

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPI
BACHARELADO EM DIREITO

SAMUEL SANTOS SARAIVA
ANTÔNIO RIBEIRO DOS SANTOS

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

TERESINA

2023

SAMUEL SANTOS SARAIVA
ANTÔNIO RIBEIRO DOS SANTOS

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Artigo de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a Dra. Marília Martins Soares de Andrade

TERESINA

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

S243a Saraiva, Samuel Santos.

Ativismo Judicial e judicialização da política. Samuel Santos Saraiva, Antônio Ribeiro dos Santos – Teresina: UNINOVAFAPI, 2023.

Orientador (a): Profa. Dra Marília Martins Soares de Andrade. UNINOVAFAPI, 2023.

27. p.; il. 23cm.

Artigo (Graduação em Direito) – UNINOVAFAPI, Teresina, 2023.

1. Ativismo judicial. 2. Judicialização da política. 3. Direito constitucional. 4. Poder judiciário. 5. Aspecto criativo das decisões judiciais. I.Título. II Santos, Antônio Ribeiro dos. III. Andrade, Marília Martins Soares de.

CDD 341.256

SAMUEL SANTOS SARAIVA
ANTÔNIO RIBEIRO DOS SANTOS

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Artigo de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data de Aprovação: 20 / 11 / 2023

BANCA EXAMINADORA



Prof.^a Dra. Marília Martins Soares de Andrade
Centro Universitário – UNINOVAFAPI
(Orientador)



Prof.^a Dra. Diná da Rocha Lourdes Ferraz
Centro Universitário – UNINOVAFAPI
(1º Examinador)



Prof.^a Ma. Cinthia Ayres Holanda
Centro Universitário – UNINOVAFAPI
(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus em primeiro lugar, que sempre me conduziu em momentos de adversidades e quando achei que não iria conseguir. Obrigado Deus! Aos meus pais, Maria Joana Santos Saraiva, e em memória, Raimundo Másculo Saraiva da Silva, pois nunca desistiram de mim. Aos meus irmãos, Renan Santos Saraiva, Quezia Santos Saraiva e Alice Santos Saraiva. Aos meus queridos avós, em memória, Depoliciana Bezerra dos Santos, Cassimiro Lima, Zezinho Saraiva e Alice Cardoso Saraiva. Aos meus queridos tios Margarida Sousa Santos, Sebastiana Leal, Norberto Germano Saraiva, Felismina Saraiva e, principalmente, em memória, minha tia Maria dos Santos Sousa (Baçanto), que sempre me tratou como filho em vida. Por fim, à minha querida professora orientadora, Dra. Marília Martins Soares de Andrade, pela paciência ao cumprir com dedicação o seu dever.

Samuel Santos Saraiva

Agradeço a Deus em primeiro lugar, uma vez que, sem sombra de dúvidas, sem ele eu não lograria êxito nessa árdua jornada acadêmica. Agradeço às minhas princesas Maria Ivanilda e Isabella Valentina, e à minha orientadora Doutora Marília Martins Soares de Andrade, pelo apoio nessa jornada.

Antônio Ribeiro Dos Santos

RESUMO

Este trabalho versa sobre a prática da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil, onde se abordou desde a origem da separação dos três poderes adotadas pela Constituição Federal de 1988, até os casos práticos que foram analisados, em que se buscou definir o papel que o Poder Judiciário tem desempenhado, atravessando desde a interpretação criativa dos juizes, as mutações constitucionais, até a interferência do Judiciário na esfera dos outros poderes. O trabalho fundamentou-se em pesquisas bibliográficas, utilizando de uma abordagem dedutiva, em que foi realizado consultas em livros, artigos e textos online que abordam o tema. Dos estudos realizados, buscou-se resolver a problemática instaurada no ativismo judicial, desde a sua necessidade, propondo também maior rigor às práticas do Judiciário no proferimento de suas decisões e o resguardo aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Palavras chave: Ativismo Judicial; Judicialização da Política; Direito Constitucional; Poder Judiciário; Aspecto Criativo das Decisões Judiciais.

ABSTRACT

This work deals with the practice of judicialization of politics and judicial activism in Brazil, which covered everything from the origin of the separation of the three powers adopted by the Federal Constitution of 1988, to the practical cases that were analyzed, in which we sought to define the role that the Judiciary has performed, ranging from the creative interpretation of judges, constitutional mutations, to the interference of the Judiciary in the sphere of other powers. The work was based on bibliographic research, using a deductive approach, in which consultations were carried out in books, articles and online texts that address the topic. From the studies carried out, we sought to resolve the problem created by judicial activism, since its necessity, also proposing greater rigor in the practices of the Judiciary in the delivery of its decisions and the protection of the fundamental rights of citizens.

Keywords: Judicial Activism; Judicialization of Politics; Constitutional Law; Judiciary Power; Creative Aspect of Judicial Decisions

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por tema a judicialização da política e o ativismo judicial, com o objetivo de analisar a transformação e o papel do Poder Judiciário nas últimas décadas, bem como analisar os fenômenos que são temas do artigo, esclarecer sobre fenômenos ligados à prática judicial, como interpretação criativa dos juízes, hermenêutica jurídica, mutação constitucional etc.

Para esse fim, o trabalho foi desenvolvido em sete itens, no qual se utilizou da metodologia de revisão bibliográfica e documental. No primeiro tópico, foi trazido a origem da teoria tripartite de divisão do poder do Estado, bem como se deu sua agregação no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo tópico, esclareceu-se mais sobre a teoria tripartite, trazendo sua divisão nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; as funções típicas e atípicas de cada poder e o funcionamento do sistema de freios e contrapesos.

No terceiro tópico, foram trazidos os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, a origem do ativismo judicial e a diferenciação entre esses termos. Em continuidade no tópico quatro, explanou-se sobre a hermenêutica jurídica e o aspecto criativo das decisões judiciais, bem como sua relação com o tema deste artigo.

No tópico cinco, foram analisados casos de ativismo judicial no Brasil, observando aspectos positivos e negativos, chegando em fim às considerações finais.

