

ATIVISMO JUDICIAL

Michele Fernandes Lemos Ribeiro¹

RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo explorar o tema ativismo judicial, aplicado ao cenário brasileiro, e a forma com a qual a política lida com o assunto. Devido a grande evidência do tema na atualidade, destina-se este trabalho a sintetizar a história do ativismo judicial, abordando desde seu surgimento no mundo, os principais acontecimentos que corroboraram para seu desenvolvimento e amadurecimento, até chegar ao momento em que foi adotado pelo Poder Judiciário brasileiro, expondo decisões onde é possível perceber uma postura claramente ativista por parte do STF. Há também inúmeros problemas intrínsecos neste tema, como a questão da legitimidade democrática e a judicialização da política, que também serão explorados neste artigo.

Palavras-chave: ativismo judicial; STF; poder judiciário.

ABSTRACT

The main objective of this article is to explore the theme of judicial activism applied in brazilian scenario, and the way that policy deals with the issue. Due to the great evidence of this theme nowadays, this work is intended to synthesises the history of judicial activism, Addressing since its appearance in world, the main events that corroborate for the development and maturation, until the moment that was adopted by the Brazilian Judiciary Power, exposing several decisions that we can clearly identify as a activist posture by Brazilian Supreme Court. There are also innumerable intrinsic problems in this theme, such as the question of democratic legitimacy and the judicialization of politics, that will also be explored in this article.

Keywords: Judicial Activism, Supreme Court, Judiciary.

¹ Graduando do Curso de Bacharel em Direito da UNIGRANRIO, orientado pela professora Cecília de Almeida Silva.

1 INTRODUÇÃO

O Ativismo Judicial se configura quando o Poder Judiciário ultrapassa o limite de sua competência, com a finalidade de suprir a omissão do Poder Legislativo, fazendo com que suas decisões tenham poder normativo e erga omnes. É indubitavelmente um mecanismo que aumentou em números expressivos o grau de assertividade das decisões proferidas pelo judiciário em relação a matérias de grande interesse público, e até mesmo decisões voltadas aos interesses dos particulares, elevando o percentual de conflitos efetivamente resolvidos, pois possibilita que as decisões se amoldem ao caso concreto. Por conta deste fenômeno, o Ativismo Judicial tem sido uma tendência crescente no Brasil.

Este artigo começa com uma introdução sobre o que é Jurisdição Constitucional, mostrando os modelos jurisdicionais inglês, americano e francês, explicando o movimento do judicial review, e como a Áustria teve um papel fundamental no desenvolvimento da Jurisdição Constitucional no mundo, servindo como exemplo para muitos outros países, através dos esforços do jurista Hans Kelsen. Após, introduz-se o tema Ativismo Judicial, definindo o termo e apresentando um breve histórico sobre o surgimento deste, demonstrando como foi seu nascimento nos Estados Unidos, ganhando forças graças a Cortes Warren e posteriormente na Corte Burger, se propagando até chegar ao Brasil.

Apesar de o Ativismo Judicial ter contribuído de forma extremamente significativa para o crescimento do direito brasileiro, alguns problemas sobre a temática podem ser identificados, como a concentração de poder nas cortes constitucionais, a legitimidade democrática e a judicialização da política, sendo esses objetos de muita discussão no meio jurídico.

Ao final, direcionando o foco do trabalho para o território nacional, pode-se concluir que a Suprema Corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal, possui uma postura claramente ativista, podendo ser enxergada com clareza após a análise de algumas decisões proferidas pela referida Corte.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Jurisdição Constitucional significa, nos dizeres de Hans Kelsen, “a garantia jurisdicional da Constituição”, e “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais” ². Em outras palavras, é a outorga de poderes a um órgão jurisdicional para verificar a conformidade das leis e demais atos com o texto constitucional.

