: função de legislar, administrar e julgar, todas exercidas cada qual por um grupo específico.

A própria Constituição usa o termo “separação dos poderes”. Exemplo: artigo 60, Parágrafo 4º, III, tem-se o termo separação dos poderes:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, CF/1988, 2022)

Assim, não há incorreção, já que a expressão está prescrita no texto constitucional, além de ser uma cláusula pétrea, ou seja, não pode ser retirada do referido texto.

O sistema de freios e contrapesos – também conhecido como teoria da separação de poderes – contém a ideia de que o poder é controlado pelo próprio poder. Nessa teoria, existe a ideia de que as diferentes funções de desenvolvimento do Estado requerem autorregulação. Era necessário, portanto, estabelecer três poderes distintos – executivo, legislativo e judiciário – para dar maior segurança às aspirações dos cidadãos na sociedade.

Vale dizer que as doutrinas jurídicas adotam a expressão “separação das funções estatais” – e não dos poderes -. Isso porque na concepção moderna de Estado, entende-se que o poder é uno, ou seja, um só, e não se divide, podendo apenas as funções estatais serem fracionadas.

A finalidade da separação das funções é evitar a concentração de poder nas mãos de uma única pessoa ou grupo. Além disso, essa divisão confere a cada um dos poderes autonomia para exercer sua respectiva função, assegura a harmonia entre os três e evita que abusos aconteçam por qualquer um desses.

A Teoria da Separação dos Poderes moderna surgiu na época da formação do Estado Liberal, a partir da ideia da iniciativa livre e da menor interferência do Estado nas liberdades individuais. Hoje, essa tripartição clássica dos poderes está consolidada pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A separação dos poderes é o princípio básico de organização da maioria dos Estados. Ele inspirou modelos constitucionais e faz parte de todos os modelos do Estado de Direito – no Estado liberal, no Estado Social e no Estado Democrático.

5 Ativismo Judicial no Cenário Brasileiro, Judicialização e o Supremo Tribunal Federal

As raízes do ativismo no Brasil são profundas. Tem-se um cenário que deve ser analisado de várias perspectivas, pois temos o procedimento moroso para editar normas, a necessidade de uma celeridade em questões que envolvem temas sociais polêmicos, atrofia do poder executivo e a inércia do legislador, dando espaço para que o judiciário se legitime, não vendo outra alternativa a não ser se posicionar de forma mais ampla e intensa. Lenza destaca:

A partir do momento em que esses dois Poderes se mostram inertes, o Poder Judiciário tem condições de se tornar ativo, atuando no sentido de assegurar a efetividade de direitos fundamentais, com o intento de proteger ou expandir esses direitos, por intermédio da adoção de decisões judiciais que, posteriormente, passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de normas ou constituem políticas públicas, atribuições específicas do Legislativo e do Executivo (LENZA, 2013, p.150).

O ativismo brasileiro é protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Matérias de importante relevância social e alcance universal têm sido decididas junto aos tribunais, tais como a união socioafetiva, a fidelidade partidária e a não criminalização do aborto até o terceiro mês de gravidez, destacando que nos últimos anos há um crescente desempenho ativo na normatização por este poder.

No caso da fidelidade partidária, observa-se que houve aplicação direta da constituição ampliando seu texto para atingir questões não abrangidas de forma expressa em seu texto, que é outro ponto observado em uma postura ativista. Ir além do que o texto constitucional está prevendo.

A postura do poder judiciário vem trabalhando com o propósito de atender demandas da sociedade que não foram atendidas de forma satisfatória pelo poder legislativo.

Em contrapartida a amplitude e as decisões tomadas ultrapassam as competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal por meio do artigo 102 da Constituição Federal, levando aos questionamentos sobre sua validade, afinal a constituição é quem estabelece as “regras do jogo” democrático e ir além do que está previsto para competência de um poder é uma ameaça em pauta para garantir o perfeito funcionamento do país.

Sobre o aumento da judicialização no Brasil e a consequente resposta ativista pode se dizer que “de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa” (STRECK, 2016, p. 724), o que ressalta o risco que o estado democrático de direito sofre.

O Supremo é o intérprete final da constituição, mas a postura do judiciário, apesar de moralmente viável, não deve ser considerada como não ativista e se tornar legitimação para violação de princípios de separação de poderes e normas constitucionais que delimitam as competências. Barroso afirma “Além das fontes convencionais, como o texto da norma e os precedentes judiciais, o intérprete constitucional deverá ter em conta considerações relacionadas à separação dos poderes, aos valores éticos da sociedade e à moralidade política”. (BARROSO, 2015, p.576), ou seja, o juiz deve levar em consideração a delimitação de competências, respeitando a tripartição dos poderes.

A inércia dos outros poderes no Brasil é outra justificativa da incessante busca do judiciário em se prontificar e se posicionar acerca de certos assuntos. Como intérprete o posicionamento do STF é de extrema relevância, desde que respeite os limites estabelecidos pela carta magna, “essa obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional.