O Poder Judiciário passou por muitas transformações nas últimas décadas. Essas mudanças atribuíram-se ao fato de que as Constituições das nações democráticas passaram a ter maior força normativa, aplicando-se diretamente na resolução dos conflitos da sociedade, com o fortalecimento dos direitos fundamentais princípios gerais do direito, revestidos de grande alcance e amplitude semântica.

Assim, com o judiciário ganhando cada vez mais espaço e participação, começa-se a perceber um desequilíbrio entre os poderes do Estado, levantando questões sobre a atuação desse poder nas esferas administrativas e legislativas. O Supremo Tribunal Federal, órgão da cúpula do judiciário, vem cada vez mais expandindo seus poderes normativos em face dos demais poderes, tratando de temas políticos e moralmente controversos, ao lado de muitas questões de menor relevância.

Em suas fundamentações, percebe-se uma troca progressiva do positivismo formalista para a adoção de uma metodologia mais criativa e orientada a valores e princípios gerais, com decisões que repercutem sobre todo o sistema político e em toda a sociedade, de modo que este

artigo tratou de elucidar e mesurar a questão do ativismo judicial e da judicialização da política, com o propósito de identificar seu desenvolvimento, suas formas de manifestação, seus aspectos positivos e negativos, concluindo ao final se são fenômenos que devem ser incentivados ou desencorajados.

1 A DIVISÃO DO PODER DO ESTADO E O SURGIMENTO DA TEORIA TRIPARTITE

O Estado Brasileiro se divide em três poderes independentes e harmônicos entre si. São eles: Executivo, Legislativo e Judiciário. Mas como surgiu essa divisão?

Desde a antiguidade, muitos estudiosos, pensadores e filósofos discutem questões sobre a Política e sua organização. O objetivo de pensar em uma divisão do poder no campo político são os malefícios de se ter esse poder concentrado nas mãos de um pequeno grupo ou até mesmo em um único indivíduo, o que a história nos mostra ter dado terrivelmente errado. Vejamos então como chegamos ao atual modelo de desconcentração desse poder.

1.1 A origem do Poder

Poder é uma palavra que vem do latim, e tem a mesma raiz que a palavra potência, em que ambas remetem à capacidade de fazer ou empreender algo. Com o passar do tempo, poder também passou a significar a capacidade de impor, de mandar e de submeter os outros à própria vontade daquele que o detém.

O poder de governar foi instituído pelos homens desde épocas remotas. De acordo com Aristóteles, o poder político surge a partir da necessidade dos homens de viver em comunidade. Para Silva (2005, p. 106), o poder é:

Um fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins.

O poder tornou-se objeto central do pensamento político no movimento renascentista, mas, antes disso, ele já era discutido na obra política dos autores clássicos. No entanto, é

somente a partir do século XVII que as relações de poder passam a ser amplamente discutidas, em meio à crise e início do declínio do antigo regime das monarquias absolutistas.

Com isso, tem-se que o exercício do poder só existe dentro de uma organização social, sendo necessário justificar esse poder através de Leis e do próprio Direito. De acordo com Ferreira Filho (2007, p. 133) “Não há, nem pode haver, Estado sem poder. Este é o princípio unificador da ordem jurídica e, como tal, evidentemente, é uno.”

De acordo com o autor supra, esse poder é uno. Contudo, não necessariamente precisa estar concentrado. Há muito tempo já se discute, como se verá mais adiante, como deve ser a forma de distribuição desse poder, e os perigos de ser concentrado nas mãos de uma pessoa ou um grupo.

Tomando-se como exemplo histórico, pode-se trazer o caso das monarquias absolutistas, em que os reis detinham um poder quase absoluto (daí o nome do regime), e justificavam seu poder no direito divino de governar, onde podiam fazer o que bem entendessem, de forma totalmente arbitrária, submetendo a sociedade aos seus caprichos.

A partir do século XVII, as relações de poder passam a ser amplamente discutidas em meio ao início do declínio do regime absolutista. Nessa esteira, diversos pensadores trouxeram teorias sobre a separação dos poderes do Estado, com o objetivo de limitar o poder do homem, impedindo seu uso indiscriminadamente, como meio de evitar o abuso de poder e a tirania, tentando minimizar a grande desproporção e desigualdade na relação entre os que estão no poder e os seus governados.

Imaginava-se então uma forma na qual um poder fosse limitado por outro poder, evitando-se uma autoridade acima das demais, ou demasiado poderosa, sem freios ou qualquer forma de contenção.

1.2 A separação dos poderes por Montesquieu

Desses pensadores, foi o Barão de Brède e de Montesquieu (1689-1755) o responsável por trazer a desconcentração do poder centralizado na figura da tripartição dos poderes.

Montesquieu foi um político, filósofo e escritor francês nascido no século XVII, de origem nobre. Sua obra de maior impacto, *O Espírito das Leis* (1748), influenciou a formação dos Estados modernos liberais e a sua forma de governá-los. Sua teoria serviu de inspiração para as constituições de diversos países.

Montesquieu trouxe a teoria tripartite, que consiste em atribuir ao Estado três esferas de poder, quais sejam o Legislativo, para elaborar as leis; o Executivo, para cuidar da

administração do Estado e finalmente o Judiciário, com a prerrogativa de punir os crimes e julgar os dissídios de ordem civil.

Montesquieu (2000, p. 75) justifica suas ideias trazendo que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Sobre o tema, nas palavras de Ferreira Filho (*Op. Cit.*, p. 135), temos que:

A ‘Separação de Poderes’, como se indicou acima, pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional. Essa classificação que é devida a Montesquieu encontra, porém, antecedentes na obra de Aristóteles e Locke.

Deste modo, a desconcentração do poder procura estabelecer uma relação de equidade, onde nenhum poder faça de si mesmo maior ou absoluto dentro das relações entre os membros da sociedade.

Assim, preleciona Alexandre de Moraes:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade; foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2 de nossa Constituição Federal.

Diferentemente de Locke, Montesquieu idealizou o Judiciário como um terceiro poder, enquanto Locke o imaginava como ramo do poder Executivo, entendendo que se um juiz, que é quem exerce o Poder Judiciário, pudesse exercer também o Poder Legislativo, o poder exercido seria arbitrário, e se unisse o Poder Judiciário ao Executivo, como propôs Locke, o juiz poderia se tornar um opressor.

