

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS – UNIGOIÁS
CURSO DE DIREITO

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS "LIMITES" DE ATUAÇÃO
FRENTE À SEPARAÇÃO DOS PODERES**

ROSELENE DA SILVA

GOIÂNIA
Junho/2020

ROSELENE DA SILVA

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS "LIMITES" DE ATUAÇÃO
FRENTE À SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro
Universitário de Goiás – UNIGOIÁS, sob orientação da
Professora Ma. Évelyn Cintra Araújo, como requisito
parcial para obtenção do bacharelado em Direito.

GOIÂNIA
Junho/2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

ROSELENE DA SILVA

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS "LIMITES" DE ATUAÇÃO FRENTE À SEPARAÇÃO DOS PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do título Bacharel em Direito, do Centro Universitário de Goiás – UNIGOIÁS, defendido e aprovado em _____ de _____ de _____ pela banca examinadora constituída por:

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora Profa. Ma. Évelyn Cintra Araújo

Examinadora Profa Ma. Débora de Abreu Moreira dos Santos Martins

SUMÁRIO

RESUMO	06
INTRODUÇÃO	06
1 O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	07
1.1 Precedentes históricos e conceituais	07
1.2 O ativismo judicial no direito comparado	10
1.3 Bases do Ativismo Judicial no Brasil	11
2 ATIVISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	13
2.1 Ativismo, interpretação e princípios constitucionais	13
2.2 Da separação dos poderes	14
2.3 Limites do Ativismo Judicial: aspectos específicos do controle de normas	16
3 O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL	17
3.1 Protagonismo judiciário na garantia da efetividade aos direitos sociais	17
3.2 Ativismo na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	19
3.3 Casos concretos de Ativismo Judicial no Poder Judiciário	21
CONCLUSÃO	23
REFERÊNCIAS	24
DECLARAÇÃO E AUTORIZAÇÃO	28

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS "LIMITES" DE ATUAÇÃO FRENTE À SEPARAÇÃO DOS PODERES

Roselene da Silva¹

RESUMO

O objetivo geral do artigo consiste em analisar o ativismo judicial como meio de efetivação aos direitos fundamentais e seus "limites" de atuação, frente a separação dos poderes. A problemática discute se o Estado Brasileiro consegue cumprir de maneira efetiva o que prescreve a Carta Magna de 1988, para garantir os direitos fundamentais aos seus cidadãos, sem a necessidade de atuação do Poder Judiciário. E, também, em que medida o Ativismo Judicial poderá ser exercido sem que haja violação ao princípio da separação dos poderes e à democracia. Na produção textual, empregou-se o método dedutivo. O conteúdo foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas, com análises doutrinárias, livros, artigos científicos publicados em bibliotecas virtuais. Nos objetivos específicos apresenta a história e conceitos do ativismo judicial, com ênfase nos fatores que contribuem para o seu desenvolvimento no Brasil. Na sequência, analisa seus fundamentos legais e doutrinários que justificam a ação do Poder Judiciário ao buscar, diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, preservar direitos e garantias previstas na Constituição, mediante uma discussão a respeito de como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se mostrado para a concretização desses fundamentos. E, ainda, analisa casos que discutem a atuação do poder Judiciário e a existência ou não do Ativismo Judicial. Na conclusão, reporta-se ao entendimento de que o protagonismo judiciário, por mais sustentável que seja – não resolve a crise jurídico-política, haja vista que a esfera de atuação do Poder Judiciário é ampla, e, muitas vezes, suas decisões são pautadas em base jurídica principiológica, o que dá margem à interpretação aberta do direito.

Palavras-chave: Protagonismo judiciário. Garantias constitucionais. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, um dos maiores debates travados pela doutrina constitucional brasileira está atrelado ao ativismo judicial, na medida em que os membros do Poder

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-Anhanguera, [e-mail. roselenedsilva2012@hotmail.com](mailto:roselenedsilva2012@hotmail.com)

Judiciário, por meio de suas decisões, interferem, diuturnamente, nas esferas dos demais poderes.

O tema possui grande relevância no ordenamento jurídico e o assunto suscita polêmicas e controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional, sobre o papel do Poder Judiciário no mundo atual e a delicada questão que envolve a separação dos poderes e os limites da atuação jurisdicional num Estado Democrático de Direito.

No cenário brasileiro, o ativismo judicial surgiu com a Constituição Federal de 1988, a promulgação desta ocasionou a adoção de um novo padrão constitucional e instituiu um Estado Democrático de Direito, com o acolhimento de vários direitos fundamentais, e, portanto ampliou os meios de busca e efetivação dos mesmos, permitindo, assim, que a judicialização se instalasse no Brasil (SILVA, 2010).

Considerando que Poder Legislativo possui como principal atribuição a de elaborar projetos de lei, possuindo dessa forma papel essencial na efetivação dos direitos sociais e que ao Poder Executivo compete instituir políticas públicas que tenham como objeto a garantia dos direitos sociais instituídos na Constituição Federal de 1988, a favor dos cidadãos, coloca-se em discussão as seguintes questões: O Estado Brasileiro, embora disponha de uma “Constituição Cidadã” que contempla uma diversidade de direitos individuais e coletivos, consegue cumprir de maneira efetiva o que prescreve a Carta Magna de 1988, para garantir os direitos fundamentais aos seus cidadãos sem a necessidade de atuação do Poder Judiciário? Em que medida o Ativismo Judicial poderá ser exercido sem que haja violação ao princípio da separação dos poderes e à democracia?

Partindo do pressuposto de que o ativismo judicial seja necessário à concretização dos dispositivos constitucionais e ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito, se somente se agir legitimamente em nome da Constituição, seja para assegurar direitos fundamentais ou resguardar o processo democrático, motivo pelo qual, exceto nessas duas situações, o Judiciário deve atentar-se para com as escolhas políticas feitas pelo Congresso e pelas escolhas arbitrárias do Executivo (CARVALHO FILHO, 2014).

Supõe-se que o ativismo judicial passa a ser benéfico para a população na medida em que o Judiciário garanta os direitos constitucionais, sem que haja a invasão de competências nos demais Poderes. Concebe-se, pois, que aos juízes é dada a competência para a aplicação das normas constitucionais na solução de casos sob sua apreciação, não havendo necessidade de esclarecimentos do legislador para a sua efetiva aplicação (MENDES *et al.*, 2008).

