



Ativismo judicial Uma realidade no judiciário brasileiro

Muriel Amaral Jacob¹

Resumo

O presente artigo tem por objeto o fenômeno do “*ativismo judicial*”, sendo o principal objetivo do trabalho traçar uma visão sobre a presença deste instituto no Poder Judiciário brasileiro e sua influência nos demais poderes. Partindo-se do princípio da separação dos poderes de Montesquieu até a promulgação da Constituição de 1988, faz-se uma contextualização histórica, política e social do “*ativismo judicial*”. Após, são apresentados os conceitos e as diferenças entre o “*ativismo judicial*” e a “*judicialização*”, devido às semelhanças entre estes dois fenômenos. Ao final, os principais posicionamentos críticos sobre o tema são expostos, dando uma visão geral dos prós e contras da utilização do “*ativismo*” pelos membros do Judiciário, o qual está cada vez mais presente nas cortes brasileiras, tornando-se uma realidade incontestável. A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico e jurisprudencial, sendo consultadas fontes impressas e virtuais, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Princípio da separação dos poderes. Judicialização. Princípio democrático. Interpretação legislativa.

Judicial activism A reality in the brazilian judiciary

Abstract

This article aims at the phenomenon of "judicial activism", with the main objective to draw a view on the presence of this institute in the Brazilian judiciary and its influence on other branches. Starting with the principle of separation of powers Montesquieu until the promulgation of the 1988 Constitution, it is a historical, political and social context of "judicial activism." After the concepts and the differences between the "judicial activism" and "Judicialization", due to the similarities between these two phenomena are presented. At the end, the most critical positions on the issue are exposed, giving an overview of the pros and cons of the use of "activism" by members of the judiciary, which is increasingly present in the Brazilian courts, becoming an undeniable reality. The methodology used in this research is bibliographic and judicial character, being printed and virtual sources consulted, through descriptive analysis and deductive method.

¹ Doutoranda em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Bolsista CAPES. Mestre em Direito pela UNIVEM. Advogada e professora adjunta na UniRV – curso de Direito. E-mail: murieljacob@hotmail.com

Keywords: Judicial activism. Principle of separation of powers. Judicialization. Democratic principle. Legislative interpretation.

Introdução

As discussões sobre a atuação do Poder Judiciário fazendo uso do “*ativismo judicial*” estão cada vez mais presentes no Brasil.

Neste trabalho, em um primeiro momento procura-se descrever como o “*ativismo judicial*” passou a fazer parte da realidade do Judiciário brasileiro, demonstrando a influência das mutações ocorridas nos contextos histórico, político e social brasileiro, bem como a influência do princípio da separação dos poderes de Montesquieu até a promulgação da Constituição Federal de 1988 neste fenômeno.

Após a contextualização histórica, o trabalho apresenta o conceito de “*ativismo judicial*” e as diferenças entre ele e o instituto da “*judicialização*”, tudo com base em ensinamentos de respeitados doutrinadores. Além disso, são demonstrados exemplos de casos concretos onde o “*ativismo judicial*” foi utilizado pelos membros do Judiciário brasileiro, ratificando que tal instituto é uma realidade atual.

Por fim, são apresentados os principais posicionamentos críticos a respeito do tema, demonstrando-se o risco ao princípio democrático e uma possível politização da justiça que o uso do “*ativismo judicial*” pelo Poder Judiciário pode trazer.

Este artigo visa contribuir com o debate acadêmico sobre a temática abordada, devendo o leitor levar em conta que a leitura aprofundada sobre o tema pode vir a trazer maiores questionamentos, afinal, trata-se de fenômeno recente e interessante no contexto social que em que vive o Brasil.

A teoria da separação dos poderes e a constituição federal de 1988 - influências no ativismo judicial

A teoria da separação de poderes, utilizada nas constituições de vários países ao longo da história, foi concebida no século XVIII por Montesquieu em sua obra “*O espírito das leis*”, objetivando assegurar liberdade e garantias dos cidadãos, em contraponto ao absolutismo das monarquias da época.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (MONTESQUIEU, 1998, p. 45).

