

BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

Raissa Souza Barreto¹

RESUMO

Considerando a construção histórico-evolutiva do Direito no mundo, as diversas formas de poder estabelecidas pelo Estado nas mais diversas épocas e, sobretudo, a influência dos movimentos sociais, especialmente das camadas mais influentes da sociedade — muitas vezes voltada ao viés econômico —, na estrutura governamental dos países, o modo como se distribuiu os poderes da gestão estatal foram se adequando aos contextos vivenciados, chegando aos ideias do Barão de Montesquieu e a tripartição dos poderes alcançando, posteriormente, o aparato estatal que se consolidou: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

O que pretende-se discutir neste artigo é como essas dimensões das formas de distribuição dos poderes ao decorrer da história alcançou o que chamamos hoje de ativismo judicial, um fenômeno de protagonismo do Poder Judiciário frente aos demais poderes, sendo este reflexo do contexto político, jurídico, social e ideológico, sobretudo em na realidade brasileira, abordando, ainda, como este se apresenta na perspectiva legislativa — com fundamento na Constituição Federal de 1988 — e jurisdicional — frente ao controle de constitucionalidade e as súmulas vinculantes —. Para todos os efeitos, este artigo possui por objetivo estimular a reflexão e os debates acerca deste tema, o qual é e continuará sendo de suma importância, sobretudo para os demais desdobramentos políticos-jurídicos.

Palavras-chave: ativismo judicial, Constituição; Direito, história, Poder Judiciário, Poder Legislativo, sistema de freios e contrapesos, tripartição dos poderes.

BRIEF EXPOSURE ON BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT

Considering the historical-evolutionary construction of Law in the world, the various forms of power established by the State in the most diverse eras and, above all, the influence of social movements, especially the most influential layers of society

¹ Graduanda do 4º semestre do curso de Direito, na Faculdade Visconde de Cairu (FVC), Salvador/BA. E-mail: raissabarreto1506@gmail.com.

— often focused on economic bias —, in governmental structure of the countries, the way in which the powers of state management were distributed were adapted to the contexts experienced, reaching the ideas of Baron de Montesquieu and the tripartition of powers reaching, later, the state apparatus that was consolidated: Executive, Legislative and Judiciary Power.

What we intend to discuss in this article is how these dimensions of the forms of distribution of powers throughout history reached what we call today judicial activism, a phenomenon of protagonism of the Judiciary Power in front of the other powers, being this reflection of the political context, legal, social and ideological, especially in the Brazilian reality, also addressing how this is presented in the legislative perspective — based on the Federal Constitution of 1988 — and jurisdictional — in the face of Constitutional review and Binding Judicial Precedents —

. For all intents and purposes, this article aims to stimulate reflection and debates on this topic, which is and will continue to be of paramount importance, especially for other political-legal developments.

Keywords: judicial activism, Constitution, Law, history, Judicial power, Legislative power, checks and balances, tripartition of powers.

INTRODUÇÃO

Em um contexto político, jurídico e social, onde encontramos não somente a sociedade, mas, sobretudo, os próprios poderes da República Federativa do Brasil mais distanciados ideologicamente, o que, de fato, acaba gerando conflitos entre estes, mostra-se extremamente necessário o debate sobre o ativismo judicial, enquanto uma atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário, debatendo-se como se dão e quais são os seus limites e, ainda, como este aparece neste atual cenário como uma possível afronta ao sistema de freios e contrapesos que regula os poderes da União.

