



**ATIVISMO JUDICIAL E INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO COMO
GARANTIA DO DIREITO**

Ji-Paraná
2021

LUCAS KOSAKA ALCANTARA

**ATIVISMO JUDICIAL E INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO COMO
GARANTIA DO DIREITO**

Trabalho apresentado à banca examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. M^a. Kellyana Bezerra de Lima Veloso.

A347a

Alcantara, Lucas Kosaka

Ativismo judicial e inafastabilidade da jurisdição como garantia do direito / Lucas Kosaka Alcantara. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2021.

28 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2021.

Orientadora: Prof.^a. M^a. Kellyana Bezerra de Lima Veloso

1. Ativismo Judicial. 2. Judicialização da política. 3. Auto-restrição. 4. Poder contramajoritário. I. Veloso, Kellyana Bezerra de Lima. II. Ativismo judicial e inafastabilidade da jurisdição como garantia do direito. III. Centro Universitário São Lucas.

CDU 34

LUCAS KOSAKA ALCANTARA

**ATIVISMO JUDICIAL E INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO COMO
GARANTIA DO DIREITO**

Trabalho apresentado à banca
examinadora do Centro
Universitário São Lucas, como requisito
parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito.
Orientadora: Prof^a. M^a. Kellyana Bezerra
de Lima Veloso.

Ji-Paraná, ____ de ____ de 2021.

Resultado:

BANCA EXAMINADORA

Resultado: _____

Titulação e nome
Centro Universitário São Lucas
de Ji-Paraná/RO

Titulação e nome
Centro Universitário São Lucas
de Ji-Paraná/RO

Titulação e nome
Centro Universitário São Lucas
de Ji-Paraná/RO

ATIVISMO JUDICIAL E INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO¹

Lucas KosakaAlcantara²

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo buscar o significado de ativismo judicial, relacionando a origem do termo com o conceito trazido na atualidade, abordando casos reais e como os juízes da época os resolviam. Será feito um paralelo entre judicialização da política e ativismo judicial traçando a conduta dos membros dos poderes e como eles influenciam positiva ou negativamente nos institutos de poder. Esse trabalho demonstrará que o ativismo judicial, assim como outros institutos jurídicos, é legítimo e idôneo, desde que utilizados com sabedoria e autorrestrição, ficando evidente que os institutos são a solução e não o problema, logo quem os utiliza que o problematiza. O método de pesquisa é o dedutivo, partindo-se da análise de referencial teórico sobre o tema, de casos emblemáticos e da legislação brasileira, com abordagem exploratória e qualitativa, corroborando com o entendimento de que o ativismo judicial é utilizado para garantir direitos fundamentais constitucionais e não se confunde com a judicialização da política, sendo o termo utilizado de forma errônea por ignorância da origem do termo.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização da política. Auto-restrição. Poder contramajoritário.

JUDICIAL ACTIVISM AND INAFSTABILITY OF JURISDICTION AS A GUARANTEE OF LAW

Abstract: The present work main purpose is to seek the meaning of judicial activism, relating the origin of the term to the concept brought up today, addressing real cases and how the judges of the time solved them. A parallel will be drawn between the judicial review and judicial activism, outlining the conduct of the members of the powers and how they influence positively or negatively in the institutes of power. This work will demonstrate that judicial activism, like other legal institutes, are legitimate and suitable, as long as they are used wisely and self-restraint, making it clear that the institutes are the solution and not the problem, so who uses them that problematizes. The methodology used will be exploratory / explanatory and qualitative nature, corroborating with the understanding that judicial activism is used to guarantee constitutional rights and is not to be related with the judicial review, the term being used erroneously due to ignorance of the origin of the term.

Keywords: Judicial Activism. Judicial review. Self-restraint. Counter-majority.

INTRODUÇÃO

O termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez em 1947 pelo historiador norte americano, Arthur Schlesinger Jr. Os juízes da Suprema Corte norte americana utilizavam do ativismo para garantir direitos constitucionais, isso foi

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção de grau em Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná, em 2021/2, sob orientação da professora Prof.^a M^a. Kellyana Bezerra De Lima Veloso. E-mail: kellyana.veloso@saolucasjiparana.edu.br

² Acadêmico do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná. E-Mail: lucaskosaka@hotmail.com.

observado por Schlesinger ao decorrer dos anos que acompanhou os julgados da Corte.

O presente trabalho visa buscar o real significado de ativismo judicial, percebe-se que o termo é utilizado de forma errônea na atualidade, inclusive onde nasceu, nos Estados Unidos da América. Algumas decisões tomadas pelo judiciário são taxadas de ativistas e são mal vistas pelos demais poderes e pela sociedade.

Diante desse contexto serão trabalhados pontos importantes sobre a prática do ativismo na sua essência, visando demonstrar como ele se manifesta, para que possamos entender qual é a sua real função e como a definição foi distorcida na atualidade, pois serão demonstrados momentos históricos em que os juízes eram autorrestritivos, buscavam interpretar a constituição e aplicá-la visando concretizar os direitos fundamentais, dessa forma não extrapolando a sua esfera de poder.

Será tratado também o momento contemporâneo em que a judicialização da política é confundida com o ativismo judicial.

Por fim, serão abordadas as várias situações em que os membros dos poderes, buscando satisfazer interesses pessoais, sejam dos partidos ou de certo grupo de pessoas, se utilizam de instrumentos idôneos e legítimos de grande poder para camuflar as suas reais intenções.

Quando a ideia a ser defendida interessa determinado grupo, então o ativismo é admitido, caso contrário, é criticado e taxado de abusivo. Acontece que muitas vezes as decisões não são ativistas, mas sim político-partidarizantes, o judiciário tem sido utilizado para resolver todas as controvérsias e as consequências são negativas, por não agirem com autorrestrição e tão pouco deixar os assuntos políticos para os poderes executivo e legislativo.

Para abordar o tema, o método utilizado foi dedutivo, sendo classificada a pesquisa como exploratória e de natureza qualitativa. A pesquisa foi realizada com base na legislação brasileira, em livros e artigos científicos relacionados ao tema.

É notório que o ativismo judicial continua sendo um ótimo instrumento jurídico para garantir direitos fundamentais, desde que utilizado com autorrestrição e sabedoria, trazendo, assim, vários benefícios e garantindo um maior controle judicial, inibindo aqueles que tentam violá-los e corroborando com o Estado Democrático de Direito.

1. ORIGEM, CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial foi originalmente utilizado pelo historiador norte-americano, Arthur Schlesinger Jr., que publicou na Revista *Fortune*, em 1947, um artigo intitulado *The Supreme Court*.

A conceituação do termo, principalmente no direito brasileiro, tornou-se um assunto de extrema relevância, pois gera muita controvérsia tanto em relação à prática como também em sua abrangência.