É com base nos ensinamentos desta teoria que as adaptações surgiram de modo a aumentar a eficiência do Estado, através da distribuição de funções entre órgãos especializados. Entretanto, vale ressaltar que o poder do Estado é uno e indivisível, o que há de fato são atribuições estatais que, segundo Dalmo de Abreu Dallari (1994, p. 182), citando Leroy-Beaulieu, “as diferentes funções do Estado, atribuídas a diferentes órgãos, resultaram do princípio da divisão do trabalho”.

É evidente que a desconcentração do poder em várias esferas e funções atua como o principal meio de defesa da liberdade dos indivíduos, uma vez que quanto maior o poder nas mãos de uma só pessoa ou órgão, maior o risco de um governo tirano.

A separação dos poderes também está descrita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual o consagra como direito fundamental ao declarar em seu artigo XVI que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

No Brasil, a separação dos poderes vem expressa no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si”.

Como bem destacou o então Ministro Celso de Mello:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2.º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. (BRASIL, 1999).

Desta forma, as funções foram conferidas a órgãos especializados, ou seja, ao Poder Legislativo cabe a criação das leis; ao Poder Executivo cabe a função de governar, definindo e executando as políticas públicas de acordo com que manda a legislação; e, por fim, ao Poder Judiciário cabe a aplicação das leis aos casos concretos.

Contudo, a Constituição brasileira de 1988 é fruto de um processo de redemocratização, onde a sombra da ditadura pairava no momento de sua elaboração pelo constituinte originário, de modo que é possível classificá-la como uma “constituição

analítica”, ou seja, aborda “[...] todos os temas que os representantes do povo entendem fundamentais. Normalmente descem a minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais”. (LENZA, 2011, p. 84).

Interessante constar o pensamento de Paulo Bonavides citado por Pedro Lenza (2011, p. 84):

Segundo Bonavides, ‘as Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente de duas causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social’.

O extenso rol de direitos e garantias descritos pelo constituinte na Carta de 1988, somado à evolução da sociedade, que busca cada vez mais a efetivação de seus direitos, criou novas demandas sociais, as quais exigiram cada vez mais a atuação do Estado.

Nos dias de hoje, o Legislativo necessita verificar os feitos do Executivo com o intuito de elaborar regras gerais e os meios de colocá-las em prática. No outro lado encontra-se o Executivo, que não pode e nem deve ter sua atuação dependente do lento processo legislativo, afinal as necessidades sociais não podem esperar, devendo ter respostas rápidas e eficazes. Enquanto isso, o Judiciário fiscaliza a criação e a aplicação das leis por estes outros dois poderes, manifestando-se e interferindo quando é requerido.

É por conta desta evolução do contexto social e histórico dos Estados modernos que há atualmente uma interligação na atuação dos poderes, fazendo com que a teoria de Montesquieu seja aplicada de forma atenuada. Assim, além do exercício de suas funções típicas (inerentes àquele poder/órgão), os poderes também exercem funções atípicas (que não são inerentes àquele poder/órgão).

A própria Constituição Federal de 1988 expõe casos dos poderes exercerem funções atípicas em determinadas circunstâncias: o Legislativo pode administrar e julgar (artigos 51, IV e 52, XIII); o Executivo pode julgar e legislar (artigos 62 e 68, §2º); e o Judiciário também pode legislar e administrar (artigo 96, I, “a” e “f”).

Há também os casos como as nomeações de ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Executivo que só são aceitas após a ratificação do Legislativo.

José Afonso da Silva (1999, p. 108) caracteriza as funções típicas de cada um dos poderes da seguinte forma:

- a) Função legislativa: ‘consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis’;
- b) Função executiva: ‘resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público’;
- c) Função jurisdicional: ‘tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse’.