Primeiramente, devemos lembrar que, pelo artigo 2º da Constituição Federal de 1988, os poderes da União são separados em Legislativo, Executivo e Judiciário, estando estes incumbidos por funções típicas, sendo estas, respectivamente, legislar, administrar e julgar conflitos. Dito isso, é importante ressaltar que *ne procedat iudex ex officio*, ou seja, pelo princípio da inércia judicial, o juiz só poderá exercer sua jurisdição quando manifesta a pretensão do interesse das partes, quando haja provocação destas frente as relações processuais, como elucida os artigos, 2º do Código de Processo Civil e 24 do Código de Processo Penal:

Art. 2º do CPC. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. (BRASIL, 2015, tít. I, cap. I, art. 2)

Art. 24 do CPP. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (BRASIL, 2015, tít. II, cap. I, art. 24)

Isso significa que — como posto no artigo 140 do Código de Processo Civil —, o “juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Isso se dá, pois, a este é incumbido a função de aplicar a lei e, na falta desta, fundamentar conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4ª da LINDB), de modo a preencher as lacunas deixadas pela omissão do Poder Legislativo frente aos fatos do cotidiano que, por sua vez, estão constantemente se renovando, inovando em suas jurisprudências e fornecendo resoluções a conflitos que antes estavam desamparados pelo ordenamento jurídico, garantindo a proteção e a tutela dos direitos fundamentais e, a busca pelo alcance do bem comum.

Desse modo, podemos conceituar ativismo judicial como sendo

“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, 2012. p. 25)

PONTUAÇÕES QUANTO A HISTÓRIA DO DIREITO

Como de praxe, é de suma importância sempre e em qualquer oportunidade relembra o histórico que rodeia a área do Direito e a produção jurídica no mundo, nas mais diversas épocas e contextos, visto a necessidade de compreendermos qual o ponto de partida para as atuais formas de repartição do poder e da organização dos Estados ao redor do globo terrestre.

A história do Direito no mundo é longínqua, remontando desde a Antiguidade, passando pelo Egito Antigo, pelos hebreus, sofrendo influência da religiosidade, perpassando o veemente Império Romano, chegando aos tempos da Revolução Francesa com os ideais de “*Liberté, égalité et fraternité*”, gerando o movimento Constitucionalista, alcançando a Idade Contemporânea e moldando o que chamamos de Estado Democrático de Direito. Alguns desses períodos serão de suma importância para posterior compreensão sobre o Direito brasileiro e, conseqüentemente, a produção jurídica baiana, visto ser nosso ordenamento jurídico o que podemos denominar de um conjunto das mais diversas produções jurídicas internacionais.

Inicialmente, há de abordar-se sobre o século XVIII, período marcado pela Revolução Francesa e a quebra com o absolutismo monárquico. Esse período é de extrema relevância para o Direito mundial e, conseqüentemente, para a produção jurídica brasileira, visto o clamor pela descentralização do poder em favor do monarca, representado nesse contexto por Luís XIV e, pela ressignificação de teorias absolutistas, como as de Maquiavel, Thomas Hobbes e Jacques Bossuet. Surgiram aqui o liberalismo — uma corrente política opositora ao governo centralizador e detentor do poder estatal que caracteriza o Estado absolutista — e o constitucionalismo — movimento em defesa da criação de um documento (Constituição), o qual seria pautado, sobretudo, nos direitos humanos sendo, portanto, uma lei superior, inclusive, ao próprio governo.

A partir deste momento histórico ramifica-se todos os demais. A Revolução Francesa trouxe consigo uma quebra para com todas as formas de produção de atos normativos da época e de suas respectivas formas de poder. As Revoluções Liberais que daí eclodiram levaram consigo seu ideal junto a seu princípio de limitação do

poder estatal pela Constituição, pautada na proteção a liberdade. A Revolução Industrial que posteriormente significou outra ruptura, desta vez nos modos de produção, trouxe valores como a saúde, a educação, o lazer, o trabalho, na busca pela garantia da igualdade material. As novas tecnologias colocaram a prova a manutenção ao meio ambiente, o alcance da comunicação social, a proteção dos mais vulneráveis, o cuidado para com a genética humana e, sobretudo, para com a paz mundial, diante das Guerras Mundiais que antecederam.

DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES DE MONTESQUIEU À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1891

Valendo da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, pela qual se consagrou, temos no presente a concepção da repartição do poder em Legislativo, Executivo e Judiciário. A realidade gira entorno do fato de a concepção inicial ser formulada por outro teórico, John Locke, considerado o pai do liberalismo, mas foi somente com o Barão de Montesquieu que a teoria ganhou visibilidade pela separação dos poderes entre Legislativo, Executivo e Federativo, onde

“no legislativo, determina a forma como deve legislar o direito público de forma a proteger a sociedade e os indivíduos, elaborando as leis, separando-o do executivo, pois se os mesmos cidadãos que fazem as leis tivessem que executá-las haveria abuso de poder dentre eles, e o poder federativo que estava diretamente ligado as relações internacionais.” (SILVA; SANTOS; SANTOS, p. 195, 2012)

Desse modo, reflete ainda o então filósofo quanto a independência entre estes poderes diante, sobretudo, do regime absolutista francês, o qual tinha por principal característica a concentração do poder nas mãos do rei absolutista. Tal prerrogativa trará, posteriormente, o que passamos a denominar sistema de *checks and balances*, ou ainda, sistema de freios e contrapesos, o qual passará a regular a interação entre estes três poderes, limitando a atuação de um poder sob o outro e o seu alcance, pois

“Mesmo, com a separação dos três poderes, há uma relação de dependência para com os mesmos, cada função de governo está diretamente ligada à outra, deixando-o de ser totalmente exclusiva, pois tanto o poder legislativo, como o executivo e o judiciário pode inferir nas decisões dos mesmos e em alguns casos é necessária a aprovação de algumas funções para que se ponha em prática o que está sendo proposto.” (SILVA; SANTOS; SANTOS, p. 196, 2012)

No Brasil, após a independência, ainda em regime monárquico e em Estado unitário, foi instalada a repartição dos poderes, porém, em outros moldes, diante da

instalação do quarto poder: o Poder Moderador. Tal cargo era exercido pelo Monarca, possuindo o próprio pleno poderes para interferir nos demais, outorgando decretos, concedendo e exonerando membros da Administração Pública, governadores, magistrados, etc.

Somente com a Proclamação da República Brasileira em 1889 e, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1891 o Brasil passa, verdadeiramente, a possuir o sistema de tripartição dos poderes, constituindo-se em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. O Legislativo, portanto, com função típica legislativa e funções atípicas jurisdicional e administrativa. O Executivo com função típica administrativa e função atípica legislativa. E, por fim, o Poder Judiciário, com função típica jurisdicional e funções atípicas legislativa e administrativa.

Este, especialmente, trata-se de um dos pontos de interesse deste artigo, a criação do Supremo Tribunal Federal (STF) pela Constituição Brasileira de 1891, tendo este a missão da guarda da Lei Maior.

AS SÚMULAS VINCULANTES E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como dito anteriormente, o Poder Judiciário tem função típica jurisdicional, ou seja, de aplicar a legislação a fim de solucionar conflitos resultantes das divergências entre os particulares e, entre estes e o Estado frente ao ordenamento jurídico. Tem ainda como funções atípicas legislar — quando os tribunais criam seus regimentos internos — e administrar — quando realiza concursos, contratações de funcionários, criação de órgãos internos, entre outros atos.

Isto posto, esse processo de consolidação do ativismo judicial no cenário político-jurídico brasileiro ocorre quando o Poder Judiciário interfere na função típica do Poder Legislativo, a partir do protagonismo de tribunais superiores onde, principalmente,

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006). (BRASIL, 1988, cap. III, seq. II, art. 103-A)

O texto constitucional, portanto, determina que as súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que tenham reiteradas decisões sobre matérias constitucionais as quais já foram exaustivamente debatidas, possuem efeito vinculante, ou seja, obrigam que os demais tribunais, nas mais diversas esferas, sigam o entendimento do próprio de modo que se mantenha a uniformidade e a isonomia nas decisões em casos semelhantes em território nacional, limitando a discricionariedade das decisões judiciais com a finalidade de manter a segurança jurídica.