Como objetivo geral deste estudo, pretende-se analisar o ativismo judicial como meio de efetivação aos direitos fundamentais e seus "limites" de atuação frente a separação dos poderes.

Nos objetivos específicos, intenta-se, apresentar uma abordagem histórica e conceitual a respeito do ativismo judicial e sua distinção da judicialização da política, com ênfase nos fatores que contribuem para o seu desenvolvimento especificamente no Brasil, analisando os fundamentos legais e doutrinários que justifiquem o ativismo do Poder Judiciário ao buscar, diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, preservar direitos e garantias previstas na Constituição.

Objetiva-se, também, levantar as ações adotadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para a materialização dos direitos e garantias fundamentais, positivados na Constituição Federal vigente, e a atitude manifesta na solução dos casos de omissões dos demais poderes, sem abalar a harmonia entre os três poderes e sem violar a finalidade única de garantia da constituição Federal. E, ainda, analisar casos que discutam a não atuação do poder Judiciário e a existência ou não do Ativismo Judicial.

Do ponto de vista acadêmico, abaliza-se a relevância em ampliar conhecimentos acerca do assunto, especialmente pelo fato de que a incidência do ativismo judicial trouxe e ainda poderá trazer relevantes avanços em matéria de direitos fundamentais, desde que adotado como um ato de colaboração ao Executivo, ao Legislativo e ao regime democrático. Impende esclarecer que não se pretende neste estudo esgotar as discussões sobre o ativismo do Supremo Tribunal Federal, principalmente, diante do fato de o fenômeno estar inserido em contexto altamente dinâmico que favorece o surgimento de novas situações, pensamentos e posicionamentos relativos ao tema.

O método escolhido na elaboração do trabalho jurídico é o método dedutivo-analítico, mediante o emprego da pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório e descritivo. As fontes utilizadas na coleta de dados referem-se artigos e textos disponíveis em revistas eletrônicas, bem como dissertações, teses e documentos oficiais disponíveis em bibliotecas virtuais, além de periódicos impressos. A produção textual fundamenta-se, precipuamente, no exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de obras doutrinárias de importantes autores e estudiosos reconhecidos pela análise do problema jurídico colocado para discussão.

O artigo estrutura-se em introdução, desenvolvimento e conclusão. A introdução apresenta uma breve síntese a respeito da produção textual. O desenvolvimento corresponde

a três seções, em que será explorado o ativismo judicial à luz do Direito Constitucional Brasileiro, bem como sua relação com o estado democrático de direito e a separação dos poderes, como também a sua efetivação no Brasil. A conclusão refere-se às considerações finais a respeito do tema em pesquisa, apresentando em sequência as referências que deram sustentação para a produção do artigo.

1 O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

1.1 Precedentes históricos e conceituais

A primeira etapa de evolução do Estado é marcada pela transição entre o Sistema Feudal para o absolutismo – Concentração de todas as funções do Estado nas mãos do Monarca. Segundo Ocampo Moré (2013), a concentração dos Poderes na mão de uma única pessoa (O REI) gerava muitos abusos. Assim, a transição do Estado Absolutista para Liberal é caracterizada pela Separação de Poderes e o reconhecimento das garantias e direitos individuais, com objetivo de conter o poder do Monarca. São conhecidos como direitos individuais, com caráter negativo, por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário – um direito de “não fazer”. (MORÉ, 2013).

De acordo com o autor supracitado, os direitos individuais surgem a partir de 1917 e 1919, com a Constituição Mexicana e a Constituição de Weimar, período em que se dá início ao chamado Estado Social. Nasceram com a necessária intervenção do Estado na ordem econômica decorrente da Questão Social (Lutas sociais). Por meio desses movimentos, nasceram os direitos de titularidade individual ou coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado, prestações positivas (direito de fazer do estado). São exemplos: direito à saúde, à educação, à segurança pública (MORÉ, 2013).

Amaral Júnior (2011) discorre que o processo de internacionalização e universalização dos Direitos Humanos, ou seja, a expansão dos Direitos Humanos, no cenário internacional, surge com o final da Segunda Guerra Mundial. O seu desenvolvimento [...] pode ser atribuído às atrocidades cometidas durante os seis anos de Guerra, uma vez que se acreditava que de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se existisse um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos (PIOVESAN, 2011, p. 20).

Em referência a tal modelo, Jediael Alves Ferreira (2013) discorre que este revelou-se num solo fértil para a germinação do ativismo judicial. Com efeito, o Estado

Social Democrático é essencialmente atuante, impulsionador. No discurso do autor: “Sua atitude, pautada pela lei, não é passiva perante o desenvolvimento econômico e social, que deveria ser livre, na visão liberal. Alargam-se as funções institucionais do Executivo e do Legislativo com o fim de atender à demanda social.” (FERREIRA, 2010, p. 16).

Nesse quadro, segundo João Batista da Cunha Ocampo Moré (2013), o Judiciário é chamado a proceder ao controle jurídico da atividade dos demais poderes, inclusive no que tange à imediata fruição de direitos fundamentais e sociais. O Judiciário acaba por responder ao clamor social que vocifera em favor da transformação do Direito e do Estado, adequando- os aos novéis contornos da sociedade do bem estar social.

Em sua abordagem histórica acerca do Ativismo Judicial, Luís Roberto Barroso (2015) aduz que este nasceu da decisão da Suprema Corte Norte Americana quando decidiu sobre a segregação racial, em uma época de inúmeras e densas revoluções nos Estados Unidos, quanto à produção de uma jurisprudência progressista no que concerne aos direitos fundamentais. Depreende-se do relato do autor que “[...] 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, 2015, p. 8).

Contudo, há registros referentes ao primeiro surgimento da expressão no século XIX na imprensa belga, mas que só ganhou notoriedade e repercussão no século XX, nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte deu-lhe efeito mais abrangente (CARVALHO FILHO, 2014, p. 21).

Em referência à origem e abrangência do Ativismo Judicial, consta da literatura que o mesmo surgiu pela primeira vez em janeiro de 1947, através de uma reportagem do historiador norte-americano Arthur Schlesinger, em reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, caracterizando-o como a atitude do juiz “no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos” (GOMES, 2009, p. A2).

