



FUPAC

FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTONIO CARLOS ED UBÁ

FACULDADE DE DIREITO

2020

**STF E O PAPEL DO ATIVISMO JUDICIAL COMO FERRAMENTA LEGÍTIMA
PARA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MICHEL PACHECO RIBEIRO – michelf22@hotmail.com

EDNA VALERIA G. GAZOLLA COBO – evgcobo@gmail.com

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar os institutos do ativismo judicial e, por conseguinte, da judicialização, mais precisamente, sobre sua eficácia como meio de efetivação dos direitos fundamentais sociais frente as lacunas deixadas pela omissão dos poderes politicamente competentes, acarretando crescente número de demandas judiciais. Em seguida, no que se refere a instância máxima do poder Judiciário, far-se-á uma análise de suas principais decisões em sede de ativismo judicial, afim de se verificar sua competência para tanto. Será abordado as virtudes e consequências resultantes do uso do ativismo judicial, seus benefícios e malefícios de acordo com a intenção daquele que está a manipular tal ferramenta. Será constituído da pesquisa qualitativa a partir de uma abordagem dedutiva. Em se tratando das técnicas de coleta, basicamente buscou-se na doutrina a discussão da temática apresentada. Por fim, após todo o exposto, direciona-se à conclusão e solução ao problema proposto.

Palavras chave: Ativismo judicial. Judicialização. Direitos fundamentais. Limites do poder Judiciário. Separação de poderes.

ABSTRACT: This article aims to analyze the institutes of judicial activism and, consequently, of judicialization, more precisely, on their effectiveness as a means of realizing fundamental social rights in the face of the gaps left by the omission of politically competent powers, leading to an increasing number of demands judicial. Then, with regard to the highest instance of the Judiciary, an analysis will be made of its main decisions in terms of judicial activism, in order to verify its competence to do so. The virtues and consequences resulting from the use of judicial activism, its benefits and harms in accordance with the intention of the one who is manipulating this tool, will be addressed. It will consist of qualitative research from a deductive approach. When it comes to the collection techniques, basically the doctrine sought to discuss the theme presented. Finally, after all the above, it is directed towards the conclusion and solution to the proposed problem.

Keywords: Judicial activism. Judicialization. Fundamental rights. Limits of the Judiciary. Separation of powers.

INTRODUÇÃO

Ativismo Judicial é uma técnica de interpretação utilizada unicamente pelo poder judiciário, consistente na ampliação do sentido e alcance de normas e princípios com o fim de aplicar maior abrangência do texto constitucional, possibilitando a solução de questões que, até então, não contavam com uma previsão legal.

Grande parte da doutrina, afirma que a expressão “ativismo judicial”, assim como a primeira vez em que foi usada, surgiu nos Estados Unidos, entre as décadas de 40 e 70.

De forma geral, o ativismo judicial visa suprir a atuação defasada e morosa dos Poderes Executivo e Legislativo, garantindo o cumprimento dos princípios constitucionais e positivando os direitos fundamentais em tempo hábil, mostrando-se a única ferramenta apta a atender as demandas sociais de imediato.

Diante dos casos apreciados pelo Judiciário, nota-se que uma grande parcela é composta por matérias de competência dos outros dois poderes. Tal análise traz à tona o fenômeno da judicialização. Tal fenômeno consiste no ajuizamento de demandas de competência, a princípio, do Poder Legislativo ou Executivo, mas que, por opção do demandante, vão parar nas mãos dos juízes como forma de se obter uma decisão indiscutível e imutável. Essa quantidade massiva de demandas judiciais acaba por estimular o crescimento de decisões ativistas, uma vez que o judiciário não pode se abster de julgar.

Contudo, nem todas as decisões, em sede de ativismo judicial, são as mais acertadas. Como será tratado, há situações em que o emprego do ativismo judicial trouxe resultados negativos em momentos posteriores, obrigando o judiciário, mais especificamente o STF, a se retratar em alguns casos, tendo de rever seus argumentos.

Na Suprema Corte brasileira, há um grande desencontro de opiniões acerca do ativismo judicial, já que seu uso ainda é relativamente recente para nossos ministros e, por isso, muitos deles preferem permanecer no tradicionalismo, não enfrentando o tema com veemência.

Portanto, é necessário cautela e moderação ao se utilizar do ativismo judicial. Um judiciário petulante e desenfreado colocaria fim à democracia nacional.