Esta interligação mostra-se como mais um instrumento importante no controle e limitação do exercício do poder. A esta interligação deu-se o nome de “sistema de freios e contrapesos” ou “*check and balances*”.

Importante destacar que este sistema não viola o princípio da separação dos poderes e, muito menos, autoriza a superposição de um sobre o outro, ou o exercício desenfreado de funções atípicas, afinal, as funções de cada poder são delineadas por normas constitucionais. Ademais, o constituinte originário inseriu a separação de poderes à categoria de cláusula pétrea, ou seja, intocável e insuprimível da Magna Carta (artigo 60, §4º, inciso III).

Dimitri Dimoulis (2008, p. 145-146) escreve que o principal objetivo desta teoria é:

[...] preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência ‘absolutista’ de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexos causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos.

Em meio às discussões jurídicas e doutrinárias sobre as funções típicas e atípicas dos poderes estatais, o uso do sistema de “freios e contrapesos” pelo Poder Judiciário vem ganhando destaque nos últimos anos por conta do debate acerca da limitação de sua interferência no âmbito de atuação do Executivo e do Legislativo. A esta interferência ativa do Judiciário nos outros poderes dá-se o nome de “*ativismo judicial*”.

Ativismo judicial e judicialização - conceitos e diferenças

O “*ativismo judicial*” é fruto da jurisprudência norte-americana, todavia ganhou destaque após a Segunda Guerra Mundial, pois o magistrado ao proferir suas decisões,

começou a ir além da órbita da norma escrita, atentando-se aos direitos e garantias fundamentais e, principalmente, ao princípio da dignidade humana. Este “[...] avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária” (BARROSO, 2009, p. 01) pode ser considerado o início do que hoje é conhecido como “*ativismo judicial*”.

No Brasil, esta visão pós-positivista tornou-se frequente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual reconhece a normatividade dos princípios, estejam eles explícitos ou implícitos no texto constitucional.

Assim, o “*ativismo judicial*” consiste no rompimento da postura positivista tipicamente enraizada no Poder Judiciário, fazendo com que o magistrado se valha de uma postura proativa na interpretação da norma, especialmente a norma constitucional, de forma a expandir o seu alcance e o seu sentido, ou seja, o juiz passa a participar do processo de criação de uma regra jurídica.

Alexandre Garrido da Silva, utilizando-se dos ensinamentos de C. Neal Tate, conceitua o “*ativismo judicial*” da seguinte maneira:

o ativismo judicial constitui uma espécie de atitude ou comportamento dos juízes no sentido de ‘participar na elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos habilitadas (...) e, por vezes, substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições’.
(SILVA, 1996, p. 57).

O “*ativismo judicial*” não deve ser confundido com o fenômeno da “*judicialização*”. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em seu conhecido e amplamente utilizado artigo sobre o tema, descreve com brilhantismo o que é a “*judicialização*”:

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. (BARROSO, 2009, p. 03).

Do mesmo modo, Barroso (2009, p. 06) ainda explicita a sua ideia de “*ativismo judicial*”:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e

independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Por fim, além do conceito de ambos os institutos, é necessário destacar as suas diferenças:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p. 06).

O extenso rol de direitos fundamentais, os quais também visam proteger o cidadão de atitudes arbitrárias do Poder Público e essenciais a um Estado Democrático de Direito, aliados a ineficiência das ações dos Poderes Executivos e Legislativo em determinadas questões, e os casos de corrupção de alguns de seus membros, fazem com que seja ainda mais frequente a atuação interventiva do Poder Judiciário, o qual vem ganhando reconhecimento popular nos últimos anos por conta de decisões importantes ao contexto social brasileiro.

Gisele Cittadino (2004, p. 106) faz uma análise a respeito dos motivos que levam o Poder Judiciário a se utilizar com maior frequência do “*ativismo judicial*”:

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como ‘criminalização da responsabilidade política’; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular.