Assim, Montesquieu entendeu que o poder executivo deveria ser atribuído a uma só pessoa, normalmente a um monarca, por ser uma posição na qual se precisa de tomadas de decisões mais rápidas. Por outro lado, o Poder Legislativo seria bem mais exercido por mais pessoas, e deveria ser sempre exercido pelo povo, por meio de representantes escolhidos por este.

1.3 A separação dos Poderes no Brasil

No Brasil, a separação dos poderes sempre foi um princípio fundamental no ordenamento jurídico, já previsto na Carta Imperial de 1824, com a diferença de haver um quarto poder na época, chamado de Poder Moderador, que dava ao imperador poder acima dos demais, desconfigurando e acabando com a eficácia da separação dos poderes.

Tanto o poder executivo quanto o poder moderador ficavam acumulados nas mãos do imperador, sob o pretexto de resguardar a independência, harmonia e equilíbrio dos demais poderes políticos, entretanto, o que se via era exatamente o contrário, quer dizer, um total desequilíbrio na relação dos poderes, com concentração do poder nas mãos do Imperador.

Foi em 1891, com a promulgação da primeira “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, que se deixou de lado a monarquia e estabeleceu-se o modelo tripartite de fato.

A segunda Constituição Federal foi promulgada em 1934 e acompanhou a anterior, predispondo também os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

Na terceira constituição outorgada já em 1937, na chamada Era Vargas, sob a égide ditatorial de Getúlio Vargas, não há menção acerca das divisões das funções do Estado, estabelecendo tão somente suas respectivas competências.

Assim, com a retomada da democracia e a promulgação de uma nova Constituição em 1946, volta-se novamente a se definir a tripartição dos poderes. Em 1964, inicia-se novamente uma ditadura militar, mantendo, contudo, o modelo da tripartição dos poderes na nova Constituição de 1967.

Com o fim da ditadura em 1985, chegamos finalmente na atual Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, considerada a mais democrática de todas as Constituições, e que adotou, logo em seu artigo segundo, a teoria tripartite de poder, bem como o seu sistema de freios e contrapesos “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (CRFB, 1988)

O artigo 2º da Constituição Federal segue os seguintes princípios: Harmonia, significando que os três Poderes devem ter uma convivência harmônica, ou seja, um deve respeitar o outro; Independência, significando que um Poder não é subordinado ao outro; e a Indelegabilidade, princípio este implícito no artigo 2º, significando que um poder não pode delegar sua função a outro, o que ocorre via de regra.

Com respeito à independência dos poderes, nas palavras de Silva (*Op. Cit.*, 110):

A independência dos poderes significa:

(a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros;

(b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização;

(c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que ao Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juizes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96, e 99).

Ainda de acordo com o autor Silva (*Op. Cit.*, 110), sobre o princípio da harmonia entre os poderes:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

O princípio da separação dos poderes é considerado ainda uma cláusula pétrea no ordenamento jurídico, vide artigo 60 da Constituição, (CRFB, 1988):

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

Deste modo, a tripartição dos poderes assume tamanha importância que não pode ser objeto de emenda constitucional a fim de alterá-la, evidenciando o cuidado que o legislador constituinte originário teve ao estabelecer este regramento, sendo os poderes da república (Legislativo, Executivo e Judiciário) exercidos em seu caráter de soberania, criando ainda mecanismos de controle recíproco, sempre como meio de garantia do Estado Democrático de Direito.

2 PODERES DO ESTADO: EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

As funções de cada poder foram estabelecidas pelo legislador constituinte originário, que as distribuiu de forma que cada um dos poderes tivesse características predominantes concernentes à sua esfera de atuação, mas sem estabelecer, contudo, exclusividade absoluta no exercício dessas funções.

Assim, cada Poder possui suas chamadas “funções típicas” e “funções atípicas”. As funções típicas são aquelas que caracterizam e distinguem cada Poder. Em contrapartida, exercem função atípica quando pratica atos que não pertencem às suas funções, ou seja, diferente dos atos que normalmente praticam. São exceções que estão, contudo, previstas na Lei. Para exemplificar, o Poder Executivo exerce funções atípicas quando legisla ou julga; o Legislativo, quando administra ou julga; e o Judiciário, sempre que administra ou legisla. O exercício de funções atípicas por cada Poder deve respeitar, sempre, o que está disposto na Constituição.

Segue-se para uma análise mais aprofundada das funções de cada Poder.

2.1 Poder Executivo

O Poder Executivo é o responsável pela administração do Estado. Esse poder é representado por aqueles que têm funções governamentais e administrativas. São eles: o presidente da república a nível federal, os governadores a nível estadual e os prefeitos a nível municipal.

Existe ainda a figura dos ministros, que auxiliam o presidente, os secretários estaduais, que auxiliam os governadores, e os secretários municipais, que auxiliam os prefeitos. Os cargos do Executivo têm duração de quatro anos, com possibilidade de reeleição por outros quatro anos.

A função típica do Poder Executivo é administrativa, isto é, a função de execução de políticas públicas, fomento, gerenciamento e desenvolvimento da máquina administrativa.

No exercício de suas funções atípicas, o Executivo legisla por meio de medida provisória (vide art. 62º CFRB) e por meio de decreto (art. 84º, inciso VI, a e b, CRFB), podendo também julgar, excepcionalmente, as sindicâncias administrativas abertas para apurar eventuais infrações por parte de seus servidores.

Existe a possibilidade de o Executivo vetar os projetos propostos pelo Legislativo, que são obrigados, por força do *caput* do art. 66 da Constituição, e enviá-los à análise do Presidente da República, tendo este ainda o poder de vetar os projetos que considere inconstitucionais em explícita demonstração do sistema de freios e contrapesos.

O Executivo também pode exercer controle sobre o Poder Judiciário, com fundamento no artigo 84, inciso XII da Constituição Federal, através do chamado indulto presidencial, que pode liberar um apenado, seguindo na contramão daquilo que foi decidido pelo julgamento do Poder Judiciário.

2.2 Poder Legislativo

O Poder Legislativo é responsável pela elaboração das leis no País, sendo essa sua função típica e principal. Além disso, exerce outras tarefas constitucionais, tais quais: a apresentação pública de assuntos de interesse dos cidadãos, o debate sobre essas reivindicações e a fiscalização política dos atos do Poder Executivo.