Em relação à Supremacia da Carta Magna, podem ser destacados dois modelos marcantes que serviram de referência para diversos países, o modelo francês e o inglês. ³

O modelo inglês, ou americano para alguns autores, teve origem nos Estados Unidos à época em que era colônia da Coroa Britânica. Por conta disto, este modelo possui grande influência do sistema inglês, contudo, não há como contestar que este se desenvolveu nos Estados Unidos da América, sendo nomeado de Judicial Review. Desde antes à revolução em 1776, o Poder Judiciário já possuía o hábito de revisar as leis, com o objetivo de reforçar a supremacia do parlamento inglês. Após a independência das colônias, este hábito permaneceu, mas passando a ter como parâmetro as Constituições Estaduais e não mais as cartas da coroa inglesa.⁴ Mesmo após a promulgação da Constituição Federal, os operadores do direito continuaram a disseminar esta prática e apesar do judicial review não ter sido expressamente codificado na carta magna, pode-se fazer uma interpretação extensiva do art. III, §2º, acabando por instituir a prevalência da Lei Magna sobre os

² KELSEN, Hans, 2007, p. 123-124. *Apud* LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. **A Jurisdição Constitucional no Brasil: Uma Ideia em Construção**. Os Constitucionalistas, 2010. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/a-jurisdicao-constitucional-no-brasil-uma-historia-em-construcao>>. Acesso em: 03 out. 2019

³ MARQUES, A. G.; KHODR, A. B. **Origens e Fundamentos da Judicial Review: um berço americano**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 264-299.

⁴ SANTOS, Dulcineia Moreira dos. **Origem e Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional**. Domtotal, 2011. Disponível em: <<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/32801/origem-e-evolucao-historica-da-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em: 13 nov. 2019

Estados, e o controle judicial das leis, sendo seguido a posteriori nas Constituições Estaduais.⁵

Por sua vez, o modelo francês apresenta um posicionamento contrário ao judicial review. Por conta do antigo regime e das arbitrariedades vivenciadas na França, havia o temor de que decisões dos juízes e tribunais pudessem transgredir direitos conquistados com a Revolução Francesa. Diante de tal cenário, o judiciário francês se restringia apenas a aplicar a lei ao caso concreto, sem interpretá-la, sendo vedada qualquer decisão com o objetivo de suspender a execução de decretos legislativos, devendo esses serem seguidos a risca pelo judiciário. Neste sentido, não foi possível a criação de um órgão para exercer exclusivamente o controle constitucional na França, ficando o Senado encarregado de guardar a Carta Magna e de lidar com as deliberações públicas.

Ambos os modelos foram disseminados pelo mundo, sendo aplicados de forma adaptada ou de forma literal. A Europa aderiu o modelo do judicial review, bem como diversos outros países, podendo ser citados como exemplo a Grécia (1871 e 1879), a Noruega (a partir de 1866), Portugal (1911), Dinamarca (já no século XX).

Em 1867 a Áustria criou o Tribunal do Império austríaco, com poderes para conhecer dos recursos individuais interpostos para combater atos do Poder Executivo que violassem os direitos consagrados pela Constituição. Kelsen viu a necessidade da existência de um órgão que não fizesse parte da organização jurisdicional ordinária, para que pudesse exercer um controle concentrado de constitucionalidade das leis de forma limpa, através de juízes com conhecimento jurídico-técnico e sensibilidade política, os quais profeririam decisões com efeitos vinculantes e erga omnis. O controle de constitucionalidade deste tribunal não se ligava necessariamente a um caso concreto, e sim com a lei e sua conformidade com a Carta Magna, surgindo o controle abstrato de constitucionalidade.⁶

⁵ MARQUES, A. G.; KHODR, A. B. **Origens e Fundamentos da Judicial Review: um berço americano**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 264-299.

⁶ SANTOS, Dulcineia Moreira dos. **Origem e Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional**. Domtotal, 2011. Disponível em: <<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/32801/origem-e-evolucao-historica-da-jurisdiacao-constitucional>>. Acesso em: 13 nov. 2019

Esta ideia amadureceu com o advento da Constituição Austríaca de 1920, que trouxe o conceito de controle de constitucionalidade propriamente dito. Apesar da relutância europeia em aceitar que um órgão composto por membros não eleitos teria competência para invalidar normas advindas do Parlamento, foi consagrada a ideia de um tribunal constitucional, com competência exclusiva à jurisdição constitucional, sendo composto por magistrados nomeados.⁷

O controle de constitucionalidade das leis por parte de um órgão jurisdicional no Brasil iniciou-se após a proclamação da república, no fim do século XIX, inspirado no sistema norte-americano. Contudo, o direito brasileiro era baseado no *Civil Law*, e não a *Common Law*. O direito brasileiro era positivado nas leis, enquanto nos Estados Unidos se impunha força vinculante aos precedentes judiciais. Essa assimetria entre os dois sistemas jurídicos demandaria algumas mudanças posteriores no sistema de controle difuso e concreto brasileiro.