O próprio texto constitucional prevê em seu artigo 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, garante a todo o cidadão o direito de acesso ao Judiciário, independentemente de sua condição social, econômica e pretensão.

A partir do momento que os cidadãos tomam conhecimento de seus direitos e passam a buscar a efetivação destes, cobrando do Estado a prestação de serviços eficientes e de qualidade, é evidente que a carga de responsabilidade dos poderes Executivo e Legislativo aumenta, afinal, são eles que tratam diretamente com as políticas públicas desejadas pela população.

Assim, quando estes poderes não cumprem o seu papel, cabe buscar o Judiciário, para que atue de forma proativa, garantindo o que manda a lei, compelindo os representantes executivos e legislativos a obedecerem as suas decisões².

O Judiciário brasileiro, principalmente com as decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, vem demonstrando posição ativista, através de interpretações do texto constitucional a situações que não estão expressamente escritas e antes mesmo da manifestação do legislador ordinário.

Exemplo recente do ativismo judicial é a permissão da união homoafetiva, a qual foi autorizada a ser celebrada legalmente no país com base no objetivo fundamental de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV, art. 3º, CF), deste modo, os ministros deram efeito vinculante à decisão, fazendo com que a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil³ perdesse efeito, não impedindo o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

É possível ratificar a presença do “*ativismo judicial*” nesta questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo em um pronunciamento do presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, em 14 de maio de 2013, durante sessão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que aprovou a resolução que determina que todos os cartórios deverão transformar a união estável homoafetiva em casamento, se assim as partes desejarem. Nesta ocasião o ministro disse que “não faria sentido esperar que o Congresso legislasse para dar efetividade a uma decisão judicial”.

² A ânsia social pela prestação de serviços eficientes e de qualidade pelo Estado, foi ratificada com as manifestações que tomaram conta do país nos meses de junho e julho de 2013.

³ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Tal declaração significa que o Judiciário criou a possibilidade de casamento ente pessoas do mesmo sexo, antes mesmo que o Poder Legislativo modificasse a legislação que a proíbe. No Brasil, a literalidade da lei somente reconhece como entidade familiar a união entre um homem e uma mulher, todavia, na prática, após decisão da corte constitucional máxima do país, a união homoafetiva também é obrigatoriamente reconhecida, mesmo que alguns magistrados ainda refutem a sua aplicação⁴.

O princípio democrático foi o responsável pelo pronunciamento do Supremo a respeito da fidelidade partidária, declarando que a vaga do parlamentar pertence ao partido político, ou seja, mais uma possibilidade de perda de mandato foi criada, porém pelo Poder Judiciário.

A vedação ao nepotismo nos três poderes nas esferas federal, estadual e municipal também é outro exemplo da atuação proativa do Judiciário ao fazer uso da interpretação das leis. Neste caso, as decisões emanadas da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º12, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e o Recurso Extraordinário n.º 579.951/RN, foram as que deram causa a criação da súmula vinculante n.º 13⁵.

As súmulas com efeito vinculante, inseridas na Constituição pela Emenda n.º 45/2004 (art. 103-A, CF), podem ser utilizadas como exemplo do “*ativismo judicial*” praticado pelo STF, afinal, seus efeitos são obrigatórios nos órgãos do Poder Judiciário e na Administração Pública federal, estadual e municipal, sendo ela direta ou indireta; ou seja, está evidente a possibilidade de intervenção proativa do Judiciário no Executivo através de decisões reiteradas sobre um determinado tema.

Atualmente são 32 (trinta e duas) súmulas vinculantes que dispõem sobre os mais variados temas: defesa técnica por advogado em processo disciplinar (súmula 4); restrições ao uso de algemas (súmula 11); a ilicitude da prisão civil do depositário infiel (súmula 25), dentre outros.