É importante que, ao proferir uma decisão ativista, no bom sentido da expressão, o juiz não invada a competência de outro poder, sempre presando pela harmonia entre eles.

Certo é que o ativismo judicial tem se mostrado, até o momento, uma eficaz ferramenta de promoção de direitos, principalmente direitos fundamentais não atendidos pelo retardo dos demais poderes.

Sendo assim, o objetivo deste trabalho é evidenciar a legitimidade do ativismo judicial como ferramenta apta a efetivar direitos fundamentais frente a omissão dos demais poderes.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, foram utilizadas pesquisas bibliográficas, sendo adotada a análise dedutiva como método de pesquisa.

1. ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL

Não se sabe ao certo a exata origem do termo ativismo judicial, mas há um forte posicionamento de que tenha surgido na Suprema Corte Norte-Americana entre as décadas de 40 e 60, onde o Poder Judiciário assumiu uma participação mais ativa e intensa.

Vanice Regina Lírio do Valle afirma que o ativismo judicial, no que tange especificamente ao meio jurídico, surgiu em 1947, quando o jornalista norte-americano, Arthur M. Schlesinger Jr., usou a expressão em uma matéria jornalística de sua autoria para a revista *Fortune*. Nessa matéria em questão, Arthur teve a missão de identificar o perfil político e ideológico de cada um dos nove membros da Suprema Corte norte-americana, que na época se encontrava em um momento de grande tensão política ao ter que decidir se aprovaria ou não um plano político e econômico denominado *new deal*, criado pelo governo Roosevelt. (VALLE, 2009, p. 21)

Para Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial teria surgido alguns anos afrente, por volta de 1954 a 1969, período em que a Suprema Corte norte-americana foi presidida por Earl Warren. Nas palavras do autor:

[...] ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificadora atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO, 2010 p. 09)

Já para Clarissa Tassinari (2013, p.13), essa postura de atuação do judiciário já teria sido usada em 1803, apesar de ainda não possuir o refinado nome de “ativismo judicial”, mas

também nos Estados Unidos da América, onde se iniciou as primeiras reflexões sobre o tema, no caso sobre a posse de William Marbury como juiz de paz.

No Brasil, o uso do termo “Ativismo Judicial” é, na maioria das vezes, entendido como algo ruim. O motivo disso é a disseminação de informações de forma pejorativa pela mídia e por opositores ao tema que, principalmente por questões político-partidárias, não se comprometem com estudos de viabilidade acerca do ativismo. Por tanto, antes mesmo de examinar o conceito, é necessário superar esse viés negativo legado pela falibilidade do nosso sistema político. Nesse sentido, acentua o doutor e mestre em Direito, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em sua obra *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*:

Contudo, para essa importante empreitada, é necessária antes a teorização sobre a própria definição do que seja o ativismo judicial e isso significa superar o problema de indefinição conceitual, cada vez mais agravado pelo uso indiscriminado e, muitas vezes, pejorativo do termo. (CAMPOS, 2004, p. 326)

1.2 Distinção entre ativismo judicial e judicialização

Ativismo Judicial e Judicialização são dois temas de grande discussão, que na maioria das vezes se entrelaçam, mas apesar de parecidos, não devem ser confundidos.

Em síntese, o termo “Ativismo Judicial” é o nome dado a postura proativa adotada pelo poder judiciário ao interpretar de forma expansiva a Constituição Federal em uma situação de imprevisibilidade normativa a fim de garantir a resolução de questões sociais levadas ao seu conhecimento. Em outras palavras, havendo uma situação de lacuna na lei, caberá ao poder judiciário suprir, da melhor forma possível, a falha dos demais poderes ao ser chamado a julgar determinada lide, pois uma vez provocado, o judiciário não pode se abster de julgar.

Dessa forma, nos ensina Luís Roberto Barroso:

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, 2008, p. 06)

Portanto, como salienta Luís Roberto Barroso (2008, p. 06), o termo Ativismo judicial é o nome dado a um modo de agir, isto é, uma atitude proativa adotada pelo poder judiciário ao interpretar a Constituição expandindo seu sentido e alcance. A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do poder judiciário na concretização dos valores e dos fins constitucionais.

Para Tiago Fachin (2015, p. 23), o ativismo praticado pelos juízes existe por derivação lógica dos princípios da inafastabilidade judicial e indeclinabilidade da função jurisdicional, segundo o qual o juízo não pode se esquivar de julgar um conflito e proferir decisões alegando obscuridade ou lacuna legislativa.