Em uma acepção preliminar e contemporânea, o ativismo é compreendido como o exercício da função jurisdicional que adentra a esfera do legislativo, sendo uma prática em que os juízes deixam suas impressões pessoais influenciarem o resultado do julgamento em apreço, como também guiar a tomada de decisões políticas públicas, logo acaba interferindo na tripartição dos poderes.

Entretanto, quando Arthur Schlesinger Jr. escreveu seu artigo, ele deixou bem claro que o judiciário buscava garantir os direitos constitucionais, quando classificou os juízes da Suprema Corte, de 1947, que era inteiramente formada por juízes nomeados pelo ex-presidente Roosevelt, dos Estados Unidos, em:

[...] (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 power) – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed (CAMPOS, 2014, p. 44).

Arthur Schlesinger Jr. (apud CAMPOS, 2014) tratou o termo ativismo como oposto ao conceito contemporâneo, ele entende que os juízes ativistas substituíam a vontade do legislador para garantir os direitos das minorias e as liberdades civis, logo estariam corrigindo através da via judicial os erros do legislador.

O Direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e normas libertadores, considerando a lei um simples acidente no processo jurídico, e que pode, ou não, transportar as melhores conquistas (FILHO, 2011, p. 4).

Conceituar o ativismo é uma tarefa complexa, pois o conceito está inserido em um contexto onde a interpretação do ativismo pode tomar características

ideológicas. Roberto Lyra Filho (2011) explica em sua obra que a ideologia era o estudo das ideias em relação à sua origem e funcionamento, contudo passou a ser entendido como um conjunto de ideias de uma pessoa ou grupo, seguindo assim, um padrão.

Dessa forma, as ideias padronizadas distorcem o raciocínio, condicionando-o a fundamentos sociais, onde a imagem mental não corresponde à realidade dos fatos.

Aliás, é isto mesmo que ocorre: ninguém raciocina com absoluta perfeição e há sempre uma boa margem de deformações, a que não escapam as próprias ciências. Queremos dizer que também nestas se intromete certo grau de ideologia, afetando as premissas (princípios que servem de base a um raciocínio) e as conclusões a que chegam os cientistas (FILHO, 2011, p. 7).

A Suprema Corte Americana era dividida em dois grupos intelectuais bem definidos, os autosrestritivos liderados por Felix Frankfurter e os ativistas liderados por Hugo Black.

Como os dois juizes tinham pensamentos opostos, havia um equilíbrio entre a autorestrição e o ativismo, os pensamentos extremados refletem bem a oposição entre as filosofias judiciais, ou seja, o conflito é fundamental e inerente ao sistema.

Hugo Black defendia a Constituição Norte-Americana e a *Bill of Rights*, cabendo ao judiciário tornar efetivas as liberdades constitucionais e as limitações de poder do executivo e legislativo, assim, excluindo qualquer poder do Congresso sobre os direitos e liberdades individuais, incumbido esse dever sagrado ao judiciário.

Black na verdade adotava o “textualismo”, que é a interpretação literal da linguagem específica do documento, contudo a interpretação textualista não seria adequada para garantir os preceitos constitucionais.

[...] Black, mesmo defendendo uma postura de restrição metodológica, aproveitou oportunidades normativas para fazer prevalecer valores próprios sobre a Constituição. Black teria chegado ao ativismo judicial por meio do textualismo, fazendo desta uma teoria de restrição judicial apenas na aparência (CAMPOS, 2014, p. 44).

Frankfurter foi mais comprometido na defesa da autorestrição, era verdadeiramente contra o ativismo, defendia que os juizes deveriam separar as convicções pessoais do dever funcional da Corte, deste modo ele atuava da mesma forma tanto para o legislador liberal quanto ao conservador.

Fora das cortes ele era liberal, no entanto para julgar utilizava da autorestrição como padrão. Ele acreditava que os juízes deveriam decidir os casos e as controvérsias, mas sem criar nada novo, pois essa tarefa seria apenas do legislador e do governo.

[...]A função judicial, segundo Frankfurter, estaria sujeita a constrictões próprias de sociedades democráticas: interpretar leis além dos “significados das palavras utilizadas pelo legislador” corresponderia a “usurpar poder que nossa democracia depositou nos legisladores eleitos”. Por isso, “um juiz não deve reescrever a lei, nem alargar ou contraí-la”, mas deve exercer suas funções com restrição e cautela, especialmente, a *judicial review* (CAMPOS, 2014, p. 45).

Analisando as divergências intelectuais dos juízes Hugo Black e Felix Frankfurter, é possível enxergar que os diferentes entendimentos eram sobre o real papel constitucional da Suprema Corte, ou seja, onde ela estaria situada no sistema de governo norte americano.

Por ser um tema complexo, se torna difícil de conceituar, logo existem várias polêmicas sobre o ativismo judicial, inclusive Alexandre de Moraes cita algumas indagações trazidas pelos próprios doutrinadores americanos acerca do tema:

[...] sendo apontado por alguns doutrinadores norte-americano como uma prática, que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição; ou, seria um método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária *colmatação das lacunas constitucionais* geradas pela omissão total ou parcial dos Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional? (MORAES, 2020, p. 834).

Contudo, Arthur Schlesinger Jr. (*apud* CAMPOS, 2014) entende que a discussão é mais político-institucional do que jurídico-metodológico, isto significa que escolher entre autorestrição e ativismo diz respeito ao espaço decisório da suprema corte no sistema político e constitucional de um país.

[...]Ele tomou partido, como regra geral, da autorrestricção judicial: “os maiores interesses da democracia nos Estados Unidos” “requerem que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder”, devendo deixar a “instituições diretamente responsáveis ao controle popular” o poder de decisão. Contudo, advertiu que o ativismo se justificaria caso “ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos”, ou seja, Schlesinger não negou o ativismo em absoluto, entretanto, não o aceitava como rotina institucional da democracia norte-americana (CAMPOS, 2014, p. 48).

Utilizar o ativismo para todas as questões consistiria em usurpar a função do legislativo, como cita Frankfurter “usurpar poder que nossa democracia depositou nos legisladores eleitos”. (CAMPOS, 2014, p. 46)

Dessa forma, o ativismo é um instituto legítimo de grande valia, que concede muito poder, mas para ser utilizado precisa de senso e auto restrição, pois o ativismo foi criado para garantir e assegurar os direitos constitucionais de toda uma coletividade e não de um grupo isolado, por esse motivo que Schlesinger não o aceita como rotina institucional.

1.1 Judicialização da política e legitimidade do ativismo judicial

A Suprema Corte americana deu status constitucional à escravidão, no caso *Dred Scott v. Sandford*, o assunto é delicado e precisa ser discorrido com cautela e apontando os fatores que levaram a Corte proferir uma decisão tão controversa e atentatória aos direitos humanos nos dias atuais. Até hoje, é considerado por muitos a decisão mais infame da história da Corte.