O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais” (SARMENTO, 2013, p. 84), sendo assim deve se ater as competências que lhe foram atribuídas, afinal a partir do ensejo em que o judiciário começa a realizar o que é obrigação de outro poder, corre o risco de

deixar de lado sua função original, além de causar congestionamento das funções desempenhadas pelo judiciário.

A demanda de processos e de atividades que este poder já possui por legitimidade são o suficiente por ocupar e demandar de forma pesada o poder judiciário. Para Barroso “as críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário” (BARROSO, 2008, p. 10).

Destaca-se que a separação de poderes é cláusula pétrea da Constituição, conforme disposição desta em seu artigo 60, §4º, III, “in verbis”:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, CF/1988, 2022)

Pondera-se, que cada vez mais, no Brasil, a judicialização da política e das relações sociais é intensificada. Questões importantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas em última instância pelo Poder Judiciário, fazendo com que haja uma transferência de responsabilidade, em especial para o Supremo Tribunal Federal, que acaba assumindo relevante protagonismo no contexto político e social do país.

6 Considerações Finais

O ativismo jurídico vem se consolidando a cada dia no Brasil, colocando em risco a democracia e o Estado Democrático de Direito, pois a História deixa claro os perigos e dissonâncias que o poder concentrado em uma só pessoa provocou para a humanidade.

Volta-se à memória, o ensinamento do então Deputado Federal Luiz Phillipe de Orleans e Bragança, quando afirmou que nenhuma nação se constrói de poderes ilimitados, com uma saudável fiscalização e separação de poderes.

Na mesma linha de pensamento, vale citar a fala do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello durante o julgamento de agravo de instrumento em recurso extraordinário.

A posição de proeminência do judiciário em nenhum momento foi tida pela constituição federal de 1988 como válida. A postura ativista ultrapassa a linha que divide os poderes e suas funções que apenas usa como justificativa primordial a garantia de direitos fundamentais.

O caminho que ultrapassa o limite e as competências atribuídas ao Poder Judiciário podem significar um risco ao ordenamento jurídico, com base nas perspectivas de normas e regras estabelecidas com a finalidade de controlar e garantir o pleno funcionamento do Estado democrático de Direito.

Extrapolar os limites impostos e delimitados pela divisão dos poderes tem potencial para desenhar um cenário de concentração de poder que caminha para o autoritarismo e domínio do poder judiciário em relação aos outros poderes. Ir além e invadir a esfera de competência de outros poderes pode passar a ideia de que o Poder Judiciário visa menosprezar a capacidade que estes possuem de exercer o seu papel que foi validado de forma democrática por meio da vontade popular.

O fenômeno deve ser minuciosamente analisado afim de evitar a desconfiguração do poder legislativo. Além de o ativismo judicial ser danoso ao próprio poder judiciário que sobrecarregado, fica encarregado de interpretar as mudanças sociais e criação do direito, sobrecarregando a atividade deste poder.

A utilização de princípios na composição de decisões dos magistrados é capaz de afetar ou ameaçar a segurança jurídica, que é um preceito com validade constitucional.

Abre-se um possível espaço para deixar o direito subjetivo, com validade de interesses políticos, particulares levando em consideração o que o próprio poder judiciário com o seu olhar pessoal julga ser o mais correto, tendo como consequência a violação da imparcialidade que deve existir conforme previsto no ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade que envolve os limites e competências de cada poder garante a coerência do sistema normativo e a supremacia constitucional, a conformidade da lei e de seus fundamentos de validade. Antes de

qualquer atitude deve ser reconhecido que todo ordenamento jurídico possui uma norma fundamental que precisa ser seguida de forma rigorosa.

Sendo assim, apesar de que, o ativismo judicial possa ser utilizado para a conquista de direitos sociais, a extrapolação dos poderes, pode errar na medida do “remédio” e promover a crise do Estado Democrático de Direito e das instituições da República em prol do ativismo.

7 Referências

ATIVISMO Judicial. **Ativismo Judicial**, [S. l.], p. 1-15, 26 out. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86303/ativismo-judicial>. Acesso em: nov. de 2022.

ATIVISMO judicial <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. In: **Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos**. [S. l.], 26 jan. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em: 10 set. 2022.

CIDADANIA: Sistema de Freios e Contrapesos na política brasileira. [S. l.], 10 jan. 2022. Disponível em: <https://novabrasilfm.com.br/especiais/cidadania/cidadania-sistema-de-freios-e-contrapesos-na-politica-brasileira/>. Acesso em: 10 set. 2022.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo Judicial: Proposta para uma discussão conceitual**. Brasília. 2012. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/193/ril_v49_n193_p141.pdf. Acesso em: jun. de 2022.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Dezembro de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial>

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SERVIDORES e funcionários se unem para restaurar as sedes dos Três Poderes. **Servidores e funcionários se unem para restaurar as sedes dos Três Poderes**, [S. l.], p. 1-15, 22 jan. 2022. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2023/01/5067727-servidores-e-funcionarios-se-unem-para-restaurar-as-sedes-do-tres-poderes.html>. Acesso em: set. de 2022.

nobrasilcomo-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em: set. de 2022.

BRAGANÇA, Luiz Phillipe de Orleans. **Projeto de Lei 2.776/2019**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1817315.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 181.