Em similar sentido apresenta-se o controle de constitucionalidade, o qual tem por principal objetivo a observância do sistema normativo frente ao fundamento de validade, em outras palavras, a Constituição. Pode este ser exercido de duas maneiras: a) controle difuso de constitucionalidade — quando exercido pelos diversos tribunais, onde cada Magistrado decide, quanto ao caso concreto, a constitucionalidade deste — e; b) controle concentrado de constitucionalidade — limitado ao STF, analisando quanto a constitucionalidade do ato normativo em questão.

Para tal raciocínio interessa-nos o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade. Quanto a interpretação das leis e, sobretudo, da Lei Maior, ao decorrer do tempo foram elaborados e, posteriormente superados, vários métodos hermenêuticos, o que resultou no desprendimento da simples aplicação da lei, pregada pela Escola Exegética, passando assim o Magistrado a agir de acordo com a sua discricionariedade fundamentada no ordenamento jurídico, visto que o Poder Legislativo em seu processo de criação legislativa não conseguia acompanhar as mudanças da sociedade.

O controle exercido pelo STF é abstrato pois não parte da análise do caso concreto, mas sim do ato normativo frente ao seu fundamento de validade, a Lei Maior. Este o exerce por instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Art. 102 da CRFB/88. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...)

§1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL, 1988, cap. III, seq. II, art. 102)

A narrativa que circunda este dispositivo é sua inevitável interferência na função típica do Poder Legislativo, frente sua morosidade para tratar de assuntos de suma relevância social, política e jurídica, pois

Nunca se concebeu que caberia ao Supremo Tribunal Federal a difícil tarefa de dispor sobre temas como a obrigatoriedade dos entes federativos ao fornecimento de medicamentos para a população, a legalidade da pesquisa com células embrionárias, a validade da união homoafetiva, a expansão das hipóteses de autorização para aborto, a possibilidade de realização do próprio aborto etc... (DINIZ, 2011, p. 36)

O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil encontra-se no mais longo período de estabilidade democrática de sua história, o que auxilia para uma melhor organização na separação dos poderes e, em uma postura mais protagonista do Poder Judiciário, principalmente, por nele estar presentes órgãos de relevante importância político-jurídica como o Supremo Tribunal Federal (STF), sendo este o guardião da Constituição e de seus princípios e direitos fundamentais. O grande questionamento que gera essa tensão entre os poderes da União e esse protagonismo do Poder Judiciário frente aos demais é justamente como esse ativismojudicial pode ser exercido e quais os seus limites. De fato, esta é uma questão que ainda há de ser debatida e, que dificilmente chegaremos a um consenso acerca dessa discricionariedade do juiz frente ao exercício de sua profissão.

É importante, ainda, registrar que, como escreve o jurista, professor e magistrado Luís Roberto Barroso (2012, p. 23), este fenômeno não é uma peculiaridade nossa, mas algo que se verifica, desde o final da Segunda Guerra Mundial, “na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.”

Esse combustível que é a soberania popular traz consigo um grande peso frente aos atos realizados pelos três poderes da República Federativa do Brasil e, principalmente, pelo Poder Judiciário, o qual, dentre os demais, é o mais observado pela população, onde a “visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.” (BARROSO, 2012, p. 24)

DISCUSSÕES EM PAUTA

Algumas pautas que podem ser possíveis limitadores desse poder discricionário são, as já referidas, questões políticas, não somente em sentido ideológico, mas, também, em sentido de soberania popular e quanto ao posicionamento da sociedade frente aos referidos assuntos. Há ainda de se falar quanto a fundamentação do juiz para o convencimento de seus atos e de suas sentenças, sobretudo a sua argumentação e racionalidade, de modo que seja proporcional, garantindo o resguardo do mínimo existencial e não cometendo excessos em sua liberalidade.