Dred Scott era escravo do Major do Exército, John Emerson, como Emerson era remanejado constantemente, Scott o acompanhava. Acontece que naquela época haviam Territórios e Estados nos EUA onde a escravidão era proibida, e por um certo período de tempo, Scott esteve nessas localidades acompanhando o seu mestre. (CAMPOS, 2014)

Scott residiu em *Rock Island*, Estado de Illinois, em 1834, onde a Constituição proibia a escravidão, entre 1836 a 1848 residiu em Fort Snelling, no Território recém-criado de Wisconsin, onde a escravidão era proibida por lei federal, chamada de Compromisso do Missouri. (CAMPOS, 2014)

John Emerson faleceu em 1843, mas a viúva negou-se a entregar o direito de liberdade a Dred Scott, então, Scott pleiteou perante a Corte Estadual de Missouri o direito à liberdade, argumentando ter adquirido o direito quando residiu em localidades onde a escravidão havia sido abolida, pois a doutrina já dizia “*once free, Always free*”, ou seja, uma vez livre, sempre livre.

Scott obteve êxito e conseguiu a vitória, porém a Suprema Corte reverteu à decisão, em março de 1857, alegou que Scott não possuía legitimidade processual

para pleitear sua liberdade nas cortes federais do país. Roger Taney, que na época era *Chief of Justice*, disse:

[...] não ser Dred Scott “membro da comunidade política formada e levada à existência pela Constituição”, mas sim, um “Negro” “cujos ancestrais foram trazidos a este país[,] vendidos como escravos”, e que eram considerados, ao tempo da promulgação da Constituição, “uma classe de seres humanos subordinada e inferior, que tinha sido subjugada pela raça dominante, e mesmo que emancipados, ainda permaneceriam sujeitos a sua autoridade”(CAMPOS, 2014, p. 54).

Ressaltou, também, Taney que a Emenda V garantia o direito constitucional à propriedade de escravos, dessa forma o Congresso não poderia diminuir o referido direito. Consequentemente a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei federal que havia abolido a escravidão naquele território, através do Compromisso de Missouri.

No caso de Dred Scott, o ativismo não dizia respeito ao direito dos negros de serem cidadãos, mas sim, que o caráter moralmente reprovável da decisão seria que a “raça” era “inferior”, eram simples “artigos de mercancia”, meros “objetos e propriedade”. (CAMPOS, 2014)

Por outro lado, não podemos negar que foi uma decisão ativista com autorestrição, pois como já citado, o ativismo existe para garantir direitos constitucionais, e naquela época os americanos tinham o direito constitucional de terem escravos, logo qualquer outra lei infraconstitucional que contrariasse seria passível de anulação por ser inconstitucional, ou seja, Taney interpretou a Constituição conforme o status do negro à época em que o documento fora ratificado, entre (1787 – 1788).

Quando os *founding fathers* criaram a Constituição, infelizmente a pessoa negra não era considerada cidadão detentor de direitos, como o direito à liberdade.

Mesmo que injusto, Taney não deixou para a Suprema Corte o papel de poder constituinte reformador, como acontece nas cortes contemporâneas, ao contrário, ele afirmou que não cabe ao Judiciário decidir sobre o justo ou injusto, sendo que as injustiças presentes nas constituições possuem remédios em seu próprio texto, o referido processo de emenda da constituição.

Assim, enquanto a norma constitucional permanecer inalterada, ela deverá ser interpretada ao tempo de sua confecção. Mesmo sendo um tema tão controverso e ambicioso, a Suprema Corte conseguiu ao mesmo tempo tomar uma decisão

diante a indiferença do Congresso, mantendo-se tão somente na limitação de intérprete da Constituição, sem inovar.

O caso *Dred Scott* é um exemplo fiel de hipóteses de uso político nas cortes, tal fenômeno é intitulado de Judicialização da Política, em 1857 o 15º Presidente dos Estados Unidos, James Buchanan, não havia ainda se posicionado publicamente em relação à escravidão e seus problemas, o próprio partido de Buchanan encontrava-se dividido em favor ou desfavor da escravidão, ou seja, qualquer decisão que ele tomasse iria custar sua carreira política.

Foi então faltando apenas dois dias para julgamento que Buchanan declarou a escravidão como sendo “felizmente uma questão prática de pouca significância” (CAMPOS, 2014, p. 55), pois se tratava de uma questão judicial e, conseqüentemente, pertencia à Suprema Corte. Sendo assim, a Corte julgaria de forma rápida e definitiva, cabendo a “todo cidadão de bem” acatar a decisão, independentemente do resultado. (CAMPOS, 2014)

Buchanan deixou evidente que queria se esquivar dos ônus do conflito, dessa forma ele despolitizou a questão, contudo a judicializou, empurrando a sua responsabilidade para a Suprema Corte. A autoridade da Suprema Corte foi reforçada, para que Buchanan pudesse preservar a própria.

Grandes lições foram ensinadas no caso *Dred Scott* sobre o ativismo judicial. A primeira lição é a existência de autoridades públicas que utilizam o ativismo como estratégia para responder os seus propósitos, transferindo a responsabilidade às cortes com o intuito de evitar ônus em suas carreiras políticas na tomada de decisão de medidas controversas.

Segunda lição, as decisões ativistas de assuntos cruciais geram conseqüências políticas e efeitos sistêmicos, por isso precisam ser analisadas de forma cautelosa. (CAMPOS, 2014)

Terceira lição, mesmo o assunto sendo político e altamente controverso, a Corte conseguiu aplicar a Constituição em seu sentido original, deixando evidente a negação do poder para corrigir as injustiças por partes daqueles que deviam fazer, pois foram eleitos pelo povo por meio do princípio democrático.

Os integrantes do poder legislativo e executivo, com receio de prejudicar suas carreiras políticas, empurraram suas responsabilidades ao judiciário.

Diante o exposto, a lição mais importante de todas é, todos criticam o ativismo e distorcem o real sentido pelo qual foi criado, mas quando estão pressionados pelo

povo, perante um assunto de alta controvérsia, utilizam o judiciário para resolvê-lo, ora eles criticam o ativismo quando vai contra seus interesses, mas utilizam dele quando é conveniente aos seus ideais.

1.2 *Common law e Civil law*x Ativismo judicial

Existem dois grandes sistemas jurídicos de normas também denominados de Escolas, que cada país irá adotar dentro de sua jurisdição com o objetivo de reger o ordenamento jurídico e orientar a sua aplicação. Esses sistemas jurídicos ou escolas são denominados de *common law* ou *civil law* e possuem características bem distintas.

O primeiro seria a *common law* onde o direito é construído através dos costumes, baseados em precedentes das cortes, possui grande influência anglo-americana, a sua base são os precedentes jurisprudenciais, ou seja, as decisões do judiciário são fontes imediatas do direito, possuindo assim efeitos vinculantes.

As decisões dos juízes nesse sistema possuem mais força, assim as questões são resolvidas com base em sentenças anteriores proferidas. Esse conjunto reiterado de sentenças judiciais semelhantes permite a extração de regras gerais para orientação de julgados futuros de casos análogos, nascendo assim os precedentes judiciais.