No mesmo sentido, Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 21) destaca que, “conquanto se refira ao meio jurídico, o termo ativismo judicial advém do artigo de Arthur Schlesinger, publicado da revista americana *Fortune*, em que ele traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte”. Neste texto, o autor da matéria classificou alguns dos juízes da Suprema Corte como ativistas judiciais, pois, em sua visão, eram os juízes que atuavam de forma proativa na efetivação do estado de bem-estar social. E, desde então, o termo vem

sendo utilizado, normalmente, em uma perspectiva crítica quanto à atuação do Poder Judiciário.

Segundo Anderson Teixeira (2012), à época da reportagem de Schlesinger já começava a se discutir as implicações políticas e jurídicas do ativismo judicial, haja vista os conflitos gerados na estrutura interna do Direito, a exemplo da dicotomia juízes não eleitos *versus* leis aprovadas dentro das formalidades; decisões com orientação política x decisões. Assim, para o mesmo autor, a referida nomenclatura esteve associada a negativo, pois, uma grande maioria tinha concepção reacionária das transformações advindas da nova interpretação constitucional, este pensamento se manteve até meados de 1950.

O doutrinador Luís Roberto Barroso (2015, p. 6) define ativismo judicial como:

[...] 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. 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.

É bastante complexo deparar na doutrina qualquer convergência nas definições de ativismo judicial. Sua problemática do ativismo judicial concerne na usurpação da tarefa do legislador, que segundo Luiz Flávio Gomes (2009), ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico, gerando assim, a insegurança jurídica. Desta maneira, o principal problema do ativismo encontra-se “[...] centrado na má utilização da hermenêutica aos textos constitucionais, pois ao tentar solucionar as temáticas sociais o poder Judiciário tem criado direitos não condizentes com o viés norteador do direito.” (COUTO, 2018, p. 33).

Consoante José Afonso da Silva (2010), o Estado, como grupo social máximo, possui o poder político ou estatal, sendo que o poder estatal é superior aos demais poderes sociais, o qual reconhece, rege e domina. Tal superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado, implicando a independência quando em confronto com os poderes exteriores à sociedade estatal e a supremacia sobre os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal.

1.2 O ativismo judicial no direito comparado

De forma bastante significativa, ativismo desenvolveu-se nos Estados Unidos da América, sendo a revisão judicial uma de suas peculiaridades, mediante a qual o Estado realiza políticas públicas (FERREIRA, 2010, p. 23). Para este autor, nos países que adotam a língua inglesa, sempre houve maior aproximação entre a função jurisdicional e a atividade inflexível em se tratando da produção de normas jurídicas.

Corroborando com tal premissa o autor Elival da Silva Ramos (2010, p. 107), ao afirmar que “os tribunais ingleses e estadunidenses desempenham o papel de regular comportamentos futuros e de revogar os precedentes. Nesses países as leis só são completamente integradas ao Direito quando aplicadas por decisões judiciais.”

Entretanto, Ferreira (2010) assente que o ativismo judicial não é uma expressão exclusivamente norteamericana, tendo se mostrado recorrente nos países em que a aplicação do direito ocorre a partir da interpretação da lei. O autor faz referência ao neoconstitucionalismo, teoria que favoreceu o crescimento do ativismo em países cujo sistema jurídico fundamenta-se no Direito Romano.

A teoria do neoconstitucionalismo, na explicação de Vanice Regina Lírio do Valle (2012, p.25), combina textos fundamentais de conteúdo valorativo com práticas jurisprudenciais que deem espaço a técnicas interpretativas próprias aos princípios constitucionais, a exemplo do aperfeiçoamento dos efeitos normativos dos direitos fundamentais.

No caso específico da Alemanha, conforme expressa Valle (2012), a interpretação do texto constitucional propiciou a construção de uma ordem de valores fundados na garantia de direitos fundamentais, abrindo espaço para práticas ativistas. Dessa forma, segundo a autora:

A Corte constitucional alemã passou a fazer parte do rol das entidades encarregadas pela direção do Estado, procurando, todavia, suavizar os impactos políticos de suas decisões, com o fim de evitar interferências na atuação do legislador, em conformação ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, quando o legislador é deficiente em sua atuação, a Corte limita-se a adverti-lo, para que corrija suas falhas por intermédio da atividade legiferante (VALLE, 2012, p. 27).

Prosseguindo com suas explicações, Valle (2012) faz referência ao ativismo italiano, o qual foi impulsionado pela criação da Corte constitucional e a extensão da aplicação do princípio da igualdade. “Nesse cenário, consagraram-se as sentenças

interpretativas e aditivas, além da modulação de efeitos das decisões de controle. A teoria do Direito vivente proporcionou parâmetros para a prática do ativismo judicial (VALLE, 2012, p. 29).

Já na Espanha, a manifestação ativista foi motivada pelo desenvolvimento jurisprudencial de técnicas de provimento, de modo a concretizarem-se atividades transcendentais da mera confirmação de validade ou nulidade dos atos controlados, com base na premissa de que “quando há baixa densidade de normas, a atividade interpretativa goza de maior liberdade, o que abriu espaço, no Direito espanhol, para o desenvolvimento de sentenças interpretativas e aditivas.” (VALLE, 2012, p. 31).

Com base no acima exposto, pode-se deduzir que ativismo judicial refere-se a uma tendência global rumo ao avanço do Judiciário na política e nas relações sociais, que deve encontrar limites na própria Constituição como garantia do princípio democrático e da harmonização das relações entre os Poderes.

1.3 Bases do Ativismo Judicial no Brasil

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o grande marco do processo de redemocratização do Brasil, que se iniciou em 1985, cujo texto elencou profusos direitos e garantias a todos os cidadãos brasileiros e realizou mudanças institucionais significativas. Em meio a essas reformas, “foram criadas importantes emendas constitucionais e leis ordinárias com o fito de facilitar o acesso à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e ampliar seu poder decisório, promovendo o fortalecimento do órgão de cúpula do judiciário brasileiro” (CAMPOS, 2014, p. 258).

Dentre as Emendas Constitucionais, podem ser citadas a de nº 3 de 1993 e nº 45 de 2004 que, além de outras modificações, reforçaram o controle de constitucionalidade, bem como a Lei nº 9.868/99, que regulou as ações Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade, e a Lei nº 9.882/99, reguladora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CAMPOS, 2014, p. 258).