Para muitos, ativismo se trata de o Judiciário promover o atendimento das demandas da população que deveriam receber a devida atenção do Executivo e do Legislativo, mas não o fazem, nascendo essa necessidade de o julgador se inserir socialmente e agir positivamente como válvula para legitimação dos mandamentos constitucionais. (OLIVEIRA, 2015, p. 210)

Já a Judicialização, é o nome dado ao fato, ou, fenômeno mundial por meio do qual importantes questões políticas sociais e morais são resolvidas pelo Poder Judiciário ao invés de serem solucionadas pelo poder competente, seja este o Executivo ou o Legislativo. Diante de uma situação de descrença da população em ser devidamente atendida pelos poderes políticos competentes, o cidadão acaba por buscar amparo no Poder Judiciário.

O processo legislativo pátrio se revela lento e incapaz de pacificar os problemas e conflitos sociais sendo que o Executivo, muitas vezes, se volta para o atendimento dos interesses da própria máquina administrativa, ocasionando um distanciamento dos interesses públicos, bem como um distanciamento entre os representantes e o próprio povo representado. (BECATTINI, 2013, p. 63)

Seguindo a linha de pensamento dos doutrinadores supra, é possível concluir que os temas Judicialização e Ativismo judicial estão profundamente ligados, pois é por causa do fenômeno da judicialização que o Poder Judiciário é levado a adotar uma postura ativista, visando garantir os preceitos constitucionais da democracia.

Foi o que ocorreu, por exemplo, com o reconhecimento das uniões homoafetivas através do julgamento da ADI 4277 pelo STF, isto é, nem a lei e nem a Constituição previram as relações homoafetivas, mas essa era uma realidade. Pessoas do mesmo sexo viviam juntas por décadas, construíam patrimônio e quando se separavam, não havia qualquer respaldo legal

que tratasse da partilha de bens que o casal acumulou, ou da pensão em alguns casos. (STF, 2011)

Estas lacunas levaram o Supremo a reconhecer a união homoafetiva, mesmo sem previsão legal numa decisão ativista, utilizando-se da mutação constitucional para atender um anseio da sociedade no qual o Legislativo se manteve inerte. A intenção do Poder Judiciário é de adotar novas abordagens interpretativas, visando alcançar a igualdade social, corrigindo suas omissões e retardamentos.

Contudo, há também críticas. O fenômeno da judicialização, por exemplo, segundo alguns doutrinadores tem duas consequências negativas que aqui merecem destaque. A primeira, e a mais notória, é a sobrecarga de trabalho do poder judiciário, isto é, questões que a princípio seriam da competência dos poderes Executivo e Legislativo serão levadas a análise do poder judiciário, inflando todo o sistema. A segunda, seria o acúmulo de poder nas mãos do judiciário, pondo em perspectiva o regime de separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Assim como na judicialização, a grande crítica ao ativismo judicial também gira em torno da concentração de poder nas mãos do judiciário ao se levar um grande número de casos para que este poder decida, ainda que de competência administrativa ou legislativa, desequilibrando a harmonia e independência entre os três poderes.

Visando uma melhor performance na gestão do Estado, a Constituição Federal promulgada em 1988 consagrou, em seu artigo segundo, o princípio da Separação dos Poderes estabelecendo que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Contudo, apesar dessa divisão, o texto constitucional autoriza o exercício de uma função que, em regra, seria de outro poder, sem que, com isso, se possa falar em usurpação de competência de um poder por outro. São as chamadas funções atípicas.

Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva:

[...] cabe assinalar que nem divisão de funções entre órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contra pesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2009, p. 109)

Ainda sobre o princípio supra, afirma o autor:

[...] esse princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da

separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em 'colaboração de 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 sua independência são absolutas. (ibidem, p. 110)

Essa harmonia, como ensina o autor, é garantida pelo sistema de freios e contrapesos, que tem como objetivo evitar a sobreposição de um poder em outro.

2. O ATIVISMO JUDICIAL COMO FERRAMENTA LEGÍTIMA PARA A PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar de preconizado pelo texto constitucional, no que tange a não interferência nas funções dos poderes, o que se observa no cenário atual é uma omissão parcial, ou melhor, uma atuação ineficiente dos Poderes Legislativo e Executivo quanto à efetivação de alguns dos direitos fundamentais sociais mais básicos como saúde, cidadania, educação, entre outros. É bem verdade que os direitos fundamentais de hoje já não são mais os mesmos de 40 anos atrás. Uma das características dos direitos fundamentais é justamente sua mutação com o passar do tempo, de modo a acompanhar e se moldar ao progresso da sociedade.