A constitucionalidade de pesquisas com células-tronco também foram autorizadas pela Corte Constitucional no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República com base no artigo 5º da Lei n.º

⁴ Já foram noticiados casos em que o magistrado negou a homologação de união ou casamento entre pessoas do mesmo sexo. As partes recorreram e as instâncias superiores reformaram a decisão do juízo *a quo*.

⁵ A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

11.105/2005 (Lei de Biossegurança). No julgado, os ministros entenderam que tais pesquisas científicas não violariam o direito à vida e o princípio da dignidade humana, além de estabelecerem alguns critérios para tais estudos: os embriões devem ser produtos de fertilização *in vitro*, sejam inviáveis ou congelados há mais de três anos.

Vale ressaltar, que há questões polêmicas para que o Supremo Tribunal Federal se manifeste, as quais demonstram o “*ativismo judicial*” da Corte constitucional brasileira, como por exemplo, a necessidade autorização para a publicação de biografias.

Contudo, a questão mais comum envolvendo o “*ativismo judicial*” que grande parte da população tem conhecimento é a distribuição de medicamentos e tratamentos de saúde por decisões judiciais, as quais compelem União, Estado e/ou municípios a disponibilizá-los mesmo que não constem nas listas do Ministério da Saúde ou secretarias estaduais e municipais. A obrigatoriedade no fornecimento de remédios e tratamentos se dá por conta do direito constitucional à saúde (artigos 06 e 196 da CF).

Com estas determinações, o magistrado garante a efetividade dos direitos constitucionais e o respeito ao princípio dignidade humana, imputando as devidas responsabilidades aos entes federativos de promoverem a saúde dos cidadãos necessitados conforme dispõe a Magna Carta, podendo até utilizar meios coercitivos para o cumprimento.

É dever dos três poderes garantir os direitos sociais dos cidadãos. Executivo, Legislativo e Judiciário devem trabalhar harmonicamente para que tais direitos possam ser exercidos de modo eficiente e com a qualidade esperada pela população.

Davies (2010, p. 28) destaca:

o legislativo precisa legislar de forma a criar condições mínimas materiais e institucionais para a efetivação desses direitos. O executivo precisa exercer ações através de políticas públicas para viabilizar esses direitos e o Judiciário está atento para, de forma coercitiva, fazer com que tais direitos que são garantias constitucionais, não sejam desprezados.

Cabe ao Poder Judiciário dar resposta/solução a todas as questões que lhe são postas pelo jurisdicionado através do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. São os casos concretos e os debates sobre a cidadania que fazem com que o “*ativismo judicial*” se aperfeiçoe e o texto constitucional seja interpretado de forma inovadora, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais.

Principais pensamentos críticos em relação ao ativismo judicial

Apesar das justificativas favoráveis sobre o modo proativo do Judiciário brasileiro ao se valer constantemente do “*ativismo judicial*” em questões polêmicas que envolvem o âmbito jurídico, político e social; há outros pensamentos críticos que veem estas inovações interpretativas da Constituição e interferência nos outros poderes com certo receio.

Parte-se do conceito de democracia. Segundo Norberto Bobbio (1983, p. 79):

Acredita-se que o conceito de democracia seja um conceito elástico, que se pode puxar de um lado e do outro à vontade. Desde que mundo é mundo, democracia significa governo de todos ou de muitos ou da maioria, contra o governo de um só ou de poucos ou de uma minoria.

A principal objeção ao “*ativismo judicial*” são os riscos que a conduta proativa de seus membros pode ocasionar ao princípio democrático, uma vez que os magistrados, desembargadores e ministros não são representantes eleitos diretamente pelo povo, ou seja, uma só pessoa ou grupo de pessoas pode contradizer uma decisão do Presidente da República, eleito por cerca de 50 milhões de brasileiros; ou retirar efeito de ato do Congresso Nacional, composto por 513 deputados e 81 senadores eleitos democraticamente.