[...] Direito consuetudinário é especialmente favorável à formação de uma jurisprudência com força de precedente. É por isso compreensível que esta se tenha desenvolvido especialmente no domínio da *common law* anglo-americana, que é essencialmente Direito consuetudinário (KELSEN, 1998, p. 188).

No sistema da *common law* os juízes atuam de forma ativa na construção e a aplicação do direito nos casos práticos, quanto à manutenção do sistema os juízes e advogados possuem um papel muito relevante, pois a jurisprudência tem mais relevância que a lei, o ordenamento jurídico não conta com muitas leis escritas e as decisões judiciais são oriundas de julgados passados tendo sua aplicação como bases princípios e costumes.

Outro sistema muito utilizado, inclusive pelo Brasil, é o sistema romano-germânico, da *civil law*, que tem como base preceitos legais pré-fixados, ocorrendo

assim a positivação escrita da norma. Incumbe ao legislativo o processo de confecção de normas para nortear as decisões do judiciário e atuação dos advogados, juristas, promotores e todos aqueles que operam o direito.

Diferentemente da *common law*, na *civil law* a norma jurídica escrita possui grande valor e a sua aplicação decorre da interpretação de um comando abstrato e geral que surge da regulamentação de um caso ou situação empírica, e suas decisões, em regra, não possuem efeitos vinculantes.

O direito nasce de uma norma positivada (escrita), a norma tem mais valia nas decisões do que os julgados anteriores, além da imprescindível separação e limitação dos poderes, destacando aqueles que julgam dos que produzem as normas.

A *civil law* ganhou bastante força na Revolução Francesa (1789), naquela época a lei passou a ser a vontade do povo, portanto, a codificação fazia-se necessária para gerar mais segurança jurídica e transparência na concessão de direitos e do exercício das liberdades. O poder judiciário perdia força, pois o povo já estava cansado da tirania do monarca e confiavam mais no parlamento.

Nota-se um padrão quanto à adoção de um ou outro sistema jurídico, quando o país é oriundo de um regime de governo monárquico e absolutista, o povo opta pelo *civil law*, pois a lei passa a ser a vontade do povo e o parlamento possui mais credibilidade, entretanto quando é um regime de governo onde não houve uma real concentração de poder, o sistema jurídico adotado é o *common law*, a exemplo, os Estados Unidos, onde a forma de Estado Federado foi construída de forma centrípeta, pelo fato de terem passado de uma Confederação a uma Federação, logo cada ente já possuía seus costumes e jurisdição, conseqüentemente não havia receio e descrédito em face no poder judiciário.

O Brasil adotou a *civil law*, logo o positivismo jurídico possui um papel relevante e os órgãos precisam seguir os preceitos legais, desta forma, o legislativo confecciona as normas para que o judiciário haja de acordo com ela, sendo assim, o judiciário não possui tanta autonomia e força, logo o ativismo judicial seria inviável em razão do sistema adotado, contudo a Constituição Federal de 1988 adotou alguns institutos que legitimam a sua utilização como: os precedentes judiciais, controle de constitucionalidade, súmulas vinculantes, dentre outros.

O sistema jurídico brasileiro ganhou muitos institutos da *common law* a partir da Constituição Federal de 1988 para que o Supremo Tribunal Federal - STF

pudesse garantir da melhor forma os direitos constitucionais, porém eles eram pouco utilizados, assim, não havia muita polêmica em relação ao ativismo judicial, entretanto o legislativo vem perdendo credibilidade com o passar do tempo, a mesma coisa ocorria no passado com o judiciário, ou seja, o povo quando adota um ou outro posicionamento é porque o poder já não está mais respeitando os seus direitos, logo foi necessário adotar um instituto antes repudiado pelo povo, o controle de constitucionalidade, para poder colocar um freio nas leis inconstitucionais.

Os doutrinadores Souza Neto e Sarmento trazem essa linha de raciocínio.

De toda sorte, essa é a escolha que a grande maioria das democracias contemporâneas vem fazendo, e que faz bastante sentido, sobretudo em ambientes institucionais como o nosso, em que a política majoritária, praticada pelos órgãos representativos, não inspire tanta confiança no que concerne à garantia de direitos básicos(SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 20).

Tanto na *common law* como na *civil law* o ativismo judicial é imprescindível, mas o seu uso precisa ser moderado, pois o poder quando utilizado de forma desenfreada e corriqueira acaba se tornando banal e perde a sua real razão, necessitando assim de critérios e idoneidade daqueles que o usam. Para ampliar a área de atuação do judiciário, o Brasil acaba adotando institutos da *common law* para assegurar um certo balanço entre os poderes.

2. DIREITO DO HOMEM COMO SER SOCIÁVEL E A INEVITABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Desde os primórdios da humanidade sempre existiram as normas que estabeleciam, mesmo que de forma arcaica, regras mínimas para um bom convívio em coletividade, pois sem elas não há sociedade. Na história existiu um período em que a lei escrita era considerada, por excelência, fonte do Direito, mas com advento do Estado Constitucional houve um declínio com a substituição por outro modelo, que seria o direito inerente ao ser humano, conquistado com o tempo, servindo como base para confecção das normas.

Sempre houve a necessidade do convívio social, em que o homem buscando a própria existência e o bem estar, necessitava de outros da mesma espécie para se defender, procriar e proteger, tal característica é intrínseca ao passo que sem ela o

homem não existiria, ou seja, não haveria um sentido para a vida. Estar em sociedade é o mesmo que estar em seu habitat natural, onde o homem se sente seguro, confortável e forte.

Por estas razões existem institutos jurídicos para regulamentar a conduta do homem, não importa para qual finalidade foi criado, o destinatário final sempre será o homem, essa seria a definição de antropocentrismo, o homem é o centro de tudo.

Embora o convívio em sociedade seja algo intrínseco do ser humano, ter regras para preservar os direitos que foram conquistados ao longo do tempo é imprescindível para a boa convivência humana.

Dentro do contexto de sociedade e direito atrelado à evolução do homem, é possível chegar a conclusão que o homem além de ser sociável também busca poder, e quando detém muito poder acaba cometendo abusos, cerceando os direitos alheios e atuando conforme suas convicções e crenças. Assim seria um regime de governo monárquico, em que todo poder concentrava-se na mão de um só ente, nessa época vigorava o subjetivismo do legislador “O monarca era a lei”.

Com a Revolução Francesa (1789) surgiu a era do período legislativo, nota-se que antes já havia o legislador, porém a vontade dele era subjetiva, garantindo apenas interesses pessoais, não havia Direito, apenas tirania. O povo francês indignado com os recorrentes abusos e restrições de direitos tomaram o poder, surgindo, assim, o Estado Democrático de Direito, vigorando a vontade do povo. A lei como era conhecida mudou e a sua soberania parou de ser do monarca e começou a pertencer definitivamente ao povo.

Houve a separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo eles independentes e harmônicos entre si, nascendo a teoria dos freios e contrapesos de Montesquieu, no século XVIII.