A morosidade por parte dos poderes politicamente competentes em atender os anseios da sociedade acaba por redirecionar o cidadão a reivindicar seu direito na via judicial como única forma de efetivá-lo. Nesse contexto, em respeito ao princípio da demanda, o poder judiciário não pode negar-se a apreciar a matéria trazida a seu conhecimento e, como consequência, será adotada uma postura proativa, no sentido de sanar as lacunas deixadas pelos demais poderes, chegando-se, por fim, à uma decisão ativista.

Mas sob qual fundamento o Judiciário poderia proferir uma decisão em sede de ativismo judicial? Já que é uma atitude considerada por alguns como uma ditadura do judiciário, como a Constituição permite tal comportamento?

Conforme ensina Luís Roberto Barroso, existem duas justificativas capazes de legitimar o ativismo judicial. Uma, é de natureza normativa em que a própria Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A outra justificativa é de natureza filosófica, onde entende-se que a Constituição

realiza dois papéis: o de “estabelecer as regras do jogo democrático e o de proteger valores e direitos fundamentais”:

[...] a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. (BARROSO, 2008, p. 11)

A adoção de um posicionamento ativista nem sempre é a mais apoiada, principalmente pela forte influência política. Uma decisão ativista é baseada na reanálise da Constituição, concebendo-se uma nova interpretação do texto constitucional. Esse processo de reinterpretação, ou melhor, de uma interpretação mais abrangente, pode ser prejudicial ao ordenamento quando leva-se em conta que leis já existentes podem perder seu caráter constitucional, essência de sua validade, já que há uma nova interpretação do texto-base à sua criação.

[..] o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. (SILVA, 1993, p. 166)

Por fim, assevera com otimismo Luís Roberto Barroso:

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, 2008, p. 19)

Sobre a interferência entre os poderes e a relação de harmonia entre eles, o STF chegou a agir dotado de postura ativista causando grande discussão ao tratar da progressão de

regime de cumprimento de pena em crimes hediondos julgando o HC 82.959, que buscava a declaração de inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos. Veja-se:

Em fevereiro de 2006, a maioria da Suprema Corte deferiu pedido de Habeas Corpus e declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal.[...] O STF entendeu que a vedação de progressão de regime prevista no referido dispositivo normativo viola o direito à individualização da pena, prevista no art. 5º, LXVI da Constituição Federal. No mais, que tal vedação é incongruente, uma vez que desconsidera o princípio da individualização da pena no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 e impõe o regime integralmente fechado, mas admite em seu art. 5º o livramento condicional. Por fim, o Tribunal alegou que o enunciado do §7º, do art. 1º, da Lei 9.455/971 derogou o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Ainda que se refira especificamente ao crime de tortura esse é hediondo, passando assim ser o cumprimento de pena do crime hediondo inicialmente fechado, e não expressa e integralmente fechado. Desta maneira, trazia a legislação medidas de execução penal mais favoráveis aos acusados. (JUSBRASIL, 2015).

As críticas se voltaram, principalmente, ao fato de que a elaboração de leis penais demanda, naturalmente, de mais estudos e análises de reprovabilidade social, sendo leis mais complexas de serem criadas e executadas corretamente, questionando-se a legitimidade do ativismo judicial quanto a tal matéria.

3. LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL E OS RISCOS DE SUA UTILIZAÇÃO

Ao tratar do tema ativismo judicial, é necessário cautela. Os mesmos doutrinadores adeptos a sua utilização como forma de efetivar os direitos dos cidadãos e os fins constitucionais, são também os maiores críticos quando não observados os limites e preceitos da carta maior.

Ao proferir uma decisão ativista e inovadora, o juiz está deixando de submetê-la a todo um processo solene e legítimo de estudo e desenvolvimento de uma nova lei apta a atender uma necessidade do povo, dessa forma, criando uma conjectura de que sua decisão está inteiramente correta. Obviamente, em respeito ao artigo 93, IX, CF/88, que se traduz na obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, tal posicionamento ativista deverá ser embasado correta e minuciosamente sob pena de inconstitucionalidade, não cabendo aos juízes, em regra, inventar, inovar. (OLIVEIRA, 2017)

Os poderes Executivo e Legislativo são, em regra, os legitimados a representarem o povo, hora criando as leis necessárias ao convívio em sociedade e hora fazendo-as cumprir, caracterizando a democracia, pilar da Constituição da República Federativa do Brasil e produto da política emanado do constituinte.