Além do aprimoramento do controle difuso de constitucionalidade, o Brasil agregou ao seu método jurídico o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, semeado por Hans Kelsen. E desde então os dois sistemas de controle judicial de constitucionalidade coabitaram em harmonia no ordenamento jurídico brasileiro.⁸

A expressão “jurisdição constitucional” faz menção à prática de interpretar e aplicar a constituição, exercida pelo Poder Judiciário. No Brasil, todos os juízes e tribunais exercem a jurisdição constitucional, sendo o Supremo Tribunal Federal o topo hierárquico. Tal jurisdição consiste basicamente em dois atos jurídicos em especial. O primeiro é a aplicação direta da Constituição às situações nela contidas, podendo ser citado como exemplo a distribuição de competências entre União e Estados; ou o direito à imunidade tributária de um contribuinte em um caso específico. O segundo ato consiste na aplicação indireta da Constituição, quando o operador do direito a utiliza como parâmetro para verificar a conformidade de uma

⁷ TAVARES FILHO, Newton. **TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS**. Biblioteca Digital da câmara dos deputados: 2009. p.2-3.

⁸ LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. **A Jurisdição Constitucional no Brasil: Uma Ideia em Construção**. Os Constitucionalistas, 2010. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/a-jurisducao-constitucional-no-brasil-uma-historia-em-construcao>>. Acesso em: 03 out. 2019

norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para interpretá-la corretamente diante do caso em questão (interpretação conforme a Constituição).⁹

3 ATIVISMO JUDICIAL

3.1 CONCEITO

O conceito atual de ativismo judicial é muito mais abrangente do que quando surgiu, em 1947. Naquela época, dizia-se que o ativismo judicial ocorria quando o Poder Judiciário interpretava as leis com a finalidade de garantir direitos, de maneira estrita.¹⁰

Luis Roberto Barroso faz um apontamento sobre o assunto:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹¹

O professor Elival da Silva Ramos conceitua o tema da seguinte forma:

Ativismo Judicial é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.¹²

⁹ BARROSO, Luis Roberto. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA**. Migalhas, 2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2019. p 3-4.

¹⁰ DIAS, Lucas Albuquerque. **Ativismo Judicial: aspectos históricos e conceituais**. Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais>>. Acesso em: 25 set. 2019

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009. p. 6.

¹² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116-117.

Tirando como base as definições dadas pelos autores supracitados, é possível resumir um conceito sobre o tema. Ativismo Judicial, basicamente ocorre quando o Poder Judiciário ultrapassa sua competência no âmbito judicial, indo além daquilo que lhe é incumbido, alcançando a esfera dos outros Poderes Estatais.

O doutrinador Luís Flávio Gomes¹³ defende a existência de duas espécies de ativismo judicial: o inovador, que cria uma nova norma, não se valendo de comparativos; e o revelador, que também cria uma norma, mas usa como base algum princípio constitucional ou alguma regra que por si só é insuficiente.

O ativismo inovador é manifestamente uma afronta aos princípios democráticos em um Estado de Direito. Decisões que não estejam em consonância com os princípios constitucionais ou que não estejam devidamente fundamentadas carecem de legitimidade.

Ativismo revelador, a priori, é o que está se usando no Brasil. Um exemplo seria o julgamento do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.999 e 4.086¹⁴. As ADIs ficaram conhecidas como caso da infidelidade partidária.¹⁵

3.2 HISTÓRICO

Barroso, também relata a origem do Ativismo Judicial na jurisprudência americana, enfocando a sua gradação na evolução de direitos precípuos, especialmente o alcance desses direitos aos negros¹⁶:

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁴ Estas ADIs foram propostas contra as resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária, sustentando que estas seriam inconstitucionais. Por 9 votos a 2, as ADIs foram declaradas improcedentes.