Esse ponto ótimo do rateio de função entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade (RAMOS, 2015, p. 116).

Após a Revolução Francesa e o fim da monarquia nasce a democracia, regime de governo, que inclusive foi adotado pelo Brasil, onde vigora a vontade do povo (soberania popular), é exercida através de normas positivadas, classificadas também como uma das principais fontes do Direito. Através das normas jurídicas que o povo estabelece regras próprias de convivência, logo a lei é a vontade geral.

[...] A ideia é de clareza singular: o povo estabelece suas leis, suas próprias regras de convivência. Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ficou consignado eternamente, nos termos de seu art. 6º, que “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou pelos seus representantes, à sua formação” [...] (TAVARES, 2020, p. 94).

A lei como fonte declara os direitos inerentes ao homem impondo-lhe limites, o direito, por sua vez, é preexistente à lei, assim, há uma visão privativa do direito, sendo desnecessária a análise do processo ou momento de produção da norma, ou seja, a lei era considerada como algo declarado e não como algo confeccionado pelo homem.

Os direitos são declarados através das leis, que possuem uma hierarquia a ser obedecida, a Constituição Federal de 1988 trouxe essa hierarquia no artigo 59 e incisos, adotando dessa forma a teoria da pirâmide de Hans Kelsen, que coloca a Constituição no topo e todas as demais normas infraconstitucionais devem obedecer aos ditames da norma superior.

Através desse entendimento é possível extrair que os métodos de integração de lacunas no caso de omissão da lei não podem ser utilizados para regulamentar a Constituição, pois se tratam de normas infraconstitucionais, assim quando houver omissão na regulamentação de direitos, cabe ao legislativo criar a lei, fazendo isso estará declarando a vontade do povo e garantindo o regime de governo democrático.

Inclusive a democracia é um direito no ordenamento jurídico brasileiro, é possível exercê-la de forma direta, através do voto, plebiscito, referendo ou iniciativa popular, como também, através dos representantes eleitos pelo povo, dessa forma, temos a democracia semi-direta ou representativa.

Quando o juiz se vê obrigado a julgar assuntos de direito constitucional, que não possuem amparo legal oriundo da inércia do legislativo que deixou de declarar a vontade do povo, e por ser o poder judiciário um órgão não democraticamente constituído, por vezes utiliza-se do ativismo judicial, pelo fato do assunto ir muito além da lei e os métodos convencionais de integração previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) não serem suficientes e muito menos hierarquicamente compatíveis com a Constituição, dessa forma ratificando o entendimento de que as fontes de eficácia menor não podem criar fontes de eficácia maior.

3. RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E APLICAÇÃO DO ATIVISMO NO BRASIL

Para compreender melhor o ativismo judicial no Brasil é preciso entender o conceito de constitucionalismo, que é um mecanismo criado para garantir os Direitos Fundamentais presentes nas constituições, que são as normas supremas codificadas de um Estado soberano.

As constituições existem para limitar o poder estatal, que era concentrado na mão de um ente, ou seja, o rei era a lei, pois legislava, julgava e executava.

Tudo isso era feito de acordo com a concepção pessoal, deixando de lado o interesse coletivo e alheio, foi então através de muita luta e revolução que o povo conseguiu acabar com essa forma de estado monárquico.

Os primeiros direitos conquistados pelo povo foram os direitos civis e políticos, tendo como essência o direito de liberdade, são chamados de direitos de primeira dimensão e integram o conceito de direitos negativos, em que o Estado se compromete a não violá-los, contudo com a liberdade nasceu a desigualdade, em que o mais esperto, mais forte e astuto se aproveita do mais fraco.

O Estado era omissivo, não intervindo nas relações interpessoais, isso acabou deixando ainda mais latente as desigualdades, intolerâncias, racismo, segregação entre outros.

Nesse contexto, o Estado se viu obrigado a intervir de forma positiva, mas para não haver arbitrariedade foi instituída uma norma formal e suprema, a constituição, que assegurava os direitos fundamentais; sociais, econômicos e culturais, direitos esses ligados à igualdade, denominados de segunda dimensão, garantindo, assim, a igualdade formal.

Contudo, a igualdade formal não foi suficiente para dirimir todos os problemas relativos à desigualdade, logo os mecanismos foram evoluindo e o Estado passou a buscar a igualdade material, que é tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade, observando a medida dessas desigualdades.

O constitucionalismo é um mecanismo limitador do poder, em que cada poder é exercido por um ente distinto. Segundo Tavares (2020), o constitucionalismo possui quatro sentidos:

[...] Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas, bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional, de um determinado Estado (TAVARES, 2020, p. 44).

Diante o contexto histórico de constitucionalismo e sua função, que é limitar o poder, segregando-o entre entes distintos, sendo estes os poderes legislativo, executivo e judiciário, todos independentes e harmônicos, ou seja, um poder não poderá adentrar a esfera do outro, entretanto, para que o poder judiciário possa executar sua função jurisdicional, é necessário que o legislativo crie as leis.

Caso isso não aconteça, para garantir os Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal, o judiciário acaba julgando, mesmo sem haver norma, dessa forma ocorrendo o ativismo judicial que, nessa ocasião, se manifestou por um instrumento constitucional (artigo 103, §2º) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, cabendo ao judiciário a responsabilidade de tornar efetivas as liberdades individuais.

Black sempre defendeu que a Constituição e a Bill of Rights norte-americanas criaram uma forma de governo limitado, cabendo ao Judiciário “a responsabilidade primária e o dever de executar e tornar efetivas as liberdades constitucionais e as limitações sobre os Poderes Executivo e Legislativo.” Para Black, a Bill of Rights excluiu do Congresso qualquer poder sobre os direitos e liberdades individuais, ao passo que confiou às cortes o “dever sagrado” de proteger esses direitos. As cortes deveriam se comportar como “fortalezas impenetráveis contra as afirmações de poder pelo Legislativo e pelo Executivo.” (CAMPOS, 2014, p. 44).

Nesse contexto, o constitucionalismo confunde-se com o ativismo judicial, pois foi incumbido ao judiciário o dever de guardiãoda constituição e todos os direitos fundamentais nela presente, dessa forma quando há omissão dos demais poderes ou atos atentatórios aos direitos fundamentais, o judiciário age de forma ativa, preservando assim o constitucionalismo.

Na realidade, esse tema, nos Estados Unidos, confunde-se com a própria história do constitucionalismo. Acontece que, desde a primeira aparição, a expressão “ativismo judicial” tornou-se a principal estrela do debate sobre o papel da Suprema Corte na interpretação da Constituição e na relação com os demais poderes. Pode-se falar mesmo em *onipresença* do termo no cenário norte-americano (CAMPOS, 2014, p. 40).

A prática do ativismo judicial pela Suprema Corte é inevitável em alguns casos, além de tudo isso, a mídia tradicional e os membros dos demais poderes desqualificam o ativismo, contudo muitos desconhecem a origem, não entendem o motivo da prática.