Quanto à fiscalização do trabalho do Poder Executivo, os deputados federais e senadores fiscalizam o trabalho do presidente, deputados distritais e estaduais fiscalizam o trabalho dos governadores e vereadores fiscalizam o trabalho dos prefeitos.

Para tanto, eles podem denunciar gastos irregulares, convocar os representantes do Executivo e seus ministros ou secretários para prestar esclarecimentos, podem solicitar a

abertura de uma investigação e realizá-la por meio da Comissão Parlamentar de Inquérito, as famosas CPIs, e também podem solicitar a destituição dos membros do Executivo, caso constatem uma ação inadequada, por meio de impeachment.

Os projetos de lei que são aprovados pelo Legislativo são encaminhados para o Executivo para serem sancionados ou vetados, atendendo ao sistema de freios e contrapesos. Os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional ainda devem ser aprovados nas duas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) antes de serem encaminhados para o Executivo.

Como função atípica de natureza executiva, o Poder Legislativo realiza sua própria administração/organização, preenchimento de seus cargos (os não eletivos), concessão de férias, licenças dentre outras funções dos seus funcionários, de forma independente do Poder Executivo, conforme dispõe a Constituição em seu artigo 51, inciso IV.

Outra função atípica do Poder Legislativo é a de julgar, através do Senado Federal e por expressa disposição constitucional, o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, conforme artigo 52, inciso I da CRFB de 1988.

2.3 Poder Judiciário

O Poder Judiciário é o responsável por garantir a proteção dos direitos dos cidadãos, por resolver os conflitos e por interpretar e executar as Leis no país. Atua assim como o mediador para a resolução dos conflitos entre os cidadãos e entre os cidadãos e o Estado, julgando também aqueles que infringem a Lei. A decisão da Justiça é considerada a medida definitiva a ser tomada para pôr fim nos conflitos.

A organização do Poder Judiciário em nosso país está na Constituição Federal, em seu artigo 92, que lista os seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Seu órgão de cúpula, ou seja, sua instância mais elevada, é ocupada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo composto por 11 ministros, que atuam como defensores e guardiões da Constituição Federal, além de poder atuar no julgamento de autoridades com foro privilegiado.

Os ministros do STF ocupam o cargo de maneira vitalícia e são indicados pelo presidente, passando pela aprovação dos senadores, por meio de uma sabatina pública.

O Poder Judiciário exerce função atípica legislativa, exercendo a iniciativa de lei complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura, conforme artigo 93, I, CRFB, exercendo também função atípica administrativa, quando os tribunais organizam suas secretarias e serviços auxiliares (Art. 96, I, b, CRFB), possuindo autonomia administrativa e financeira garantidas pela Constituição, como meio de garantia da independência e imparcialidade dos juízes, desembargadores e ministros em seus julgamentos.

Necessário destacar-se que o Judiciário exerce o chamado controle de constitucionalidade sobre o Poder Legislativo, como forma de frear esse poder, sendo essa uma de suas prerrogativas mais importantes.

Através do Controle de Constitucionalidade, o Poder Judiciário tem o dever de analisar as leis produzidas pelo Legislativo, com o intuito de encontrar possíveis inconstitucionalidades, e revogando-as se for o caso.

A prerrogativa usada acerca do controle de inconstitucionalidade das leis também pode incorrer sobre o Executivo, quando este atua como agente da inconstitucionalidade, o que pode se dar por omissão, quando da não execução da norma constitucional, ou por desrespeito à Lei.

Nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes (*Op. Cit.*, 388):

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e imposteráveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

O princípio da harmonia e independência entre os poderes, como visto anteriormente, é concretizado no sistema de freios e contrapesos, de modo que os atos gerais praticados exclusivamente pelo Poder Legislativo, consistentes na emissão de regras gerais e abstratas, limita o Poder Executivo, que só pode agir mediante atos especiais, decorrentes da norma geral.

Em contrapartida, para impedir o abuso de qualquer dos poderes de seus limites e competências, dá-se a ação do controle da constitucionalidade das leis, da decisão dos conflitos intersubjetivos, e da função garantidora dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, feito pelo Poder Judiciário.

Por fim, nota-se que é possível um poder adentrar na esfera de atribuição de outro poder, a fim de que se aplique o chamado sistema de freios e contrapesos, como forma de garantir a harmonia entre os poderes, sem com isso violar a constituição e a separação dos poderes. Contudo, ver-se-á que há um amplo debate quando à atuação do poder judiciário nas últimas décadas, onde se alega que este poder tem crescido em desproporção aos demais, colocando em xeque a tripartição dos poderes e o sistema de freios e contrapesos.

3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O surgimento do ativismo judicial e a sua crescente expansão estão atrelados a fatores históricos, especialmente aqueles ligados ao campo do Direito Constitucional e ao neoconstitucionalismo, em que o Poder Judiciário ampliou o alcance de suas funções para abarcar uma demanda trazida pela judicialização da política e dos assuntos da sociedade, em virtude do crescimento da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O termo, porém, cada vez mais presente na mídia atualmente, tem origem um pouco mais antiga. Passa-se então à uma análise mais aprofundada deste fenômeno.

3.1 Ativismo Judicial

A expressão “ativismo judicial” surgiu na doutrina norte-americana, no trabalho do jornalista e historiador Arthur Shlesinger Jr., em um artigo sobre o perfil político e ideológico dos membros da suprema corte dos Estados Unidos da América, em 1947.

Na época, o então presidente Franklin Delano Roosevelt tentava aprovar seu pacote de reformas econômicas, que continha algumas medidas inconstitucionais e controversas. O legislativo foi contra as medidas, e a Suprema Corte interveio, julgando a questão favorável ao então presidente Roosevelt.

Após o caso, Shlesinger escreveu seu trabalho no qual dividiu a Suprema Corte da época em dois grupos bem definidos, os ativistas, liderados por Hugo Black, e os autorrestritivos, liderados por Felix Frankfurter, restando ainda aqueles em papel intermediário, que se alinhavam a um ou a outro grupo conforme o caso concreto.