Assim, justamente porque democracia significa o “governo do povo” ou “o governo da maioria”, onde o princípio majoritário deve prevalecer, é que parte da doutrina requer atenção especial ao “*ativismo judicial*” para que ele não influencie negativamente no Estado Democrático de Direito.

Luis Roberto Barroso (2009, p.11) tece uma comparação analítica entre constitucionalismo e democracia:

Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já *democracia* significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Lenio Luiz Streck (2009, p. 18-19) alerta:

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este 'subtrai' da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau.

É justamente nestas “situações de tensão e conflitos aparentes” que o Poder Judiciário deve se manifestar, fazendo uso da interpretação das leis, principalmente da Constituição, de modo a se chegar a uma solução que traga a tão desejada “paz social”. São em momentos como estes que o “*ativismo judicial*” surge.

O Judiciário possui esse poder de inovar e até interferir nas decisões dos membros dos outros dois poderes eleitos pelo povo devido à anuência contida na Constituição Federal, que reserva parcela desse poder político aos membros do Judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal (corte máxima brasileira). Entretanto, por conta dos princípios da inércia e da imparcialidade, o Judiciário só pode fazer uso deste “poder de interferência” quando é provocado a se manifestar por algum jurisdicionado interessado.

A vontade política dos magistrados é limitada pela lei. O Poder Legislativo cria a legislação, a qual deverá ser aplicada e interpretada pelo Judiciário nos casos concretos que são levados ao seu conhecimento. Esta é a lógica.

Deste modo, a concretização das decisões do constituinte e do legislador ordinário é feita por meio da aplicação do Poder Judiciário. A criação de novas normas e/ou entendimentos através do “*ativismo judicial*”, nada mais é do que o uso da interpretação legislativa, mais precisamente nas expressões vagas e dispersas ao longo do texto normativo, como por exemplo, dignidade da pessoa humana, garantia do direito à vida e a promoção do bem de todos sem preconceitos.

Outro posicionamento crítico que merece menção é com relação ao risco da politização da justiça. Direito e política são duas entidades diferentes, mas que se complementam, afinal, o direito é criado por meio da vontade política da maioria manifestada pelas leis; a aplicação do direito é feita em conformidade com a realidade política da época; sem mencionar que os membros das cortes superiores são nomeados pelo Executivo e ratificados pelo Legislativo.

Desta maneira, ao fazer uso do “*ativismo judicial*”, o Judiciário deve tomar cuidado para não se politizar em demasia. Imagine um ministro do STJ ou STF, nomeado por determinado Presidente da República e, por conta dessa nomeação, passe a emitir decisões sempre favoráveis a ele. Tal atitude é inadmissível aos membros do Judiciário, que não devem decidir de forma tendenciosa ou partidarizada. As leis devem ser cumpridas e interpretadas de acordo com o caso concreto e com as necessidades do contexto social do momento.

Um juiz, desembargador ou ministro, ao sentenciar deve desempenhar o seu papel imparcial e nos limites da lei. Ao inovar no modo de interpretar a legislação utilizando-se do “*ativismo judicial*”, o julgador pode ser o responsável por posicionamentos inéditos que passam a valer no contexto social, devendo ser obedecidos por todos os jurisdicionados (como nos casos expostos no item 02). Mesmo com o ineditismo no modo de interpretar a lei, o magistrado não pode, e nem deve, ser considerado pelos cidadãos como o “salvador da pátria”. Ele apenas está aplicando a lei nos limites de seu poder constitucionalmente garantido.

Gisele Cittadino (2004, p. 109), ao citar Jürgen Habermas, bem assevera sobre o papel de uma corte constitucional em um Estado Democrático de Direito:

[...] entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal é corte constitucional, e não uma corte política, devendo sempre desempenhar o seu papel de guardião da Magna Carta brasileira.