¹⁵ DIAS, Lucas Albuquerque. **Ativismo Judicial: aspectos históricos e conceituais**. Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais>>. Acesso em: 25 set. 2019

¹⁶ LIMA, Janaina Pinheiro. **Evolução Histórica do Ativismo Judicial**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://esmeraldorobertagmailcom.jusbrasil.com.br/artigos/558948293/evolucao-historica-do-ativismo-judicial>>. Acesso em: 25 set. 2019.

mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial [...] 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.¹⁷

A primeira vez que o termo Ativismo Judicial foi citado foi pela revista americana *Fortune*, voltada para um público não jurista. O termo foi empregado pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr, ao traçar o perfil dos juízes norte-americanos classificando-os como ativistas e como não ativistas. Após isso, a expressão foi adotada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial que não se amoldava com a opinião jurisprudencial majoritária.

Formaram-se duas vertentes: a primeira entendia que a Suprema Corte poderia assumir uma postura ativista, atuando na implementação de políticas de promoção do bem-estar social, baseadas nas concepções políticas dos juízes; e a segunda, que versava pela ideia oposta, defendendo uma postura de autocontentação judicial, deixando tais decisões sobre políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo. A primeira vertente foi chamada ativismo judicial.¹⁸

Para explicar o surgimento do ativismo judicial, faz-se necessário uma breve explicação sobre a história americana, visto que foi lá aonde o ativismo veio a surgir. É sabido que a crise econômica levou ao colapso a bolsa de valores em 1929, forçando o governo de Franklin Roosevelt a criar em 1933 diversas medidas políticas que influenciaram na economia norte-americana, ato este que foi intitulado como New Deal. Diante desse cenário, cinco juízes integrantes da Suprema Corte se posicionaram contra o plano econômico de Roosevelt, invocando a cláusula do devido processo e a cláusula do comércio para invalidar parte significativa das propostas do governo, impossibilitando a política progressista de se desenvolver.

A tensão política se manteve até que, ao início de seu segundo mandato (1937- 1940), em 5 de fevereiro de 1937, o Presidente Roosevelt anunciou planos de aumentar mais um assento na Suprema Corte para todos os juízes com mais de 70 anos de idade, conseguindo, desta forma, mudar o entendimento dos

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009. p. 7.

¹⁸ DIAS, Lucas Albuquerque. **Ativismo Judicial: aspectos históricos e conceituais**. Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais>>. Acesso em: 25 set. 2019

magistrados, fazendo-os cooperar com as medidas de recuperação econômica e com a publicação de leis que antes eram consideradas inconstitucionais. Com o recuo da Suprema Corte, o foco migrou da área econômica para as liberdades civis, de forma que a primeira e a décima quarta emenda se transformaram no lema do ativismo judicial ainda não definido, firmando o papel da Suprema Corte na história do constitucionalismo: agora os juízes não só interpretariam as leis, mas também poderiam reescrevê-las.

O movimento do ativismo chegou ao seu auge graças a Corte Warren – presidida pelo juiz Earl Warren, entre 1953 e 1969 –, onde houveram decisões históricas, desencadeando uma verdadeira revolução constitucional, chamando a atenção e servindo de inspiração para diversas outras cortes e tribunais. Warren ganhou destaque pela função que dava à Suprema Corte, pregando que o ativismo judicial deveria suprir as deficiências do processo político democrático. Sua Corte reconheceu o direito de seus requerentes ao ingresso a escolas antes limitadas apenas a brancos. Defendeu, ainda, a máxima urgência da implementação de políticas de combate à segregação racial.

A partir da saída dos juízes Charles E. Whitaker e Felix Frankfurter na década de 60, e da investidura dos juízes Byron R. White e Arthur Goldberg, a Corte Warren assumiu uma postura ainda mais impactante na história norte-americana com decisões que reordenaram distritos eleitorais, versavam sobre a liberdade de expressão, e que discutiram garantias em matéria criminal, dentre outras.

O pico de ativismo da Suprema Corte entra em declínio em 1969, com a aposentadoria do juiz Earl Warren, tendo como seu sucessor o juiz Warren E. Burger, que vem a se tornar o presidente da Corte. Após o ocorrido, a Corte tomou um rumo diferente daquele construído por Warren, contudo, ainda sim manteve a maioria de suas decisões taxadas como ativistas por conta da postura liberal do juiz William Brennan Jr.¹⁹

¹⁹ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **ATIVISMO JUDICIAL: AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA, ALEMÃ E BRASILEIRA.** Curitiba - revista da Faculdade de Direito - UFPR, n. 53, 2011. p. 138-143.

4. CRITICAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

4.1 CONCENTRAÇÃO DE PODER NAS CORTES CONSTITUCIONAIS

A concentração de poder nas Cortes Constitucionais se faz necessária, pois só assim é possível que esses órgãos possam exercer de forma eficaz a jurisdição constitucional.

Nos Estados Unidos, o ato de cumulação de poder em uma corte se justifica pela política do Judicial Review, que pode ser conceituada como a prerrogativa da Suprema Corte em declarar uma lei ou ato do Poder Executivo inconstitucional, se este estiver desconforme com a Constituição Federal. É um conceito um tanto limitativo, pois restringe à Suprema Corte apenas esta prática. Em outros países a jurisdição constitucional comporta um conceito mais abrangente, dando mais autonomia ao poder judiciário, permitindo que possam ir além da restrita invalidação dos atos legislativos. Este fenômeno se dá principalmente em países com constituições analíticas, como a Alemanha, Itália, Portugal e o Brasil.²⁰

Pode-se atribuir ao fenômeno da Judicialização o status de principal responsável pela grande concentração de poder nas Cortes Constitucionais pelo mundo. A judicialização envolve uma grande transferência de poder para juízes e tribunais, dando-lhes autonomia para que possam encontrar a efetiva solução dos conflitos, gerando grande preocupação pelo fato destes indivíduos, operadores do direito, não serem investidos em seus cargos por uma via democrática direta, não tendo participação da sociedade na seleção de quem irá julgar as causas de interesse geral, havendo um questionamento sobre a legitimidade democrática destes agentes.²¹

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas democracias constitucionais contemporâneas**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 39 - 62, Janeiro/Abril 2018.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009. p. 3.

4.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

A legitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – é um tema bastante debatido e preocupante para o direito, pois estes não são agentes públicos eleitos. Contudo, embora não possuam o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais também desempenham funções políticas de forma incontestável, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos de forma democrática – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Podem ser apresentadas duas razões pelas quais as decisões do STF são hierarquicamente superiores às dos representantes diretamente eleitos: uma de natureza normativa e outra filosófica.²²

O fundamento normativo é inerente a própria Constituição Federal, visto que atribui expressamente esta prerrogativa ao Poder Judiciário, em particular ao Supremo Tribunal Federal. É prática dos Estados democráticos reservarem algum poder político aos agentes públicos que não são investidos em seus cargos pelas vias eleitorais, e cuja atuação é de natureza majoritariamente técnica e imparcial. Ao lançar um olhar analítico sobre a situação, pode-se concluir que ao aplicar a Constituição e as leis, o magistrado está reforçando a vontade dos legisladores e do Poder Constituinte, que são os legítimos representantes do povo.

A justificativa filosófica resulta da ideia de que o estado constitucional democrático é o produto de duas ideologias que cresceram juntas. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder é baseado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por esse motivo, a constituição tem dois papéis importantes a desempenhar. Um é estabelecer as regras do jogo democrático e garantir ampla participação política, um

²² BARROSO, Luis Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista de Direito Práx. Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228.

governo onde a maioria têm voz e alternância de poder. Mas a democracia não é apenas um princípio majoritário, mas a uma ideia de justiça. Este é o segundo papel da Constituição: a proteção dos valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade daqueles que têm mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Possui o dever de vigiar as regras do jogo democrático e zelar pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou crenças religiosas.²³

4.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Pode-se definir a judicialização da política como um fenômeno jurídico que possui quatro pilares: o aumento de importância das decisões judiciais referentes à causas políticas e sociais; o fato que impasses políticos são resolvidos pelo judiciário; a judicialização da política é o espelho do grau de legitimidade de um governo, o qual é medido pela opinião pública em relação a capacidade que este tem para proteger o Estado de direito e garantir a proteção dos direitos sociais; o exponencial uso do judiciário por agentes e grupos políticos, em prol de interesses políticos, sociais e econômicos específicos.