Schlesinger apresentou o termo “ativismo judicial” como sendo oposto ao termo “autorrestrrição judicial”. Os juízes ativistas seriam aqueles que substituem a vontade do legislador pela sua própria, porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, mesmo que, para

tanto, chegassem próximo à “correção judicial dos erros do legislador”, nas palavras de Schlesinger.

Em contrapartida, os juízes da “autorrestrição judicial” teriam uma visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial, devendo ficar alheios a questões políticas e totalmente restritos ao que seria a vontade do legislador.

De acordo com o historiador:

Quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator de suas decisões (...) suas decisões ajudam a moldar a nação por anos. (Schlesinger Jr. 1947, p. 73)

Este descreve bem o que seria a diferença entre os chamados ativistas e os autorrestritos, na seguinte passagem:

O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autorrestrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor de sua própria concepção de bem social; o outro, com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como um instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes de governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com suas próprias pré-concepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano. (Schlesinger Jr. *Op. Cit.*, p. 201)

A oposição entre os grupos ativistas e autorrestritos desenvolvida por Schlesinger, deixou claro o que o ativismo judicial representaria, para o autor, uma “declaração de poder”, um poder de revisar as leis, principalmente se isso atentasse contra os direitos humanos e contra o espírito da tradição democrática. Para ele, juízes ativistas tomam decisões de caráter político e de criação positiva do direito, orientados por seu sentido de justiça social, mas sem fidelidade ao sentido literal do texto constitucional.

Em contrapartida, a autorrestrição requereria uma renúncia a esse poder, pois caberia ao legislador corrigir seus próprios erros. Juízes adeptos da autorrestrição judicial seriam

“humildes” na interpretação da Constituição, e deferentes às decisões dos demais poderes, ainda que contrárias às suas convicções políticas ou morais.

Assim, decidir entre o ativismo ou autorrestrição judicial seria decidir a respeito do espaço da Suprema Corte no sistema constitucional e político do país.

O autor ainda defendeu, via de regra, a autorrestrição judicial em prol do ativismo. Para ele, o melhor para defesa da democracia nos Estados Unidos seria que a Corte retraísse ao invés de expandir seu poder, devendo deixar o poder de decisão de temas políticos às instituições diretamente ligadas ao controle popular, quer dizer, instituições em que os representantes são os escolhidos pela população através do voto. Contudo, acrescentou que o ativismo se justificaria nos casos de ameaça das liberdades que garantem a participação política dos indivíduos.

Importante ressaltar que o ativismo judicial é bem mais antigo do que a origem do termo trazida por Schlesinger. Podem ser identificados posicionamentos considerados ativistas desde os primórdios da prática da judicial review, ou controle de constitucionalidade, atuando de forma extremamente relevante, e modificando a sociedade e a política, sendo algumas decisões consideradas importantes e acertadas, enquanto outras foram execradas da história, como terríveis e prejudiciais.

Hoje, no Brasil, essa expressão é utilizada para indicar a atitude que toma um juiz ou uma corte em não julgar um tema na literalidade do texto da Lei. Para alguns, isso seria uma maneira de “fazer a lei” e não apenas julgar a lei. Em outras palavras, ao agir de forma ativa, o juiz aplica a um determinado caso concreto os seus entendimentos e valores pessoais, em um suposto detrimento do que diz a lei de forma estrita, ou faz uma interpretação além do que diz a Lei. Mas será mesmo que é possível excluir por completo os entendimentos e valores pessoais, e julgar casos delicados e complexos de forma robótica, totalmente isenta de qualquer motivação pessoal?

Muitos consideram que o ativismo judicial é positivo para a Justiça do país. O ativismo ainda pode ser visto como uma consequência das limitações da atuação dos outros poderes. É comum haver lacunas no ordenamento jurídico, que mesmo em face da nossa imensa quantidade de Leis escritas, ainda não é possível abarcar de forma específica todos os aspectos da vida em sociedade, muito menos acompanhar sua rápida evolução. Assim, sempre existirão temas urgentes que não podem esperar a demora do legislativo, sendo necessário a atuação do judiciário na resolução das lides.

Nas palavras do ministro, é sinalizado que,

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (Barroso, 2011, p, 275)

De todos os ângulos, percebe-se que o ativismo judicial seria uma atuação expansiva do Judiciário, algumas vezes de forma positiva, em outras de forma negativa. Levanta-se então a questão, até onde é legítimo ao judiciário extrapolar sua função? Até que ponto o juiz pode agir dentro da esfera dos outros poderes do Estado?

3.2 Judicialização da Política

Ativismo judicial e judicialização da política são termos não tão fáceis de distinguir. Isso porque, em ambos os casos, visualiza-se um suposto adentramento do Poder Judiciário nas esferas administrativa e legislativa, isto é, usa-se esses termos quando, aparentemente, o Judiciário expande sua alçada.

Partindo do sentido literal do termo, entende-se judicialização da política quando assuntos que são da esfera política estão sendo judicializados. Assim, controvérsias e decisões que deveriam ser resolvidas nos âmbitos administrativo ou legislativo, são levadas para o Poder Judiciário decidir.

Já o ativismo judicial, como foi visto, ocorre quando um juiz ou a suprema corte não julgam um tema apenas à luz do texto constitucional e da Lei. O ativismo judicial seria uma maneira de “fazer a lei”, ou trazer novas interpretações, e não apenas julgar a lei dentro da vontade do legislador.

Percebe-se ainda que esses conceitos não são excludentes entre si, pois podem ocorrer simultaneamente, onde o ativismo judicial pode ser decorrente da judicialização de determinado tema, estando assim interligados.

O ministro Barroso traz a judicialização como um fato ou circunstância que decorre do modelo constitucional adotado no país, segundo ele:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma

transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. (Barroso, 2015, p. 02)

Já o professor Lenio Luiz Streck traz uma importante distinção entre estes dois termos, se posicionando contra o ativismo judicial, vejamos:

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam garantidos por uma Constituição normativa. (Streck, 2016, p. 724)

O crescimento da judicialização no Brasil pode ser visto também como uma consequência da constituição de 1988, que trouxe em seu escopo uma série de direitos e garantias. Isso incentivou as pessoas a buscarem cada vez mais o judiciário para garantia de seus direitos, pois tornou-o mais acessível, algo que não era tão garantido antes da Constituição Cidadã.