O judiciário é obrigado constitucionalmente a exercer sua função, o próprio texto constitucional prevê isso, pois está estampado na Lei Maior de 1988, “art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”, é o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Esse princípio também se manifesta na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que deixa bem claro em seu artigo. 4º que em caso de omissão da lei o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Contudo, as lacunas a serem preenchidas são infraconstitucionais, assim a integração da norma não é o método adequado para suprir as omissões constitucionais, pois estaria desrespeitando a hierarquia das normas.

Sendo assim, o judiciário é obrigado a agir e utiliza-se do ativismo judicial para instigar os demais poderes, atuando por conta própria para garantir os Direitos Constitucionais e suprir as omissões legislativas, entretanto, quanto mais atua, mais é criticado.

O poder legislativo, acompanhado pelo poder da mídia, que nem sempre é neutra e imparcial, acabam manipulando a sociedade e criticam o judiciário quando age de forma ativa, na tentativa de fazer concretizar os direitos fundamentais e as igualdades materiais, portanto a atuação ativa, forte e invasiva do judiciário está relacionada à omissão dos demais poderes e/ou para preservar os direitos fundamentais.

Essa manipulação por parte da mídia e o poder legislativo ocorre, por vezes, pela ignorância do termo ou pelo fato da decisão ter ido contra os ideais de certo grupo ou pessoa.

[...] o ativismo judicial caracteriza-se por uma atuação jurisdicional forte, invasiva de domínios decisórios em geral pertencentes a outras esferas de poder, manifestando-se mais facilmente nos casos de omissão e de vazios de poder, mas não apenas neles. Reconhecida como postura proativa, não pode ser associada a uma específica perspectiva ideológica (CLÈVE, 2014, p. 112).

No passado, o Poder Judiciário brasileiro não se valia da jurisdição constitucional, pecava mais pela omissão do que pelo excesso, contudo não havia dificuldade real em relação ao poder contramajoritário, mas o cenário veio mudando e o judiciário começou a exercer mais o controle de constitucionalidade.

O exercício do poder contramajoritário está ligado ao fato dos juízes mesmo sem serem eleitos, poderem avaliar as decisões adotadas pelo legislador que foram escolhidos pelo povo, quando se trata de normas constitucionais de caráter aberto, passíveis de compreensão divergentes entre a sociedade.

O papel contramajoritário se manifesta, sobretudo, quando tenha havido uma determinada atuação do Legislativo ou do Executivo e o Judiciário vem a invalidá-la. Por exemplo: uma lei é editada e o STF a declara inconstitucional; ou, existindo uma política pública conduzida pela Administração em relação a determinada matéria, o tribunal determina sua modificação ou uma política alternativa (CAMPOS, 2014, p. 20).

O problema do controle de constitucionalidade não está ligado à rejeição ou adoção da prática, pois isso o constituinte originário já deixou bem claro quando adotou o instituto, o problema está relacionado em como o judiciário deve utilizá-lo, de forma mais ousada e ativista ou moderada e deferente às decisões tomadas pelos poderes políticos.

O cerne da temática está relacionado às possibilidades de colisão entre as normas constitucionais, pelo fato da grande maioria ser de interpretação aberta.

O controle de constitucionalidade é um instituto de grande poder, a França o rechaçou por muito tempo com medo do governo se tornar um governo de juízes, eles preferiam depositar a confiança no Parlamento, já que eram eleitos através do princípio democrático, os juízes daquela época eram vistos como corruptos, feitos esses, oriundos do período anterior à Revolução Francesa, o povo acreditava que o legislador era virtuoso e não lesaria o direito da coletividade, portanto estaria concretizando a vontade geral ou da nação.

É plausível o povo ter depositado tanta confiança no Legislativo, naquela época eles teriam acabado de sair de uma monarquia, a lei havia ganhado um novo sentido e estava atrelada à democracia.

As críticas da jurisdição constitucional são oriundas de ideologias e oscilam de acordo com os posicionamentos políticos dos tribunais, mais uma vez é possível perceber que o problema não são os institutos, mas sim os interesses políticos dos membros que integram o poder.

O que importa é o controle do poder ou quem ele irá beneficiar, ou seja, se for a favor dos ideais, então há apoio e a prática é aceitável, entretanto, se for contra, logo é abusivo e inaceitável, isso ficou latente no caso *Dred Scottem* relação ao ativismo judicial, e agora os autores Souza Neto e Sarmento reforçam a ideia no que tange ao controle de constitucionalidade:

[...]Nos Estados Unidos, esta dinâmica é facilmente perceptível. Nas primeiras décadas do século passado, quando a Suprema Corte adotava posição política conservadora, limitando seriamente a possibilidade de o Estado atuar no mercado e na sociedade em favor dos interesses dos grupos mais fracos, a crítica era capitaneada por juristas e políticos situados à esquerda do espectro político, que defendiam a autocontenção judicial. Quando, após a década de 1950, o ativismo jurisdicional voltou-se à defesa de direitos fundamentais de minorias, como os negros e presos, e à tutela de liberdades não econômicas, acritica passa a ser esboçada a partir da direita, com os originalistas [...] (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 22).

Na teoria constitucional existem aqueles que defendem a dificuldade do exercício do poder contramajoritário do controle de constitucionalidade, negando que o judiciário atue contra à vontade da maioria, quando exerce o controle de constitucionalidade.

Nota-se que, por vezes, o judiciário julga em sintonia com a opinião pública, mas nem sempre essa opinião é bem representada pelos membros do legislativo, pois na contemporaneidade existe mais a prática da defesa dos interesses do partido ou grupos do que da população, por esta razão o judiciário se tornou mais ativo no controle da constitucionalidade dos atos praticados pelos demais poderes, uma vez que incumbe a ele guardar os preceitos constitucionais.

[...] No cenário brasileiro, este argumento impressiona, haja vista a ampla crise da nossa democracia representativa, que se reflete em frequentes pesquisas de opinião, nas quais nossa população brasileira afirma não confiar no Poder Legislativo e nos partidos(SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 23).

Existe um argumento recorrente que diz respeito à democratização da jurisdição, o qual teria findado com a dificuldade contramajoritária, onde a jurisdição constitucional do Brasil teria aberto a participação democrática dos civis, quando ampliou o rol de legitimados para propor ações diretas.

Houve também a incorporação do *amicuscuria*no processo constitucional, auxiliando o controle de constitucionalidade através da democratização do acesso, dessa forma aumentaram o número de vozes presentes nos debates constitucionais situados no judiciário.

Souza Neto e Sarmento, ao discorrerem sobre a participação popular nas cortes, afirmam

teria tornado a nossa jurisdição constitucional uma instância de “representação argumentativa” da sociedade brasileira, supostamente superior à própria representação político-eleitoral (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 23).

Outro entendimento seria que a mera vontade da maioria não equivale à democracia, pois corresponde a um ideal político mais profundo e complexo, pelo fato de envolver direitos fundamentais e valores democráticos.