Como consequência do fortalecimento do STF e do controle de constitucionalidade, a quantidade de demandas ajuizadas perante a Corte aumentou substancialmente e a ela foram confiadas “diversas atribuições e responsabilidades, muitas delas de cunho político e de relevância e interesse nacionais” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 146).

Contudo, outro fator que contribuiu para essa transferência de atribuições e responsabilidades ao Supremo, no sentido de consolidar as disposições da Constituição, sem dúvida, foi a “ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas” (RAMOS, 2015, p. 303).

Em complemento, Elival da Silva Ramos (2015, p. 292) assevera que “[...] em sede de controle de constitucionalidade, constatou-se uma maior proximidade entre o exercício da função jurisdicional e a função legiferante, uma vez que a jurisdição constitucional passou a interferir “diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados.”

Impende ressaltar que a consolidação do STF e do controle de constitucionalidade, mesmo que categórico, não foi o único fator responsável pela incidência do ativismo judicial na ordem jurídica brasileira, haja vista que “sem a disposição de políticos em delegar a resolução de conflitos às cortes, o ativismo judicial careceria da base institucional para de outro jeito avançar.” (CAMPOS, 2014, p. 260).

Evidentemente que o presidencialismo, regime político adotado no Brasil, não foi uma novidade trazida pela Constituição Federal de 1988. Na realidade, ele tem suas origens com a Proclamação da República em 1989 (STRECK, 2013, p. 208). Todavia, há bem pouco tempo, em função da separação dos poderes Executivo e Legislativo e ao pluripartidarismo constitucionalmente legitimado, alguns estudiosos têm adotado a expressão “presidencialismo de coalizão” para definir o sistema político em vigor no país (CAMPOS, 2014, p. 265).

No discurso de Campos (2014, p. 266), o presidencialismo de coalizão beneficia a democracia, com a finalidade de impedir a excessiva concentração de poder nas mãos do Chefe do Executivo, atenuando as chances de se instalar novamente um regime ditatorial em território brasileiro, a exemplo do que ocorreu com o governo militar instalado no país em 1964 e que vigorou por longos vinte anos. Mas há de se considerar “as diferentes ideologias muitas vezes impedem que se estabeleça um consenso entre o governo e o Congresso Nacional, o que culmina com a problemática do mau desempenho desses Poderes (STRECK, 2013, p. 208).

Em face das situações conflituosas entre os poderes governante e legiferante federais que entra a atuação da Suprema Corte brasileira. Essas questões passam a ser judicializadas na expectativa de que, na esfera judicial, se atinja a meta obstruída no cenário político- deliberativo, como a aprovação ou a derrubada de leis ou a decisão de questões controversas, sendo exemplos os casos de aborto e união homoafetiva (CAMPOS, 2014, p.

267).

De fato, esse ambiente de competição entre os poderes tem contribuído para que o STF atue “com boa dose de liberdade para avançar o projeto constitucional contemporâneo de limitação do poder em favor dos direitos fundamentais” (CAMPOS, 2014, p. 267). Destarte, é passível de entendimento que a promulgação da Constituição Federal de 1988 abriu precedentes para a prática do ativismo judicial. As discordâncias entre o Executivo e o Legislativo que resultam com a transferência da capacidade de resolver pendências políticas e sociais ao Judiciário e a carência de resistência desses Poderes à performance do Supremo oportunizaram uma atitude expansiva e proativa da Corte.

2 ATIVISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 Ativismo, interpretação e princípios constitucionais

Atualmente, em face de um legislativo que cada vez menos consegue responder satisfatoriamente os anseios da sociedade, e a manifesta necessidade de respostas imediatas aos problemas existentes, passa-se a perceber um maior grau de importância assumido pela função jurisdicional. No mesmo contexto, observa-se um fenômeno tratado por alguns autores como de “judicialização dos direitos”, que nada mais é do que a busca por respostas imediatas para fazer cessar uma situação de inaplicabilidade dos valores fundamentais do Estado.

A Constituição de um Estado Democrático de Direito reserva ao Judiciário uma papel primordial de garantidor de uma ampla gama de direitos, sobretudo fundamentais, haja vista que “[...] a Constituição Federal em vigor não pode ser interpretada tão somente por seus comandos gerais sem qualquer juridicidade, relegando às leis ordinárias o papel de regular a vida social dos cidadãos, seja na esfera pública ou privada.” (MORÉ, 2013, p. 31).

A Carta Magna Vigente incorporou ao seu conteúdo, tanto as normas como os princípios balizadores da realização de direitos e que se propaga por todo o ordenamento jurídico e a ele se aplica de forma vinculante, conforme se depreende do discurso de Bandeira de Mello (2011, p. 12): “[...] a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a fonte de

todo o Direito.”

Deste argumento, constata-se o Ativismo Judicial tem estreita pertinência com a realização dos direitos constitucionais, haja vista ser de competência do Poder Judiciário sumarizar o significado das normas maiores e aplicá-las ao caso concreto. Destarte, a interpretação da norma constitucional feita pelo Legislativo procede da sua própria missão, assim como o Executivo, ao interpretar as leis se propõe a dar o esperado cumprimento, decorrente de um itinerário lógico para o cumprimento de outras funções; todavia não possuem ambos a função jurídica de interpretar normas (MELLO, 2011, p. 52).

Nesse raciocínio, Luiz Flávio Gomes (1997, p. 137) entende que, “nos moldes ativistas, um juiz constitucionalista configura-se como aquele que realiza a justiça verdadeiro sentido da Constituição no ordenamento jurídico, não se limitando à mera aplicação da lei.” Isto porque, ao Judiciário é reservada a missão de interpretar a Constituição e deliberar o seu conteúdo aplicando-a de modo a concretizar os direitos fundamentais nela previstos.

Tal missão, conforme salienta Moré (2013), não se mostra tarefa fácil, em virtude da complexidade do mundo em que vivemos com diferentes visões e incertezas do que venha a ser o correto e o justo. Dessa forma, a abertura do sistema constitucional permeada por valores e princípios deve se valer de novo raciocínio jurídico que não esteja limitado a simples comandos legislativos nem com o formalismo dos procedimentos, mas da valoração dos conteúdos substanciais que suportam as normas jurídicas.