Um exemplo clássico que demonstra o que foi dito é a judicialização nos casos envolvendo medicamentos e leitos de hospital, onde, para conseguir que o Estado ou município forneça certo medicamento, ou assegure um leito de hospital, aciona-se o judiciário, para que, por meio de uma decisão judicial, comande a administração a cumprir com o pedido, sob a égide do direito à saúde, mesmo sendo esse gerenciamento de recursos uma decisão do âmbito da administração pública.

Um dos motivos da Judicialização é o fato de existir o pressuposto de que os juízes, investidos através de concurso público e não pelo voto, são os entendedores da Lei e irão agir sempre de forma independente (visão do judiciário como poder independente), sem ter que prestar contas com eleitores. Por essa razão, tomariam decisões baseadas dentro da Lei, sem interesses pessoais, ao contrário dos governantes e legisladores, que não são neutros e imparciais, e sim expressam a vontade de seus eleitores, e querem a estes agradar. Ainda ocorre de partidos e parlamentares muitas vezes renunciarem ao debate democrático e deslocarem para o Judiciário os conflitos que não são, a priori, jurídicos ou judiciais.

Existe ainda quem fale em politização da justiça, que não se confunde com os termos anteriores, e se refere a uma partidarização das atividades judiciais. Assim, para além de ser um juiz ativo, seria aquele juiz ou tribunal que se envolve em política partidária, algo que deve

ser reprovado veementemente e abolido, por sua total incompatibilidade com o estado democrático de direito.

4 O CARÁTER CRIATIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A HERMENÊUTICA JURÍDICA

Um aspecto ligado ao ativismo judicial é o caráter criativo das decisões judiciais. Este pode ser entendido como um aspecto inerente à função jurisdicional. A sociedade se encontra em constante transformação, de modo que muitas vezes a legislação não acompanha essa evolução. Urge assim, a adequação do direito às necessidades da realidade, pois mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode ter o direito de ganhar a causa, de modo que o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos mais difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes.

Muitas vezes, o magistrado não pode aplicar a lei de forma mecânica e engessada, pois para cada caso concreto é preciso realizar uma interpretação da legislação. Assim, recorre-se à hermenêutica jurídica para se chegar ao melhor entendimento, atuando de modo criativo.

Entretanto, o modo de compreender, pensar e agir de cada indivíduo é único, de modo que os juízes poderão interpretar um texto legislativo ou uma norma de formas distintas, dependendo da sua formação histórica e cultural, pré-conceitos, sua moral individual, etc.

Nessa esteira, é necessário trazer à baila um pouco sobre a Hermenêutica Jurídica. Hermenêutica é a filosofia que estuda a teoria da interpretação. Logo, a hermenêutica jurídica se ocupa com a interpretação das normas jurídicas, utilizando-se de diversas técnicas, onde o jurista analisa elementos textuais e extratextuais para chegar a uma conclusão, podendo ainda ser influenciada pela realidade social em que se insere o caso em litígio.

A existência de leis conflituosas, a diversidade da vida em sociedade e de possibilidades das condutas humanas e a limitação linguística das normas legais são alguns dos motivos que tornam a hermenêutica jurídica tão importante.

Ocorre que a realidade jurídica é complexa e rodeada de discussões, e depende da realidade social dentro de um determinado período temporal, da legislação vigente, entre outras circunstâncias. Nesse sentido, nas palavras de Reale (2004, p. 283):

[...] a aplicação do Direito não se reduz a uma questão de lógica formal. É antes uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam, segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova.

As cortes constitucionais, assim chamadas por serem responsáveis por garantir a eficácia dos direitos constitucionais na sociedade, além de julgar a constitucionalidade das leis, têm desenvolvido suas jurisprudências a partir da técnica de interpretação das leis conforme a Constituição, cujo manejo lhes permite construir decisões de aparência legislativa.

Sabe-se que a lei maior de um país democrático é a Constituição, de modo que todas as demais leis estão subordinadas aos seus preceitos fundamentais. A Constituição é una, e deve ser interpretada em sua totalidade, prezando pela sua máxima efetividade. Havendo dúvida de qual interpretação será cabível à determinado caso, opta-se por aquela que garanta a maior efetivação dos valores contidos na Carta Magna.

Dessa forma, tem-se que dentro da hermenêutica jurídica, há uma hermenêutica constitucional, definida nos seguintes termos:

Interpretação constitucional é a atividade que consiste em fixar o sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas regras ou princípios - tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e alcance. (Mendes; Coelho; Branco, 2010, p. 155.)

Sobre o tema, o ministro ainda preleciona que:

[...] toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. (Barroso, 2015, p. 9)

Dentro da constituição temos os princípios fundamentais do direito, que são normas que desempenham papel de suma importância, como: os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do direito à vida, à saúde, etc. em que todos são dotados de plena e ampla eficácia jurídica, surtindo efeitos em todos os campos gerais do Direito.

Ocorre que, princípios como o da dignidade da pessoa humana possuem uma abrangência colossal, dando muita margem e alcance, e o Judiciário vem aplicando o uso destes princípios para fundamentar suas decisões, sob o viés da interpretação dos textos constitucionais e reiterando suas decisões conforme o que seria a vontade implícita contida nesses princípios.

Tem-se notado que, cada vez mais, o STF tem aplicado a hermenêutica em sentido criativo, e nem sempre em total consonância ao texto constitucional. O uso da hermenêutica no Direito é essencial, porém, como já abordado, esta deve sempre ser aplicada em conformidade ao texto constitucional e seus preceitos primordiais.

O aspecto criativo judicial não pode ser confundido com total liberdade do intérprete, tampouco com arbitrariedade, uma vez que a decisão judicial não está dissociada de parâmetros que são aduzidos da própria Constituição. Conforme é sinalizado:

Há limites substanciais e processuais que devem balizar a decisão judicial. No que concerne aos limites substanciais, estes vinculam o juiz, mesmo que não completamente, variando profundamente de época para época e de sociedade para sociedade e até mesmo na mesma época e sociedade. Quanto aos limites processuais, as características e os princípios são a imparcialidade judicial, o direito ao contraditório e o princípio da inércia da jurisdição. Esses limites processuais são as características essenciais que diferem o processo jurisdicional dos de natureza política (Cappelletti, 1999, n.p)

Desta feita, o uso da hermenêutica deve ser regulado pela legislação constitucional, para evitar que haja insegurança jurídica com julgados que vão além da vontade normativa, produzidos a partir do pensamento criativo do poder Judiciário.