Considerações finais

O “*ativismo judicial*” fruto de decisões das cortes americanas e difundido ao redor do mundo, chegou ao Brasil e se tornou ainda mais evidente e utilizado após a promulgação da Constituição de 1988, a qual se materializou posteriormente a um longo período repressivo através de um texto analítico minucioso e preocupado com a garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

A realidade era outra a partir de 1988, os contextos histórico, social e político eram outros, desta maneira, os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) deveriam se adaptar para que os direitos agora previstos em lei fossem efetivados em benefício dos cidadãos.

Contudo, para que ocorresse tal efetivação, o princípio da separação dos poderes teve que ser mitigado, uma vez que a influência e interferência de um sobre o outro passaria a ser necessária, senão os direitos constitucionalmente garantidos ficariam apenas no papel.

Com o passar do tempo, o “*ativismo judicial*” se tornara realidade comum no Poder Judiciário brasileiro, sendo que seus membros já foram chamados a se manifestar nos mais diversos assuntos de interesse social, como o casamento homoafetivo, a fidelidade partidária, as pesquisas com células-tronco, dentre outros.

Não se pode negar que o “*ativismo judicial*” é importante método de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente em um país onde o processo legislativo é extremamente lento, as políticas públicas criadas pelo Executivo demoram a chegar ao cidadão, sem contar os casos de corrupção que envenena os três poderes e dificulta a garantia de tais direitos.

É evidente que tal interdependência e intervenções entre os três poderes deve ser nos limites de atuação de cada um; e nunca de ofício pelo Poder Judiciário, que deve respeitar o princípio da inércia e da imparcialidade.

A interpretação inovadora da legislação e a intervenção do Poder Judiciário nos demais poderes deve ser vista como mais um meio do cidadão se socorrer legalmente quando a letra fria da lei não lhe garante determinado direito. Os magistrados, desembargadores e ministros devem aplicar a lei em harmonia com o texto constitucional e com a realidade do contexto social do momento, afinal, de nada adianta uma bela lei escrita, se na prática tal norma não produz efeitos.

Ressalta-se que os cidadãos devem ter em mente que ao proferirem decisões inovadoras e garantidoras de direitos fundamentais utilizando-se do “*ativismo judicial*”, o julgador não pode ser colocado no patamar de “salvador da pátria”, ele apenas está desempenhando a sua função dentro dos limites das lacunas interpretativas da lei.

Transformar as cortes brasileiras, principalmente o Supremo Tribunal Federal, em cortes políticas, ameaçaria o princípio democrático e transformaria o direito em mais um ramo direto da política. Direito e política devem se complementar, e não se dependerem.

Enfim, o “*ativismo judicial*” é necessário, e mostra-se cada vez mais enraizado no Judiciário brasileiro, desta forma, basta que haja o respeito aos limites constitucionalmente previstos na atuação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Vale lembrar que o princípio da separação dos poderes de Montesquieu não foi abolido, mesmo porque está expresso no artigo 2º da Constituição Federal, ele foi apenas mitigado.

Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 01-29, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?** debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1983.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 23.452/RJ. Relator: Celso de Mello. Brasília, 16 set. 1999. **Diário da Justiça**, 12 de maio de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 16 jan. 2013.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, Rio de Janeiro, n. 09, p. 105-113, jul./dez., 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DAVIES, Ana Carolina Izidório. Políticas públicas: a forma ideal de concretização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Coord.). **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui, SP: Boreal, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte, MG: Forum, 2008.
- JUSTIÇA brasileira autoriza o casamento homossexual. *Terra*, Brasília, 14 de maio 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/justica-brasileira-autoriza-o-casamento-homossexual,a7f095d82cd9e310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 17 jan. 2014.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles S. **O Espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998
- SANTOS, Bruna Izidoro de Castro; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. O princípio contramajoritário como mecanismo regulamentador da soberania. In: I SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO - UNIVERSIDADE ESTADUAL NO NORTE DO PARANÁ. 2011. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/8.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SUPREMO reconhece união homoafetiva. *Notícias STF*, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.