2.2 Da separação dos poderes

Uma das peculiaridades fundamentais do estado democrático de direito compreende a separação dos poderes instituídos, estando este preceito positivado no artigo 2º da CRFB/88 como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, de forma que a atuação do referido princípio no sistema constitucional pátrio tem o condão de “induzir a interpretação das normas constitucionais, levar à integração das normas constitucionais entre si e pré ordenar a estruturação e a organização dos poderes.” (FERRAZ, 1994, p. 21).

Nota-se a relevância do referido preceito na seara jurídica brasileira, a ponto de ter-se elevado, pelo constituinte originário, à categoria de cláusula constitucional inviolável da nossa Carta Magna, estando expressa no artigo 60, §4º, inciso III, de que “[...] a separação dos Poderes não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (BRASIL, 1988).

Consoante Dallari (2012), o sistema de separação dos poderes, consagrado na constituição, foi associado à ideia do Estado Democrático de Direito e deu origem a construção doutrinária conhecida como sistema de freios e contrapesos, em que cada poder exerceria uma função típica e outra(s) atípica(s) pensando no equilíbrio de governabilidade do poder político.

Assim, atribui-se a cada função, de acordo com a doutrina de José Afonso da Silva:

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A 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, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse (SILVA, 2009, p. 108).

O tratamento entre os órgãos e o respeito de suas atribuições entre si é o que se designa por harmonia entre os poderes, até porque, perante ao sistema de freio e contrapesos, nenhum poder é absolutamente independente. “Cada uma exerce a função típica designada, mas também realiza funções atípicas com o escopo 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.” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 161).

No magistério de Luís Roberto Barroso (2012), a independência orgânica demanda na realidade brasileira atual três requisitos, a saber:

(i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política, e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais poderes (BARROSO, 2012, p. 64).

Ocorre que, se o ativismo judicial ultrapassar a demarcação constitucional estará a provocar mutação inconstitucional, caracterizando-se o cerceamento inaceitável do Judiciário na atividade de outro poder (JEDIAEL, 2013). Por isso, ao exercer o controle de constitucionalidade, o magistrado deve zelar pela normatividade constitucional e infraconstitucional. Para se fortalecer a Constituição deve-se valorizar sua força normativa, o que se dá pela observância aos seus ditames, em especial, ao princípio da separação dos

poderes.

2.3 Limites do Ativismo Judicial: aspectos específicos do controle de normas

Segundo Brito Alves e Fonseca de Oliveira, o ativismo judicial “se sustenta à medida que – e somente se – o processo político falha na tutela de direitos fundamentais – notadamente no caso das minorias em razão de sua baixa participação nesse processo”. Os respectivos juristas afirmam que “o ativismo não deve medir esforços na defesa de direitos de primeira dimensão” (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 40).

No que tange à compreensão dos limites do controle a ser realizado pelo Judiciário, Carvalho Filho (2014) considera que este implica, em primeiro plano, o correto entendimento do princípio da legalidade. Se inicialmente se considerava atendido referido princípio com o simples cumprimento de regras legais isoladas, a ideia ampliou-se com a inserção do princípio da moralidade no artigo 37, caput da Constituição.

Contudo, na interpretação de Araújo (2014), não se pode ignorar a insuficiência de apenas se inserir a moralidade como fundamento basilar da atuação pública. Atualmente, entende-se a legalidade como o princípio que vincula a Administração ao Direito, no qual se inserem os princípios constitucionais explícitos (moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, isonomia) e implícitos (razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé objetiva, supremacia do interesse público), as normas constitucionais e legais vigentes, bem como a imprescindibilidade de atendimento às necessidades sociais em questão.

Assim sendo, tanto a eficiência, expressa no artigo 37 da CF, como o princípio da razoabilidade, são critérios eficientes inseridos no controle de legalidade da conduta administrativa, indispensáveis à caracterização da juridicidade da ação estatal, independentemente da sua natureza vinculada ou discricionária (LOPES, 2009).

Com efeito, parâmetros como a moralidade e a proporcionalidade, antes entendidos como insertos no mérito da ação administrativa, hoje se enquadram no domínio da juridicidade ou legalidade em sentido amplo (LOPES, 2009). No entanto, nem sempre é possível definir objetivamente qual a única ação admitida pelo ordenamento jurídico. Neste contexto, inadmissível que o magistrado pretenda, no exercício de juízo de valor, definir aquela que seria a escolha ótima, penetrando em um espaço de gestão privativo da Administração. Isto porque a discricionariedade permanece circunscrita à esfera administrativa, malgrado a legitimidade do controle de juridicidade reconhecido ao

Judiciário. Carvalho (2015) faz referência à incumbência do judiciário de manter o administrador dentro dos limites da juridicidade delineada no sistema normativo. Assim sendo, pode controlar todos os aspectos do ato vinculado, cujos elementos e pressupostos encontram-se fixados na lei, sendo identificáveis mediante atividade interpretativa levada a efeito diante da realidade em questão. Ainda, segundo o mesmo autor, não se legitima a invasão do espaço de decisão política reservado ao Poder Público, sob pena do magistrado transmutar-se indevidamente em administrador, substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção feita pela autoridade competente, muito embora se entenda limitada a prática de ato discricionário pelo princípio da juridicidade com os contornos já explicitados, sendo indispensável não reduzir a discricionariedade à vinculação com livre acesso ao irrestrito controle jurisdicional.

Especificamente no tocante aos atos políticos, de condução dos negócios públicos, certo é que classicamente se os entendia fora dos limites do controle judicial, em virtude da maior discricionariedade reconhecida aos agentes competentes à sua prática (MELLO, 2017). Para esta autora, o fato de o seu fundamento encontrar-se na Constituição, reconhecendo às autoridades o exame político das conveniências públicas, terminava excluindo os atos de governo da apreciação do Judiciário, quer na hipótese em que eram praticados, quer na hipótese em que o Poder Público se omitia no tocante à sua realização.