O crescimento da judicialização da política possui influência de diversos fatores, como o dinamismo de tribunais e juízes, que estão cada vez mais ativos no jogo político e social como agentes ou intermediadores, o que nem sempre significa que o judiciário está ultrapassando a linha limítrofe da competência dos outros poderes, muitas das vezes sendo os próprios poderes Legislativo e Executivo que encaminham discussões para que o judiciário resolva, por não encontrarem a solução no meio político ordinário.²⁴

Em relação aos efeitos políticos da judicialização, podem ser apontadas diversas críticas. O posicionamento do Poder Judiciário como ator político pode ser justificado pela crise de representação política e pela própria democracia

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009. p. 10-12.

²⁴ RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. **Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico**. Rev. direito GV vol.15 no.2 São Paulo 2019.

contemporânea, na medida em que os poderes Legislativo e Executivo se encontram enfraquecidos. O êxito da Justiça se torna cada vez maior uma vez que as instituições políticas clássicas caem em descrédito, este causado pela crise de desinteresse e perda do espírito público. O aumento de poder do judiciário da origem a dois fenômenos diferentes, mas que se complementam: de um lado, o Estado perde forças por conta da pressão do mercado e da globalização da economia; e, de outro, a desestruturação substancial do homem e da sociedade democráticos. Desta forma, ao mesmo tempo em que o mercado negligencia o poder de controle do Estado, ele aumenta a procura pela justiça. O juiz luta contra a implosão das sociedades democráticas que não possuem capacidade de se adequar a complexidade e variedade que elas mesmas dão ensejo.²⁵

4. PERFIL ATIVISTA DO STF

O surgimento do órgão que chamamos de Suprema Corte no Brasil se deu no ano de 1828, sendo nomeado como Supremo Tribunal Justiça, com a composição formada por dezessete ministros. Sua competência limitava-se ao conhecimento de recursos de revista, julgamento de conflitos jurisdicionais e de ações penais nas quais o réu era ocupante de certos cargos públicos.

A denominação “Supremo Tribunal Federal” foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal.²⁶

Em dias atuais, temos o Supremo Tribunal Federal como consagrado protetor da Constituição Federal, essencial a estrutura jurídica e política do Estado brasileiro, tendo sua estrutura, funcionamento, e todos os demais mecanismos essenciais para sua existência e funcionamento expressamente contidos no texto constitucional. Está expressa no caput do artigo 102 da atual Carta Magna a principal competência do Supremo Tribunal Federal, que é guardar a Constituição

²⁵ MOTTA, Luiz Eduardo. **Judicialização da Política e Representação Funcional no Brasil Contemporâneo: uma ameaça à soberania popular?**. Revista Quaestio Iuris, vol.05, nº01, 2012. p. 256-285.

²⁶ BRASIL, **Conheça o STF: Histórico**. STF, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 24 out. 2019.

Federal. Porém, o STF também possui diversas outras competências que não se associam ao controle de constitucionalidade concentrado. Neste contexto, pode-se então afirmar que o Supremo Tribunal Federal não se trata apenas de restritamente de uma Corte Constitucional, haja vista a existência de outras funções como o julgamento de habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, crimes cometidos pelo Presidente da República e outros.²⁷

O Ativismo Judicial ocorre quando o STF ultrapassa os limites que separam as competências dos poderes legislativo e judiciário. Desde 2004, a referida Corte vem dando uma nova natureza às suas decisões, com o objetivo de suprir reiteradas omissões do Poder Legislativo, em seu dever inerente de legislar. Tais omissões foram criando a necessidade de haver um órgão superior para não apenas interpretar o direito, mas também criá-lo, preenchendo as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo.

Ao decidir questões de grande repercussão, o STF acaba por ganhar muita popularidade e credibilidade, acarretando crescente demanda por solução de questões cada vez mais importantes na sociedade. Luis Roberto Barroso destaca algumas decisões importantes do STF, que acabaram por impulsionar o fenômeno do Ativismo Judicial no Brasil:

Somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros.²⁸

²⁷ COELHO, Aleilson; SILVA, Iago Fernandes Leite; RODRIGUES, Vinícius Pestana. **Supremo Tribunal Federal: origem, competências e outros aspectos**. Jus.com.br: 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52479/supremo-tribunal-federal-origem-competencias-e-outros-aspectos>>. Acesso em: 24 out. 2019.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009. p. 6.