Sem dúvidas a vontade majoritária do povo muitas vezes apoia as decisões proferidas pelo judiciário no controle de constitucionalidade, quando não se veem representados em atos normativos ou pela omissão por parte do legislativo.

É nítido que o processo constitucional no Brasil vem se aproximando mais da sociedade, a democracia não se limita ao princípio majoritário, porque há necessidade de respeitar os direitos básicos, visando à isonomia na participação da população na esfera pública e política.

A relação entre a participação do povo na jurisdição constitucional necessita de uma sinergia para o adequado uso do controle de constitucionalidade, dessa maneira, estaria protegendo o bom funcionamento da democracia, mantendo assim um balanço entre direitos fundamentais e o jogo político.

Essa sinergia é comprovada nos países em momento de democratização ou a redemocratização, onde a jurisdição constitucional se fortalecia. Tal feito não seria possível num cenário autoritário.

Analisando a história, verifica-se que a democracia e o controle de constitucionalidade mesmo não sendo pressuposto um do outro, quase sempre nascem juntos.

A imposição de limites à vontade e decisão da maioria se justificam em nome da democracia, contudo o excesso pode caracterizar-se como antidemocrático, pois estaria cerceando a possibilidade de autogoverno do povo, “em outras palavras, a dificuldade democrática pode não vir do remédio — o controle judicial de constitucionalidade — mas da sua dosagem” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 23).

Quando a jurisdição constitucional é utilizada como última palavra sobre assuntos constitucionais, e começa a ser utilizada como mecanismo central para equacionar os conflitos morais, políticos e sociais de grande relevância na

sociedade, começaram a surgir os problemas, assim como expostos antes, o poder não pode ser concentrado demais na mão de um só ente, sendo assim é preciso dosá-lo.

3.1 Consequências e críticas do ativismo no ordenamento jurídico brasileiro

O Brasil adotou como sistema jurídico a *civil law*, logo o judiciário precisa agir dentro dos limites da norma, já que há a evidente separação dos poderes, entretanto no sistema brasileiro houve a adoção de alguns institutos do *common law*, tal como os precedentes judiciais, sem contar que há também o controle de constitucionalidade que é por onde o ativismo judicial se manifesta com mais força no Brasil, dentre outros.

Foi dada à Suprema Corte, através da Emenda Constitucional nº 45, o poder de editar súmulas vinculantes, observe que o poder é legítimo, pois foi através da própria Constituição que o Supremo Tribunal Federal ganhou tal poder, que foi devidamente introduzido no artigo 103-A na Constituição Federal.

Logo, a mesma fonte que garante a inafastabilidade da jurisdição, também garantiu a aprovação de súmulas para regulamentar as decisões reiteradas de matéria constitucional que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, em todas suas esferas, estadual, municipal e federal.

A consequência da adoção dos referidos institutos é que o ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro está latente e possui legitimidade, o próprio legislativo exercendo sua função precípua editou a norma que dá esse poder ao judiciário.

Assim, o grande problema não são os institutos criados, mas sim, os que o utilizam, e os que criticam sem realmente saber o real significado da palavra, quando por muitas vezes encontram-se indignados por alguns abusos praticados ou omissões na concretização dos direitos.

No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos erga omnes e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem

a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo (Moraes, 2020, p. 834).

Como já demonstrado, o ativismo judicial é um instituto de grande poder, dessa forma precisa ser utilizado com sabedoria, cautela e auto-restrição, evitando-se, assim, o uso corriqueiro do instituto.

O problema é que o poder tende a corromper as pessoas, que por muitas vezes buscam satisfazer os próprios interesses, quando isso acontece o instituto acaba perdendo seu real significado e modificando o motivo pelo qual foi criado e perdendo credibilidade.

Com o descrédito do legislativo pela perda de confiança do povo, despertou o judiciário, que se viu obrigado a interferir mais nas decisões políticas, dessa forma utiliza-se do controle de constitucionalidade para frear os abusos e reprimir a inércia dos demais poderes, a consequência disso são as críticas e a forte pressão por parte dos membros do legislativo.

Vale ressaltar que o legislativo é o poder legítimo para confeccionar as leis, contudo abusou do poder e começou a utilizar sua prerrogativa para satisfazer interesses dos membros, o judiciário não diferente abusou de suas prerrogativas.

No início, o poder judiciário trabalhava com mais auto-restrição, agora alguns de seus membros utilizam-se dos institutos para satisfazer interesses particulares.

No Brasil esses problemas por muitas vezes estão relacionados com manobras políticas, cada indivíduo pensa diferente, isso é inevitável, as pessoas defendem seus pontos de vistas e lutam pelo o que acham certo, o problema nasce quando começam a se valer de institutos criados com boas intenções e finalidades idôneas para satisfazerem suas próprias pretensões, Carlos Alexandre de Azevedo Campos retrata essa realidade com veemência:

Conservadores e liberais divergem sobre o grau de intervenção do Estado na economia, federalismo, aborto, direitos dos gays, ações afirmativas raciais, pena de morte, financiamento de campanhas eleitorais, etc. Mas o desenvolvimento judicial dessas controvérsias mostra um ponto comum: ambos são dispostos a utilizar o ativismo judicial para avançar suas agendas político-ideológicas e são igualmente dispostos a atacar juízes e cortes quando não é a sua agenda que está sendo posta em prática (CAMPOS, 2014, p. 60).

É compreensível a crítica do ativismo judicial no Brasil, as pessoas desconhecem o real significado do instituto, os detentores do poder se utilizam da judicialização da política e dizem que é ativismo, e a mídia tradicional simplesmente

reduplica tudo o que é dito e passam para o povo, que por sua vez não detém conhecimento jurídico suficiente, além do fato de não disporem de tempo ao estudo do tema.

A consequência disso é apontada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos quando afirma que o debate sobre ativismo é sem fim “[...] e também como fatos e circunstâncias políticas podem influenciar a direção das decisões ativistas” (CAMPOS, 2014, p. 60).

A Jurisdição Constitucional possui consequências negativas na esfera normativa como também no plano descritivo, os doutrinadores Souza Neto e Sarmiento (2012) trazem essa ideia de que no prisma descritivo o fenômeno constitucional transmite uma ideia muito parcial pelo fato de não ser compreendido em todas suas nuances e riquezas, porque apenas a ação de um agente, dentre vários outros importantes é enfatizado, quando da concretização constitucional.

Os doutrinadores também trouxeram a ideia no prisma normativo e expõe como é difícil a discussão contramajoritária, pois há um desbalanceamento político, criticam tanto a sociedade como os poderes, os conflitos de interesse e a inflamação dos institutos criados quando demasiadamente utilizados.

[...] Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de presumidos sábios, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada. E se não é correto, no debate sob a legitimidade da jurisdição constitucional, idealizar o Legislativo como encarnação da vontade geral do povo, tampouco se deve cometer o mesmo erro em relação ao Judiciário, supondo que os juízes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupados apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 24).