Nesse contexto, a nossa Constituição prevê expressamente que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (individual, coletivo, difuso, público ou privado) deixará de ser passível de apreciação pelo Poder Judiciário. Destarte, conforme Jediael (2010), não se admite que o Judiciário invada o cerne político das escolhas governamentais, aspecto reservado à autoridade estatal competente. Contudo, é cabível o controle judicial de eventual ofensa aos parâmetros dispostos na ordem jurídica relativamente à sua edição.

3 O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

3.1 Protagonismo judiciário na garantia da efetividade aos direitos sociais

O possível desempenho ativista do Poder Judiciário, nos mais diversos debates, desde o cidadão leigo até a mais respeitada doutrina, configura-se como um fenômeno da realidade político-social brasileira, acompanhado de um forte crescimento. Esse

protagonismo exercido pelo judiciário tem sido amplamente discutido e contestado. “Essa postura alcança desdobramentos dos mais diversos níveis, e engloba variados preceitos desde a estrutura dos poderes; harmonia institucional; postura antiformalista; desempenho das instituições e principalmente alcança uma extrema repercussão social.” (PAULINO FILHO, 2018, p. 93).

A despeito de haver um grande número de políticas sociais, o Estado não consegue atingir o básico dos direitos fundamentais estabelecidos ao cidadão, devido a vários fatores como: dimensão continental, diversidades cultural e econômica, além corrupção que derroca o país (FREITAS, 2014). Com a abertura democrática, o cidadão brasileiro tornou-se mais consciente de seus direitos e, sempre que necessário, invoca o Judiciário para que sejam acolhidos os seus litígios emergenciais.

De fato, direitos e garantias fundamentais no Brasil encontram-se positivados na Constituição Federal de 1988. Todavia, “[...] esses direitos encontram-se órfãos de políticas públicas, sendo mantidos, formalmente, no texto constitucional, sem qualquer correspondência efetiva.” (FREITAS, 2014, p. 380). Cenário esse que direciona para a busca da tutela jurisdicional, na tentativa de obter resposta concreta que não encontra correspondência na legislação infraconstitucional, nem na atuação do governo.

Copetti Santos e Cesar Lucas (2017) questionam o posicionamento do Judiciário quando ou não há regra de direito explícita ou princípio específico no sistema jurídico que permita uma inserção direta, ou as regras de direito existentes geram uma situação de injustiça social totalmente às avessas de qualquer concepção que se possa ter de democracia.

A problemática da jurisdição constitucional e sua legitimidade, conforme explica Mônia Leal (2007), tem sido objeto de inúmeros debates teóricos ao longo do tempo, especialmente, quando do crescimento de um Estado vinculado à noção de direitos humanos.

A esse respeito, Santos (2007) assinala que o sistema judicial assumiu um forte protagonismo pelo fato de que a Carta Magna de 1988, ao afiançar a justiça gratuita, ao estabelecer a Defensoria Pública e, ao conferir ao Ministério Público a defesa do Estado Democrático de Direito e a tutela de direitos difusos e coletivos, permitiu ao indivíduo e a sociedade tornarem-se protagonistas de suas demandas, na qualidade de sujeitos ativos. Portanto, “essa força do Judiciário deve ser merecidamente atribuída aos autores das diversas ações judiciais, garantidoras de direitos fundamentais, em especial os de natureza

social” (FREITAS, 2007, p. 381).

3.2 Ativismo na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em referência ao ativismo no Supremo Tribunal Federal (STF), Jefson Romaniuc (2012) atenta-se para o fato de que sua atuação no controle preventivo da aplicabilidade constitucional, caracterizando de ofício, se determinada propositura de uma ação não disponha de pedido positivado, para que sejam assegurados princípios constitucionais.

Na estrutura organizacional do Estado brasileiro, o STF compreende um órgão do Poder Judiciário, com a competência prevista no art. 102 na Carta Magna de 1988 para processar e julgar a ADIN (Ação Direto de Inconstitucionalidade). “Ação que tem por objetivo o controle jurisdicional abstrato e concentrado de atos normativos federais e estaduais contestados em face da Constituição Federal” (KASAKEWITCH, 2016, p. 34).

Com isso, o STF assumiu verdadeira posição fiscalizador e protetor dos dispositivos constitucionais, com capacidade, interferir diretamente em atos legislativos, em casos específicos sem violar a própria Lei Maior, para assegurar a aplicabilidade e efetivação dos direitos insculpidos na Carta Magna de 1988, tornando-se detentor da última palavra sobre diversos assuntos de natureza político constitucional, conforme assevera Nóbrega (2009, p. 1):

[...] a Constituição reservou ao STF um feixe de competências, além de algumas estranhas ao próprio mecanismo de controle, que faz com que esse Tribunal tenha que conciliar duas funções: a de cúpula do poder Judiciário (funcionando como verdadeira Corte de Apelação, face à banalização de sua condição de instância extraordinária) e a Corte Constitucional.

Não obstante, toda a prerrogativa que o órgão possui, só se mostra possível em virtude de haver expressa previsão constitucional que atribua poderes para que o STF possa intervir tanto na vida social quanto nos demais Poderes instituídos. De conformidade com a doutrina jurídica, o controle concentrado-abstrato de constitucionalidade subdivide-se em ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIN); arguição de descumprimento de preceito fundamental (APDF), ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) advém do controle concentrado de constitucionalidade, sendo promovida mediante ação judicial, conforme prevê os artigos 102 I, “a” e 103 da CF/88. Sua finalidade consiste em buscar a invalidação de lei ou ato

normativo incompatíveis com a Constituição Federal. Os legitimados para propor uma ADI estão elencados no artigo 103 inciso I ao IX da Carta Magna vigente.

A ação direta de inconstitucionalidade genérica visa a provocar a atuação do Tribunal competente, na esfera federal representado pelo STF, no sentido de que seja apreciado lei ou ato normativo abstratamente, na via principal, como bem explica Alexandre de Moraes (2007, p. 731): “O autor da ação pede ao STF que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual *em tese* (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.”

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADIN), Segundo Moraes (2007), inicialmente introduzida em nosso ordenamento jurídico sob a denominação de representação interventiva, tem por objetivo restabelecer o respeito a um dos princípios constitucionais sensíveis insculpidos no art. 34, inciso VII da Constituição Federal. Essa é a única ação de controle concentrado cuja legitimação ativa foi destinada, desde o seu início, exclusivamente, ao Procurador Geral da República.