É essencial que existam margens limitadoras à atuação dos poderes, dessa forma, garantindo a harmonia entre eles. Um poder demasiadamente influente nos demais gera uma situação de insegurança jurídica. Ao concentrar a maior carga de decisão nas mãos de um só poder, comprometemos a democracia e os valores constitucionais são deixados em segundo plano.

Em especial, no que se refere aos limites do poder judiciário quanto ao ativismo, diz Helton Kramer Lustoza:

O fenômeno do ativismo não pode dar ao Judiciário um crescimento ilimitado em detrimento dos demais Poderes. Muitas vezes, o magistrado não é o profissional mais capacitado para se imiscuir em determinadas questões, devendo ser deferente com as escolhas legislativas ou a atuação discricionária da Administração, desde que ambas sejam razoáveis. (LUSTOZA, 2015, p. 243)

Em 29 de novembro de 2016, a 1ª turma do STF proferiu decisão a respeito da concessão ou não de habeas corpus ajuizado por médicos acusados pelo crime de aborto que estava sendo praticado em uma clínica de aborto na cidade de Duque de Caxias-RJ. Os acusados foram levados em prisão preventiva pelos crimes de aborto com consentimento da gestante e por formação de quadrilha. Abaixo, breve resumo da ementa:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. [...] 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (STF, 2016, p. 01-02)

O Código Penal, ao tratar do aborto em seus artigos 124 a 126, deixa explícito que o aborto ocorre quando há a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção, podendo ocorrer entre a concepção e o início do parto, sendo taxado como

aborto criminoso qualquer outra forma de interrupção da gravidez que não se enquadram nas exceções expressas no código.

Foi decidido, pelo STF, que o ato não é criminoso quando praticado até o terceiro mês de gestação, possibilitando a concessão do habeas corpus. Neste caso específico, ficou evidente os riscos que um ativismo judicial conduzido sob influências políticas pode causar, pois apesar de não ter força vinculante, o posicionamento dos magistrados abre precedentes para julgamentos em instâncias inferiores.

O Ministro Luís Roberto Barroso defendeu seu ponto de vista apoiado na legislação alienígena, alegando que alguns direitos fundamentais, das mulheres neste caso, estariam sendo violados pela legislação penal, imobilizando o direito à autonomia sobre o próprio corpo, além do direito à integridade física e psíquica, direitos sexuais e reprodutivos, entre outros, sendo este, também, o principal motivo que levou os demais ministros a aderirem ao posicionamento do Barroso e votarem a favor.

Depois de publicada a sentença, grande parte dos juristas criticaram o posicionamento do STF quanto ao caso narrado, alegando que sobre matéria de Habeas Corpus, não cabe ao STF adentrar no mérito da tipicidade penal, ainda mais por se tratar de assunto que sequer fazia parte do processo. Concluíram que, nesse caso, houve sim violação da divisão dos poderes.

4.1. A divergência de posicionamento presente no STF

Quando o assunto chega ao STF é possível notar a discrepância de opiniões acerca do ativismo judicial. Por ser considerado, no Brasil, uma ferramenta de tempos recentes, alguns dos ministros ainda preferem manter uma postura mais conservadora e tradicional, evitando aprofundar-se nesse tema tão polêmico. Já outros, mostram-se mais adeptos a novos modelos de solução de problemas, defendendo seu ponto de vista, principalmente, com base em casos de países que obtiveram sucesso com a utilização desta poderosa ferramenta.

Luís Roberto Barroso, atual ministro do STF, defende o ponto de vista de que o Poder Judiciário só é levado a adotar uma postura ativista quando ausentes as atividades criadoras do Poder Legislativo, dessa forma, apenas migrando a solução ao problema das mãos de um poder para o outro. O Judiciário, então, passa a agir de modo a se fazer cumprir os valores constitucionais, retirando todo o potencial útil da carta maior, ampliando, muitas vezes, o sentido e alcance da norma, com vistas a atender da melhor forma possível o que lhe foi proposto, já que muitas vezes o texto literal da lei é debilitado e ameno, sendo necessário uma nova roupagem, mas, sempre com observância aos princípios norteadores.