Assim, o caráter criativo é um aspecto da atividade do Poder Judiciário, não podendo este ser anulado ou confundido com ativismo judicial. Contudo, deve ser regrado, para não ensejar em um ativismo judicial prejudicial à separação dos poderes, pois como foi demonstrado, os princípios gerais do direito possuem uma abrangência muito ampla, estando presentes em todos os aspectos da vida jurídica, não podendo servir de justificativa para uma atuação do judiciário além do que prevê a constituição.

5 ANÁLISE DE CASOS DE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Passar-se-á a análise de três casos judiciais de grande repercussão midiática onde se evidenciou o fenômeno do ativismo judicial pela Suprema Corte no Brasil.

5.1 Prisão em Segunda Instância

Um caso de grande repercussão midiática foi o da possibilidade de prisão do réu após sentença condenatória em segunda instância. Até fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal entendia pela constitucionalidade da execução provisória da pena, podendo o réu

iniciar o cumprimento da pena enquanto aguardava a análise dos recursos nos tribunais superiores.

Com o julgamento do HC 84.078, a suprema corte passou a entender que o ordenamento jurídico não era compatível com a execução da pena antes do trânsito em julgado, cabendo apenas as hipóteses de prisão cautelar. O entendimento durou até fevereiro de 2016, quando o Supremo, ao julgar o HC 126.292, retornou para o entendimento firmado antes de 2009, ou seja, reafirmando a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado.

Contudo, nova interpretação sobreveio a partir de 2019, quando ao julgar as ADCs 43, 44 e 54, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o STF retornou à interpretação de 2009 a 2016, onde o cumprimento da pena somente pode ter início com o exaurimento de todas as vias recursais, extinguindo-se novamente a execução provisória da pena. Segundo o Ministro Gilmar Mendes:

Assim, cabe ao Legislativo dispor sobre a temática de maneira diversa da que está no art. 283 do CPP, desde que o faça em respeito ao postulado da presunção de inocência. Enquanto não houver essa mudança, a prisão que não estiver fundada nos requisitos de prisões cautelares somente poderá subsistir se baseada no trânsito em julgado do édito condenatório. (STF. ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF, min. Gilmar Mendes, julgados em 7/11/2019)

Nas palavras da Ministra Rosa Weber:

Embora fortes razões de índole social, ética e cultural amparem seriamente a necessidade de que sejam buscados desenhos institucionais e mecanismos jurídicos-processuais cada vez mais aptos a responder, com eficiência, à exigência civilizatória que é o debelamento da impunidade, não há como, do ponto de vista normativo-constitucional vigente – cuja observância irrestrita também traduz em si mesma uma exigência civilizatória –, afastar a higidez de preceito que institui garantia, em favor do direito de defesa e da garantia da presunção de inocência, plenamente assimilável ao texto magno. (STF. ADC 43/DF, ADC 44/DF e ADC 54/DF, min. Rosa Weber, julgados em 7/11/2019)

Percebe-se, sem a menor sombra de dúvidas, a prática do ativismo judicial no posicionamento da corte sobre o tema, ainda antes de 2009, pois segundo a Lei, temos a compatibilidade do artigo 283 do CPP, o qual dispõe que "*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva*", com o artigo 5º, LVII, da CF,

segundo o qual *"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*.

Observa-se ainda um viés político nessas decisões, que chegaram inclusive a ter repercussões nas eleições do país, configurando ainda uma judicialização da política, ao usar-se do judiciário nas contendas eleitorais, no que foi um verdadeiro circo midiático e de interesses, gerando efeitos drásticos ao sistema jurídico onde, nesse caso, promoveu uma insegurança jurídica e social, com decisões inconstitucionais e contraditórias, e com o STF atuando como se fosse detentor do poder constituinte originário.

5.2 Equiparação Da Homofobia E Transfobia Ao Crime De Racismo

Antes de mais nada é necessário dizer que a comunidade LGBTQIA+ tem sofrido e sempre sofreu grande violência em nosso país, expressada das mais diversas formas possíveis. Contudo, mesmo em face desse fato notório, os poderes Legislativo e Executivo muito pouco vinham fazendo para mudar essa situação de proteger os direitos dessas pessoas, tanto na seara civil como na criminal.

Diante desse quadro, o Supremo Tribunal Federal expandiu sua atuação para criminalizar tanto a homofobia como a transfobia, adotando uma postura ativista em face da omissão dos outros poderes, agindo como criador da norma.

O caso foi tratado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e no Mandado de Injunção 4.733, ações protocoladas pelo PPS e pela Associação Brasileiras de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), onde o Pretório Excelso entendeu pela mora do Congresso em legislar sobre a homofobia e a transfobia, decidindo que, até que o Congresso Nacional aprove uma lei específica, a homofobia e a transfobia se enquadram no artigo 20 da Lei 7.716/1989, que criminaliza o racismo.

Ocorre que, apesar da proposição de diversas inovações legislativas em âmbito federal visando à efetivação dos direitos fundamentais desse público, a grande maioria foi rejeitada ou sequer foi apreciada, o que torna evidente o total desinteresse com tais questões, muitas vezes motivado por convicções pessoais e religiosas.

Assim, mesmo adentrando na seara do legislativo, houve uma transformação positiva de mentalidade no âmbito do judiciário, em face de um notório desprezo dos outros poderes em tentar proteger e garantir os direitos dessa parcela da população que sempre esteve em risco, de modo que o ativismo presente neste caso assumiu aspecto positivo, no sentido de suprir uma

omissão grave, e somente enquanto essa omissão perdurar, visando garantia e proteção a direitos fundamentais.

5.3 União Homoafetiva

Em maio de 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, reconhecendo, assim, a união homoafetiva como um núcleo familiar. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

O foco do julgamento foi o artigo 1.723 do Código Civil, que define como união estável aquela "entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Até então, havia muita insegurança jurídica sobre o tema, onde casais homoafetivos que buscavam a formalização de suas relações podiam obter decisões favoráveis ou não, dependendo de onde seu pedido fosse julgado.