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão representa verdadeira inovação, apesar de singelamente mencionada, trazida pela Carta Magna de 1988, sendo consubstanciada no art. 103, §2º do diploma constitucional. Ressalte-se que o referido dispositivo tem como missão intervir para que o Poder Público implemente políticas que respeite os preceitos constitucionais, “[...] “Devendo o Poder Público ou órgão Administrativo regulamentar norma constitucional de eficácia limitada e não o fazendo, surge a „doença“, a omissão, que poderá ser “combatida” através de um “remédio” chamado ADIn por omissão, de forma concentrada no STF.” (LENZA, 2006, p. 161).

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), segundo Barroso (2012, p. 47), refere-se a “[...] um controle de constitucionalidade do sistema concentrado, sendo exercido por um único órgão, ou um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim, tendo nessa atividade sua função principal, vinculando todos os órgãos judiciais inferiores.” Tal instrumento encontra-se positivado na Lei nº 9.982 de 3 de dezembro de 1999, que regulamentou o § 1º do Artigo 102 da Constituição Federal de 1988, cujo primeiro parágrafo que já havia sido adicionado ao referido artigo pela da Emenda Constitucional (EC), nº 3, de 1993 (SANTIAGO, 2012).

A característica peculiar da ADPF está no princípio da subsidiariedade, prevista no art. 4º, § 1º, da lei 9.882, que dispõe não se admitir a ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. A decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória

para todos os juízos e tribunais de modo que a decisão que se refere a um litígio específico, produz efeitos gerais, em face de todos, ou seja o seu efeito e *erga omnes*.

3.3 Casos concretos de Ativismo Judicial no Poder Judiciário

A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nos demais poderes da República funda-se somente se os direitos fundamentais forem violados, não podendo, em tais hipóteses, escusar-se de tutelar os direitos assegurados pela Constituição Federal pelo simples fato de que caberia a este ou aquele poder regulamentar o direito (CAMBI, 2011).

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, em sede de recurso repetitivo, ser válida a extensão do acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez para todas as demais espécies de aposentadoria pagas pelo INSS. Destaca-se a tese firmada no julgado:

Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria. (STJ. 1ª Seção. REsp 1.720.805-RJ e 1648305-RS, Rel. para acórdão Min. Regina Helena Costa, julgados em 23/08/2018).

Esse caso evidencia a legitimação do poder judiciário, ao apreciar um caso previdenciário, cuja decisão dilata um direito não previsto para as demais modalidades de aposentadorias, exemplo de criação do direito em caso concreto. Segundo Fenório (2018), o embasamento constitucional para acolhida da questão encontra-se respaldado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como na garantia dos direitos sociais, contemplados, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, caput, e 6º, da Constituição da República.

No entendimento de Paulo Bonavides (2008), a interpretação utilizada pelo STJ acentua a supremacia axiológica dos princípios, presente nas constituições modernas, firmando o momento histórico do pós-positivismo, no qual se concebe a confirmação da normatividade dos princípios, de maneira que passaram a ser centralizadores da norma constitucional.

Ainda no âmbito do STJ, são diversas as decisões de controle de atos administrativos e serviços da Administração Pública, dentre as quais, destaca-se o Recurso Especial n. 429903/RJ, de relatoria do, à época, Ministro Ricardo Lewandowski, que

alicerçou o entendimento de que o Judiciário pode obrigar administração pública a manter quantidade mínima de medicamento em estoque. *In verbis*:

A Administração Pública pode ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento. Não há violação ao princípio da separação dos poderes no caso. Isso porque, com essa decisão, o Poder Judiciário não está determinando metas nem prioridades do Estado, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas. O que se está fazendo é controlar os atos e serviços da Administração Pública que, neste caso, se mostraram ilegais ou abusivos já que, mesmo o Poder Público se comprometendo a adquirir os medicamentos, há falta em seu estoque, ocasionando graves prejuízos aos pacientes. Assim, não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário. (STJ. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014).

Esse é um exemplo claro de expansão da jurisprudência constitucional visando atender e concretizar os direitos fundamentais, no caso, o direito à saúde. Versando acerca da prestação jurisdicional, Dias (2000, p. 17) aduz que "[...] a falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela".

Impende mencionar que no STJ há precedentes em que, embora não se tenha reconhecido expressamente a união estável homoafetiva, considerou-a análoga à união entre pessoas de sexos diferentes, surtindo os devidos efeitos jurídicos. Observe abaixo trecho do REsp 1.026.981/RJ:

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

No julgamento do REsp 820.475/RJ, DJ 11.05.09, o STJ entendeu pela possibilidade jurídica do pedido de declaração de união estável formulado por casal homossexual, o que só reforça a plena possibilidade de se aplicar analogicamente às uniões entre pessoas do mesmo sexo o regramento existente da união estável, eis que são situações

completamente análogas.

O STF, por intermédio do Ministro Celso de Mello, quando da análise do pleito formulado na MC na ADIN 3.300/DF, DJ 09.02.06, se manifestou no sentido de que há "necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões homoafetivas." Por fim, perfeitamente possível nos afigura a possibilidade de reconhecimento da união estável homoafetiva, ou, ao menos, a aplicação analógica do regramento da união estável à mesma.

No caso do uso das células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, apesar de várias alegações de estar criando um novo constitucionalismo através de suas jurisprudências, o STF julgou pela improcedência da ADIN 3510, que impugnava o artigo 5º da Lei Federal 11.105 de 24 de março de 2005, a Lei da Biossegurança, com intuito de impedir essa linha de estudo científico. Os juízes do supremo decidiram pela inexistência do direito à vida e pela sua constitucionalidade e pela descaracterização do aborto. Afirmaram ainda que as normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna passam pelo direito à saúde e ao planejamento familiar (SANTANA, 2019).

Segundo Pasquoto de Freitas e Francisco França (2016), a primeira crítica refere-se à questão de que competência do Tribunal para legislar a respeito da matéria (ADI nº 5.240) que é própria da União e sobre a audiência no contexto processual penal (APDF 347), considerando que a implantação da audiência de custódia foi normatizada por ato do Conselho Nacional de Justiça (Resolução 213/2015), muito embora haja o entendimento de que a sua execução nos estados funda-se na sua organização administrativa, no sentido de evitar prisões desnecessárias para não agravar ainda mais o problema da superlotação carcerária.