Nas palavras do Ministro:

o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos, princípios e conceitos jurídicos indeterminados (BARROSO, 2008, p. 07)

Nesse sentido, o ativismo judicial se torna uma ferramenta imprescindível à efetivação dos direitos fundamentais, sendo esse o ponto central do presente artigo, qual seja, analisar a importância do papel que vem exercendo o ativismo judicial frente as mudanças recorrentes na sociedade.

Recentemente, um vírus mortal, popularmente chamado de corona vírus, paralisou todo o mundo, o que gerou grande instabilidade econômica principalmente no Brasil, país que ocupa o quinto lugar no ranking de maiores países em área e população.

Com o aumento dos valores comerciais devido à grande escassez no mercado, foi necessário adotar um comportamento mais retido em relação aos gastos habituais do governo. E com vistas ao combate da propagação do vírus, o poder judiciário se viu, novamente, em situação de imprevisibilidade legislativa, sendo provocado a adotar mais uma vez a postura ativista. Foi o que decidiu a justiça federal do Distrito Federal, deferindo liminar para bloquear os valores referentes ao fundo partidário e ao fundo eleitoral para que fossem utilizados no combate aos efeitos da pandemia causada pela corona vírus.

A decisão tem uma carga argumentativa discricionária, no sentido de que a manutenção de fundos partidários e eleitorais incólumes, à disposição de partidos políticos, ainda que no interesse da cidadania, se afigura contrária à moralidade pública, aos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, ainda, ao propósito de construção de uma sociedade solidária. Com base nesses vetores, suspendeu a eficácia do artigo 16-C, § 2º, Lei das Eleições, ou seja, o depósito de recursos no Banco do Brasil, pelo Tesouro Nacional, em conta especial à disposição do Tribunal Superior Eleitoral, até o primeiro dia útil do mês de junho do ano do pleito, possibilitando que o Governo Federal utilize o valor para o emprego ao combate à COVID 19. (JUNIOR, 2020, p. 04)

Nesse contexto, pode-se concluir que o Ministro apoia, em certa medida, o uso do ativismo judicial como forma de cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, permitindo que o poder judiciário atue de maneira a remediar as omissões do Poder Legislativo e possibilitando o julgamento de situações extraordinárias de imprevisibilidade.

Em contrapartida, o Ministro Gilmar Mendes, apesar de não se declarar um opositor nato ao ativismo judicial, faz algumas críticas ao seu uso, asseverando o cuidado que os juízes devem empreender ao adotar um posicionamento ativista, em especial o STF que, por ser o guardião da Constituição, está sempre sob o olhar vigilante dos juristas.

Em suma, o Ministro expressa a opinião de que o judiciário deve agir de forma mais severa e coerente, norteado sempre pela Constituição e nunca por influências políticas, para não tomar decisões equivocadas e ativistas contra a vontade do legislador. Segundo o ministro, a frequente declaração de inconstitucionalidade de normas que, até então, estavam funcionando bem, é um indicador negativo, revelando o quão brando é o tratamento dado a ações que questionam a Constituição.

Um exemplo de ativismo constitucional negativo, segundo Gilmar Mendes, ocorreu quando o STF julgou inconstitucional a cláusula de barreira de partidos políticos, aprovada pelo Congresso em 2006.

À época, o Ministro havia compartilhado do voto do relator do caso, o Ministro Marco Aurélio, reafirmando os malefícios resultantes da cláusula e que a mesma feria o princípio da proporcionalidade ao fixar limites para o uso do fundo partidário. Ao participar do julgamento, o ministro sugeriu que o STF dissesse também que a saída sem justificativa de filiado de um partido ocasionaria a perda de mandato. Porém, o que o STF acrescentou ao julgado foi que a saída para fundar outro partido era válida.