Fazendo uma análise de retrógrada das decisões do STF, pode-se perceber que a postura ativista não é novidade da contemporaneidade, e é uma tendência crescente. Barroso cita alguns exemplos:

(i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público.²⁹

4.1 PRECEDENTES ILUSTRATIVOS

Este capítulo será destinado à exposição de decisões do Supremo Tribunal Federal, que reforçaram a postura ativista do mesmo.

No dia 29 de novembro de 2016, a primeira turma do STF, ao julgar o habeas corpus de nº 124.306, proposto por funcionários de uma clínica de aborto situada em Duque de Caxias, Rio de Janeiro, o ministro Roberto Barroso se excedendo ao que foi requerido e afirmou que a parte que trata sobre o crime de aborto no Código Penal deve ser considerada como não recepcionada pela Constituição Federal. O ministro defendeu ainda que o aborto até o terceiro mês de gestação não é crime, criando um precedente histórico no ordenamento jurídico brasileiro, que até então criminalizava o aborto em todas as hipóteses, salvo as previstas no artigo 128 do Código Penal. Os ministros Luiz Edson Fachin e Rosa Weber acompanharam o voto de Barroso.³⁰

Também pode ser citada como exemplo a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 7 de dezembro de 2016, que manteve o presidente do Senado Federal à época, Renan Calheiros, no cargo, com a ressalva

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009. p. 5.

³⁰ NEITSCH, Joana. **STF se excedeu ao dizer que aborto até o terceiro mês não é crime, apontam juristas**. Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/stf-se-excedeu-ao-dizer-que-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-apontam-juristas-b5eqxl526ktr1nfunkln8cb17/>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

de que ele não poderia assumir a Presidência da República em caso de sucessão ou substituição. Esta decisão derrubou a liminar proferida pelo ministro Marco Aurélio Mello, que havia afastado o então presidente do Senado do cargo. A maioria dos ministros seguiu o voto do decano da Corte, Celso de Mello, que optou por não retirá-lo da Presidência do Senado Federal. O placar final foi de seis votos a três. Abrindo divergência da posição de Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello afirmou não ver justificativa para o afastamento cautelar do presidente do Senado Federal, dizendo: “Segundo penso, não ocorre situação configuradora do *periculum in mora*, pois na eventualidade de impedimento do senhor Presidente da República, a convocação para substituí-lo recairá, observada a ordem de votação estabelecida no artigo 80 da Constituição Federal, na pessoa do presidente da Câmara dos Deputados, inexistindo deste modo razão para adotar-se medida tão extraordinária quanto a preconizada na decisão em causa”.³¹ Tal caso remonta mais um, dentre inúmeros outros, onde o Supremo Tribunal Federal toma uma decisão contrariando o texto da legislação vigente.

Outro exemplo seria o caso de fidelidade partidária, discutido no julgamento das ADIs 3.999 e 4.086, onde não há expressividade do legislador ordinário sobre o caso literal, se tratando de um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto. Por 9 votos a 2, a Corte Constitucional decidiu, em conformidade com o princípio democrático, que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Em consequência a este precedente, foi gerada uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, não prevista no texto constitucional, se juntando, com efeito para fatos posteriores, às expressamente previstas na atual Carta Magna.³²

³¹ Autor Desconhecido. **STF decide manter Renan Calheiros na Presidência do Senado**. Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/stf-decide-manter-renan-calheiros-na-presidencia-do-senado-015wxw0m58q94o8qldhz0kuk0/>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

³² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009. p. 7-8.