Entretanto, é importante ressaltar que, o ativismo do Poder Judiciário não fere o Poder Constituinte Originário e, também, é legitimamente democrático, visto que a própria Carta Magna de 1988 assegura quanto a independência entre os poderes da União (art. 2º da CRFB/88), representando a soberania popular, pois, decisões de grande repercussão — como a equiparação da união estável homoafetiva como núcleo familiar (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ), podendo estes constituírem família em igualdade de direitos e, ainda, a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF), ou seja, que apresentam malformação cerebral, colocando a vida da mulher e da própria criança em risco —, são demandas de interesse e de necessidade da sociedade.

CONCLUSÃO

Destarte, há a necessidade de um longo processo de debate sobre o assunto, diante da dicotomia excessos e limitações. Porém, não pode ser esquecido que cada conflito encaminhado ao Poder Judiciário constitui um caso concreto, o qual possui elementos fáticos, valorativos, passíveis de interpretações, aplicações de princípios e valores constitucionais e, que vão diferir conforme o fato apresentado, não podendo, desse modo, restringir o juiz a mera aplicação da lei, pois assim estaríamos vinculados a um cego positivismo onde as particularidades, os valores e a pluralidade de cada contexto não seriam analisadas em sua integridade.

REFERÊNCIAS

ATIVISMO JUDICIAL: aspectos polêmicos. Youtube, 2020. 1 vídeo (40min07s). Publicado pelo NEDC - Núcleo de Estudos de Direito Constitucional. Disponível em: <https://www.youtube.com/live/L-h64Zk1Yfw?feature=share>. Acesso em: 8 mai. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 11 mai. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 1988. 452. p. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de jul. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União.** Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em :<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 8 mai. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União.** Rio de Janeiro, Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. 4 set. 1942. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 8 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União.** Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 8 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União.** Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 8 mai. 2023.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: Geral e Brasil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 578 p. ISBN: 9788537507438.

DINIZ, Antonio Augusto Gonçalves Balieiro. O Judiciário como guardião da Constituição da República, interpretada em sua máxima efetividade: O Controle de Constitucionalidade. **Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: EMERJ, ed. 2ª, ano 2011, p. 36-41, Mensal. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Control_de_Constitucionalidade_36.pdf. Acesso em: 26 jul. 2023.

SILVA, Lindiane Rozário da; SANTOS, Milena Montino dos; SANTOS, Shirley Corrêa dos. A DIVISÃO DE PODERES: DE MONTESQUIEU AOS NOSSOS DIAS. **Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais - UNIT - SERGIPE**, Aracaju:

Gutemberg, ano 2012, v. 1, n. 14, p. 191-200, Anual. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernohumanas/article/view/199/153>. Acesso em: 17 jul. 2023.

STF. **ADI 4277/DF**. Rel. Ministro Ayres Britto. Data do Julgamento: 5 mai. 2011. Data da publicação: 14. out. 2011. Disponível em:< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 9 mai. 2023.

STF. **ADPF 132/RJ**. Rel. Ministro Ayres Britto. Data do Julgamento: 5 mai. 2011. Data da publicação: 14 out. 2011. Disponível em:< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 9 mai. 2023.

STF. **ADPF 54/DF**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 11 e 12 abr. 2012. Data da publicação: 12 abr. 2012. Disponível em:< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 9 mai. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Curso a distância: Controle de Constitucionalidade da legislação local**. Brasília: Coordenadoria de Desenvolvimento de Pessoas, 2019. Disponível em <https://ead.stf.jus.br/>. Acesso restrito com login e senha. Acesso em: 26 de jul. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Curso a distância: Pesquisa de jurisprudência no STF**. Brasília: Coordenadoria de Desenvolvimento de Pessoas, 2021. Disponível em: ead.stf.jus.br. Acesso restrito com login e senha. Acesso em: 25 de jul. 2023.