Diante de todo esse contexto e por se tratar de poder, a teoria da separação dos poderes de Montesquieu deveria ser utilizada em toda a estrutura dos poderes, ou seja, sabemos que os poderes são independentes e harmônicos entre si, logo todos os institutos utilizados por esses poderes deveriam ser harmônicos entre si, para haver mais controle, uso adequado, evitando-se assim abusos, omissões e perda de credibilidade.

3.2 Manifestação do ativismo judicial no Brasil

O judiciário brasileiro vem se fortalecendo principalmente após a Constituição Federal de 1988, ganhando muitos institutos de natureza constitucional que lhe proporciona a prerrogativa de concretizar direitos e instigar os demais poderes quando forem omissos. Muitos têm medo da ascensão de poder do Judiciário, pois o uso excessivo de determinado instituto pode gerar consequências negativas.

Por outro lado, não se pode ignorar a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello, ao recordar que as “práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade” (MORAES, 2020, p. 835).

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, artigo 102. O constituinte originário concedeu muitas prerrogativas e obrigações ao poder judiciário, inclusive criando mecanismos constitucionais, desta forma a passividade judicial e o respeito aos freios e contrapesos é essencial.

Entretanto, como explana MORAES (2020), há a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial necessita balizar o excessivo subjetivismo, realizando uma análise crítica da opção tomada, através de técnicas de autocontenção judicial, afastando a aplicação do ativismo em questões estritamente políticas.

Todos os poderes, embora independentes e harmônicos entre si, possuem o dever de cumprir com suas prerrogativas, pois na omissão de um, exige-se que o outro intervenha.

No Brasil, o cenário é a omissão do legislativo e executivo, com a atuação excessiva do judiciário em regulamentar ou concretizar direitos, logo o judiciário sofre críticas por estar atuando excessivamente, inclusive em questões políticas e muitas vezes extrapolando a esfera de poder, Arthur Schlesinger Jr. (*Apud* CAMPOS, 2014, p. 43), deixa isso bem claro.

[...] Schlesinger entregou outra importante lição: quanto mais uma corte se apresenta como instituição vital ao país e à sociedade, mais ela e seus juízes deverão sujeitar-se ao julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator das decisões tomadas. [...].

A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças extraordinárias no direito constitucional brasileiro e nas relações entre Estado e os cidadãos, como também no papel político institucional do Supremo Tribunal Federal.

Duas grandes marcas surgiram com a ampliação do rol de direitos fundamentais e sociais e a expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional e dos poderes decisórios do Supremo.

A Constituição outorgou à Corte também inúmeros instrumentos decisórios e competências, dando início a um contínuo e amplo processo de concentração de poder de decisão em sua jurisdição(CAMPOS, 2014).

O Supremo Tribunal Federal foi declarado expressamente o guardião da Constituição (artigo 102, caput), dotado de amplo catálogo de competências originárias: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI) (artigo 102, inciso I, alínea a), inclusive com pedido liminar (artigo 102, inciso I, alínea p), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (artigo 102, § 2º), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (artigo 102, parágrafo único), a atribuição de status de ação constitucional à reclamação para a preservação da competência da Corte e garantia da autoridade de suas decisões (artigo 102, inciso I, alínea l), o mandado de injunção em face de omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 5º, inciso LXXI), habeas corpus (artigo 102, inciso I, alínea i), mandados de segurança e habeas data contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (artigo 102, inciso I, alínea d). O controle difuso foi mantido (artigo 102, inciso III, alíneas a, b e c). (CAMPOS, 2014, p. 232)

O ativismo judicial manifesta-se mais latente no ordenamento jurídico brasileiro por dois fatores, o primeiro seria que o rol de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade aumentou, “além da ampliação dos poderes decisórios de controle de constitucionalidade, inclusive em face das omissões legislativas ilícitas” (CAMPOS, 2014, p. 232).

Outro instrumento constitucional que instiga o poder judiciário a prestar a tutela jurisdicional através de uma decisão ativista é o mandado de injunção, que tem como fundamento “a falta de norma regulamentadora que torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”, artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988.

Tal instrumento quando utilizado gera uma decisão ativista, pois garante direitos constitucionais não regulamentados pelo poder legislativo, e pela omissão

da confecção de norma regulamentadora acaba acarretando prejuízos aos cidadãos, assim surge a teoria concretista dos direitos fundamentais.

Ocorre, porém, que em virtude da inércia do legislador em colmatar as lacunas constitucionais, após 20 anos do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento e adotando claro ativismo judicial passou a adotar a posição concretista, tanto geral, quanto individual (MORAES, 2020, p. 205).

Por se tratar de uma omissão por parte do legislativo, o mandado de injunção se assemelha à ação direta de inconstitucionalidade, entretanto a ação injuncional só poderá ser utilizada na falta de regulamentação de norma constitucional e não para compelir o poder legislativo.

Não é qualquer omissão do Poder Público, são aquelas relacionadas às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e que possui caráter impositivo, como também as normas programáticas que estão vinculadas ao princípio da legalidade, que necessitam de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade (MORAES, 2020).

Pelos instrumentos introduzidos no ordenamento jurídico pátrio que legitimam a atuação do judiciário na concretização dos direitos fundamentais e a ampliação desses direitos, o aumento do rol de legitimados para propor ação de inconstitucionalidade, aliado à omissão do poder público, que o poder judiciário após 1988 começou a se manifestar mais com suas decisões ativistas, não só para concretizar direitos, mas também para garantir a máxima efetividade em sua concretização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada, infere-se de todo o contexto que o ativismo judicial é um instituto de grande valia, a necessidade de conhecer o criador do termo e o real motivo pelo qual deve ser utilizado é imprescindível para compreender a idoneidade e a aplicação na prática.

Todos os institutos trazidos no presente trabalho são válidos, entretanto o modo como são utilizados e quem utiliza que gera desconfiança, pois existem algumas pessoas inseridas no poder, seja pela democracia, seja por concurso, que buscam um jeito de manipulá-los para satisfazer interesses políticos de determinado

grupo ou pessoa, dessa forma acabam por abusar ou distorcer a finalidade pelo qual os institutos foram criados.

O ativismo judicial é positivo para manter um balanço entre confecção da norma e a constitucionalidade dela, como também, na omissão do legislador, é necessário para concretizar direitos fundamentais, contudo quando demasiado utilizado e sem a auto restrição por parte do judiciário, acaba gerando descrédito e abusos.

Assim, cabe aos detentores do poder utilizar de maneira sábia e ponderada o ativismo judicial e os demais institutos, desta forma, estarão concretizando direitos, cumprindo com o dever imposto pela Lei Maior e mantendo a idoneidade e credibilidade do instituto. O povo voltará a ter mais confiança e a dignidade da nação será preservada.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>; Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>; Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>; Acesso em: 25 mar. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FILHO, Roberto Lyra. **O que é Direito**. 11 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA NETO, C. P. De; SARMENTO, D. **Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.