Assim, perante a omissão do legislativo e em face de uma clara violação à constituição, ao negar o direito fundamental à igualdade de tratamento entre os cidadãos, previsto na Constituição, o STF proferiu decisão de natureza vinculante, afastando qualquer interpretação do dispositivo do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Para alguns, tratou-se de ativismo judicial, pois o Supremo estaria decidindo contra a literalidade da Lei. Contudo, aqui aplica-se a hermenêutica constitucional juntamente com a atividade criativa do judiciário, em verdadeira mutação constitucional, adequando o código civil à sua época e realidade, não trazendo qualquer malefício em sua decisão, muito pelo contrário.

A Constituição Federal (artigo 3º, inciso IV) é muito clara em vedar qualquer discriminação em razão de sexo, raça e cor, de modo que ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua orientação sexual. Nas palavras do então ministro Ayres Brito, relator na ação, "O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica".

Assim, nesse caso, fica muito raso a afirmação de se tratar de ativismo judicial, uma vez que se tratou de mera mutação constitucional, aplicando-se a hermenêutica jurídica

constitucional para iluminar um assunto que sequer deveria ser posto à baila, uma vez que nunca deveria ter sido negado o direito à união civil à uma parcela da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, com o objetivo de analisar esses fenômenos e outros conexos a eles, como o caráter criativo das decisões judiciais, a mutação constitucional e a politização da justiça, tudo sob a luz da hermenêutica constitucional, utilizando a metodologia de revisão documental e bibliográfica.

O Poder Judiciário tem se transformado nas últimas décadas, deixando de ser um mero aplicador da lei, ou “a boca da Lei”, como idealizado por Montesquieu, para ser um verdadeiro atuante na proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A judicialização da política é um fenômeno que colocou os juízes como atores da política nacional, fazendo-os decidir até mesmo sobre temas que não caberiam, a priori, ao judiciário. Isso encontra justificativa, entre outras coisas, pela omissão dos outros poderes, por lacunas legislativas, pela existência de leis conflituosas, pela diversidade da vida em sociedade e de possibilidades das condutas humanas, e pela limitação linguística das normas.

A atuação do Judiciário nos mais diversos temas, fomentada pela judicialização da política, nem sempre acarreta em ativismo judicial, tendo o judiciário a prerrogativa de utilizar-se do aspecto criativo de suas decisões, utilizando-se da hermenêutica jurídica para interpretação das leis e sua aplicação nas lides.

Contudo, o Judiciário não pode ficar inerte às demandas sociais da população, ou eximir-se do seu papel de julgador, não tendo opção a não ser decidir, devido ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Assim, o juiz pode, quando estritamente necessário, pautar-se em condutas que não estejam expressamente previstas em lei, agindo em ativismo judicial, em uma maneira de proteger os fundamentos e princípios constitucionais mais preciosos.

Percebe-se que a crescente atuação do judiciário é uma evolução natural da democracia, inerente a grande parte das Constituições modernas, onde a aplicação do mero positivismo clássico não serve mais como base, sendo agora mais importante a égide dos direitos fundamentais e a proteção da democracia.

Não obstante, esse “antibiótico”, como apelidou o ministro Barroso, deve ser usado com muita cautela, sob o risco de matar o paciente, ou seja, prejudicar a Justiça e ir contra a

Constituição e o Estado Democrático de Direito, devendo sempre o judiciário agir com bastante cuidado e zelo pela Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto.** Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** 2016. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 33 ed. Rev. E at. São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 9-17; 165-177; 285-291.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28. Ed. São Paulo: Malheiros.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, vol. 35 (1), 1947, p. 73

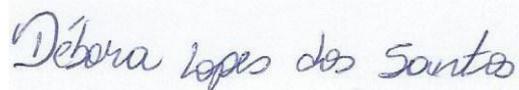
STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.** 2016.

DECLARAÇÃO DE CORREÇÃO GRAMATICAL E METODOLÓGICA

DECLARO para os devidos fins que se fizerem necessários que realizei a correção gramatical e metodológica de acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), do Artigo intitulado ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, realizado pelos alunos SAMUEL SANTOS SARAIVA Matrícula: 10205069, ANTÔNIO RIBEIRO DOS SANTOS Matrícula: 19105245, do Centro Universitário UNINOVAFAPI.

Por ser verdade, firmo o presente.

Teresina – PI, 10 de novembro de 2023.



Professor (a): Débora Lopes dos Santos

Graduada em: Licenciatura Plena em Letras Português

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPI

REPOSITÓRIO DA BIBLIOTECA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPI

Termo de Autorização para Publicação Eletrônicas de Teses, Dissertações e Trabalhos de Conclusão de Curso no Repositório Institucional do Centro Universitário UNINOVAFAPI

1. Identificação do Material Bibliográfico:

- Tese
 Dissertação
 Monografia
 TCC Artigo

2. Identificação do Trabalho Científico:

Curso de Graduação: Bacharelado em Direito
Programa de pós-graduação:
Título: Ativismo Judicial e Judicialização da Política
Data da Defesa: 20/11/2023

3. Identificação da Autoria:

Autor: Antônio Ribeiro dos Santos, Samuel Saraiva
Orientador: Dra. Marília Martins Soares de Andrade
Coorientador:
Membros da Banca: Prof.^a Dra. Diná Ferraz, Prof.^a Ma. Cíntia Ayres

AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAÇÃO NO REPOSITÓRIO DA BIBLIOTECA

Autorizo ao Centro Universitário UNINOVAFAPI a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o texto integral da publicação supracitada, de minha autoria, em seu repositório, em formato PDF, para fins de leitura e/ou impressão pela Internet, a título de divulgação da produção científica gerada pelo Centro Universitário a partir desta data. Ainda por este termo, eu, abaixo assinado, assumo a responsabilidade de autoria do conteúdo do referido trabalho científico, estando ciente das sanções legais previstas referentes ao plágio.

Local: Teresina - PI Data: 20/11/2023

Antônio Ribeiro dos Santos

Assinatura do(a) Autor(a):

Samuel Santos Saraiva