5. CONCLUSÃO

Diante todo o exposto no presente artigo, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando desde os meados de 2004 um papel claramente ativista, respaldado nas prerrogativas que lhe foram dadas pela referida Carta Magna. Como órgão de maior poder decisivo na jurisdição brasileira, proferiu inúmeras decisões que mudaram a história do país, continuando, atualmente, a inovar o direito. Obviamente, por sair drasticamente de uma era baseada no Civil Law e trilhando um caminho totalmente voltado para o Common Law, gerou-se inúmeras críticas por conta do ativismo exercido pela Suprema Corte, pois por não raras as vezes veio a proferir decisões que contrariaram até mesmo o texto constitucional, extrapolando o que pensavam ser seus limites, contudo, como não há especificação alguma no texto legal sobre as limitações em decidir as quais a dita Corte Constitucional deveria se restringir, acabou por investir-se de liberdade decisória exacerbada. Problemas como a Judicialização da política, mesclando-se política e justiça; legitimidade democrática, não sendo seus membros eleitos pelo voto direto e democrático; e a excessiva concentração de poder no STF, possuindo autonomia até mesmo para contrariar a lei maior, foram postos em pauta de discussão, sem nenhuma solução aparente à vista, pois afinal, quem deveria dar a decisão final para tais problemas seria a própria corte, e julgando pela postura que tem assumido recentemente, a possibilidade de que esta renuncie qualquer poder a ela atribuído tanto pela Constituição Federal ou pelos costumes e direito interpretativo, está fora de questão. Desta forma podemos concluir que a tendência para o ativismo no Brasil é crescente, de forma que a política interna, após falhas tentativas, não conseguiria limitar o poderio do Supremo Tribunal Federal, pelo menos não no cenário atual.

Entretanto, não se pode esquecer que sem o ativismo judicial, o direito brasileiro ainda estaria intensamente ligado ao Civil Law, dependendo que leis fossem codificadas para que o direito pudesse assim atender às demandas de uma sociedade que está em constante mutação. Pode-se então concluir que mesmo com todos os problemas trazidos em seu bojo, o ativismo judicial é extremamente positivo para a história e evolução do direito brasileiro, pois permitiu um

desenvolvimento rápido e sem tanta formalidade, para que pudesse mais rapidamente atender às necessidades sociais.

Com isso, pode-se concluir que como qualquer outro movimento, o Ativismo Judicial possui seu viés positivo e negativo, tendo ajudado muito no crescimento do direito brasileiro, mas também trazendo consigo diversos problemas. Deve-se esperar que o Supremo Tribunal Federal não se olvide de seu dever primário de guardar a Constituição, presando sempre pela primazia dessa sob qualquer outra, e fazendo uso dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao julgar qualquer caso concreto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista de Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228.

_____. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA**. Migalhas, 2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2019.

_____. **Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas democracias constitucionais contemporâneas**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 39 - 62, Janeiro/Abril 2018.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n 13, 2009.

BRASIL, **Conheça o STF: Histórico**. STF, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 24 out. 2019.

COELHO, A.; SILVA, I. F. L.; RODRIGUES, V. P. **Supremo Tribunal Federal: origem, competências e outros aspectos**. Jus.com.br: 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52479/supremo-tribunal-federal-origem-competencias-e-outros-aspectos>>. Acesso em: 24 out. 2019.

DIAS, Lucas Albuquerque. **Ativismo Judicial: aspectos históricos e conceituais**. Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais>>. Acesso em: 25 set. 2019

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 25 set. 2019.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. **A Jurisdição Constitucional no Brasil: Uma Ideia em Construção**. Os Constitucionalistas, 2010. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/a-jurisdicao-constitucional-no-brasil-uma-historia-em-construcao>>. Acesso em: 03 out. 2019

LIMA, Janaina Pinheiro. **Evolução Histórica do Ativismo Judicial**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://esmeraldorobertagmailcom.jusbrasil.com.br/artigos/558948293/evolucao-historica-do-ativismo-judicial>>. Acesso em: 25 set. 2019.

MARQUES, A. G.; KHODR, A. B. **Origens e Fundamentos da Judicial Review: um berço americano**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 264-299.

MOTTA, Luiz Eduardo. **Judicialização da Política e Representação Funcional no Brasil Contemporâneo: uma ameaça à soberania popular?**. Revista Quaestio Iuris, vol.05, nº01, 2012.

NEWTON FILHO, Newton Tavares. **Tribunais Constitucionais**. Biblioteca Digital da câmara dos deputados: 2009. p.2-3.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, L. M.; ARGUELHES, D. W. **Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico**. Rev. direito GV vol.15 no.2 São Paulo 2019.

SANTOS, Dulcineia Moreira dos. **Origem e Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional**. Domtotal, 2011. Disponível em: <<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/32801/origem-e-evolucao-historica-da-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em: 13 nov. 2019

TRINDADE, A. K.; MORAIS, F. S. **ATIVISMO JUDICIAL: AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA, ALEMÃ E BRASILEIRA**. Curitiba - revista da Faculdade de Direito - UFPR, n. 53, 2011.