Em 2017, o ministro, em participação no Seminário internacional sobre sistemas eleitorais na Câmara dos Deputados, afirmou o equívoco cometido pelo STF ao decidir sobre o caso. Na matéria publicada pelo noticiário da Câmara dos Deputados, o ministro lamentou. “Hoje muitos de nós fazemos um mea culpa, reconhecendo que esta foi uma intervenção indevida, inclusive pela multiplicação dos partidos.” (HAJE, 2017)

Tal alegação pode nos servir como ponto de reflexão, levando-nos a questionar se o atual cenário político/jurídico em que se encontra o STF está apto a utilizar o ativismo judicial de modo a atender os interesses do povo e da democracia sem, contudo, interferir nas funções parlamentares, já que, assim como no caso da cláusula de barreira de partidos políticos, em qualquer outra decisão ativista há uma criação direta de leis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos mais variados casos que se apresentam perante o judiciário por falta de legislação competente, o Direito Constitucional Brasileiro se vê cada vez mais pressionado a garantir a efetividade de suas normas, sendo necessário o desenvolvimento de novos métodos e princípios de interpretação constitucional. O ativismo judicial surgiu com o intuito de concluir questões polêmicas e de grande interesse social, deixadas de lado pelo legislador por falta de capacitação. É uma forma de interpretar a Constituição ampliando o seu sentido e estendendo o seu alcance para melhor acolher as novas mudanças na sociedade.

O STF, como guardião da Constituição Federal, deve ser capaz de garantir o cumprimento dos preceitos e garantias reconhecidos pela lei maior, ainda que diante da omissão ou da falta de iniciativa dos poderes políticos. Apesar das diferentes opiniões dos seus ministros, é inegável que o Supremo tem exercido um importante papel no que diz respeito a efetivação dos direitos fundamentais, como foi o caso, por exemplo, das uniões homoafetivas no Brasil.

Certos interesses sociais merecem mais destaque do que outros, sendo os direitos fundamentais os mais zelados pela nossa Constituição, garantindo a todos os cidadãos o respeito à vida e dignidade da pessoa humana. A Carta Maior incumbiu ao legislador o dever de criar e manter o vigor de suas garantias, porém, essa é uma realidade que não se vê presente. Por falta de capacidade técnica ou desinteresse, certo é que as atividades legislativas se encontram defasadas, cabendo ao judiciário a realização das mesmas em sede de ativismo judicial.

A Constituição Federal conferiu legitimidade ao Poder Judiciário para agir em hipóteses de omissão dos poderes políticos, como uma forma de preservar o equilíbrio e complementar a insuficiência técnica de um poder pelo outro.

Não fosse esta estratégia do poder constituinte originário, não seria possível a introdução do ativismo judicial no Brasil, pois teríamos um sistema hermenêutico de interpretação constitucional muito mais engessado.

Por fim, como restou demonstrado, há atualmente, no Brasil, um aumento constante de demandas cada vez mais atípicas, revelando que as instancias políticas tradicionais não estão sendo mais capazes de atender às expectativas da sociedade, levando o Poder Judiciário a assumir sua função atípica, se colocando em uma posição de preponderância sobre os demais poderes, não como forma de desrespeito ou ingerência, mas sim por se mostrar o mais institucionalmente capacitado a efetivar os direitos fundamentais e manter a democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. [s.n.] 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Faculdade de Direito de Franca. [s.n.] 2008. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchall. **Dilemas da atuação do Poder Judiciário: ativismo sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin**. Belo Horizonte: D'plácido Editora, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 05/05/2011. STF, 2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC 124.306. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 29/11/2016. STF, 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FACHIN, Tiago. **Ativismo judicial processual**: iniciativa do juiz na formulação dos argumentos e na produção da prova em cotejo com o princípio do contraditório. Perspectivas brasileira e europeia. 2015. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/1828/TIAGO%20FACHIN%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

GOMES, Eva. As duas faces do Ativismo Judicial. **Jusbrasil**. [s.n.] 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40366/as-duas-faces-do-ativismo-judicial>. Acesso em: 11 set. 2020.

JUNIOR, Antonio Veloso Peleja. **Opinião: Ativismo judicial em tempos de COVID-19**. Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso. [s.n.] 2020. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/24%20-%20ATIVISMO%20JUDICIAL%20EM%20TEMPOS%20DE%20COVID.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**. Curitiba: Editora Íthala, 2015.

HAJE, Lara. Gilmar Mendes diz que STF errou em decisão sobre cláusula de barreira. **Câmara dos Deputados**. [s.n.] 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/509833-gilmar-mendes-diz-que-stf-errou-em-decisao-sobre-clausula-de-barreira>. Acesso em: 05 out. 2020.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. **Ativismo Judicial: Qual o Limite do Poder Judiciário**. RKL Advocacia. [s.n.] 2017. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/ativismo-judicial-qual-o-limite-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 15 set. 2020.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. **Ativismo judicial: multiplicidade de sentidos**. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá. 2009.