CONCLUSÃO

Ao retomar o objetivo geral deste estudo, buscamos analisar o ativismo judicial como meio de efetivação aos direitos fundamentais e seus "limites" de atuação frente a separação dos poderes, levando em conta que, nas últimas décadas, o cenário brasileiro tem demonstrado que, isolados, os Poderes Legislativo e Executivo não têm sido capazes de assegurar adequadamente o respeito aos direitos que acompanham o substrato mínimo do ser humano como uma das principais características da democracia.

Dos estudos postos para a referida análise, deduzimos que a intervenção do

Judiciário desponta como forma de equacionar o descompasso comunicativo entre Legislativo e Executivo na deliberação política que lhes cabe, uma vez que se pode afirmar que a jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal possui um escopo mediador, razão pela qual se faz necessário o aporte do ativismo judicial.

Em se tratando da legitimidade e função do judiciário, averiguamos que a preocupação dos estudiosos do assunto, que subsidiaram esta pesquisa, pauta-se em diversas críticas à atuação do judiciário, sua extrapolação de funções e o possível confronto com a soberania popular. As críticas da doutrina, direcionadas ao protagonismo dos juízes, diante de sua atuação de forma a judicializar a política, vão desde a compreensão de que a jurisdição é paternalista até a de que o Tribunal se legitima a si mesmo, a partir da autorreferência. Apesar das referidas críticas, o que vem se observando é um protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário no Brasil.

Da análise de casos concretos julgados pelo Tribunais Pátrios, chegamos à conclusão de que as cortes se utilizam de técnicas de interpretação constitucional e, para cada caso concreto, é possível a construção de norma jurídica que satisfaça as especificidades do direito material que se pretende. Técnicas como da ponderação e otimização, bem como por aplicação dos princípios interpretativos, conforme a Constituição, são instrumentos que o julgador deve ter em mente para fundamentar suas decisões no plano normativo constitutivo, utilizando-se da argumentação para efetivação do direito tal como previsto na Constituição.

E, por fim, há de levar em conta que o protagonismo judiciário, por mais sustentável que seja – não resolve a crise jurídico-política, haja vista que a esfera de atuação do Poder Judiciário é ampla, e, muitas vezes, suas decisões são pautadas exclusivamente em base jurídica principiológica, o que dá margem à interpretação aberta do direito, capaz de gerar obrigações ao Estado que não expressas no direito positivo, daí porque diversas são as críticas em relação ao ativismo judicial, sobretudo quanto à formulação de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e Ativismo Judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. Jacarezinho/PR: *Rev. Argumenta*, nº 20, p. 33-45, 2014.

AMARAL JR, Alberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 2 ed. Rio de Janeiro, Atlas, 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. Ed. Atualizada até a EC n. 84, de 2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. in: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2015. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388>. Acesso em: 06 jul. 2019.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros.

2008. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARLI, Patrícia de. A judicialização da política e o protagonismo dos juízes nas decisões que envolvem o direito constitucional à saúde: reflexões acerca da jurisdição constitucional. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 2, n. 14. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/redevistadireito>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COUTO, Ludmilla Souza. *O ativismo judicial sob a ótica da efetividade dos direitos fundamentais e do caráter criativo da interpretação jurídica*. 2018. 42f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Anápolis – UniEVANGÉLICA, Anápolis/GO, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. Saraiva, 2012.

FERREIRA, Jediael Alves. *O ativismo judicial como garantidor da efetividade e do fortalecimento do Estado Democrático de Direito*. 2010. 104 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Católica de Brasília, Taguatinga, 2010.

FREITAS, Ana Tereza Silva de. Protagonismo Judicial no Brasil: em busca da concretização de direitos fundamentais sociais *R. Pol. Públ.*, São Luís, Número Especial, p. 379-384, julho de 2014.

FREITAS, Maria Victória Pasquoto. FRANÇA, Rafael Francisco. *Audiência de Custódia e*

suas Consequências no Sistema Processual Penal. XIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL. DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. IX MOSTRA INTERNACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS. 24 e 26 de outubro de 2016. UNISC (Universidade de Santa Cruz do Sul). Santa Cruz do Sul/SC.

GOMES, Luiz Flávio. *STF – ativismo sem precedentes?* Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KASAKEWITCH, Ricardo Dimitri Gonçalves. *Judicialização da política e a fronteira entre as funções legislativas e judiciais*. 2016. 45f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Biblioteca da Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, Marcelo Netto de Moura. *Controle jurisdicional dos atos discricionários da administração pública*. Brasília, 2009, 97 f. Monografia (Pós-graduação lato sensu em Ordem Jurídica e Ministério Público) - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

MORÉ, João Batista da Cunha Ocampo. *Ativismo Judicial e a efetivação dos Direitos Constitucionais*. 2013. 173f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS, Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI, Itajaí/SC, 2013.

NALINI, José Renato. *A Rebelião da Toga*. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional?* Parte II. 2009. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/osupremo-tribunal-federal-e-umacorte-constitucional-parte-ii>>. Acesso em 29 mar. de 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Saulo Santos. *A constitucionalidade da pesquisa com células tronco*. Artigo, publicado em agosto de 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75760/a-constitucionalidade-da-pesquisa-com-celulas-tronco>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

SANTIAGO, Emerson. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Artigo, 2012. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental/>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. Crítica do Protagonismo do Poder Judiciário. O Ativismo Judicial entre reconhecimento e redistribuição. *Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano XVIII – Nº 29* p 197-230 – novembro, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão. *Observatório da Jurisdição Constitucional (online)*. Brasília, v. 1, ano 6, p. 207-222, mai./2013. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/.../856/595>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

TEIXEIRA, Anderson. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista direito GV*. v.8 nº.1 São Paulo jan./jun. 2012.

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

DECLARAÇÃO E AUTORIZAÇÃO

Eu, Roselene da silva, portador (a) da Carteira de Identidade nº 3946801, emitida pela SSP/GO, inscrito (a) no CPF sob nº 922.526.991-91, residente e domiciliado(a) na rua Vc 62, Quadra 125, LT 05, casa B , setor Conjunto Vera Cruz II, na cidade de Goiânia, estado de Goiás, telefone fixo (x), telefone celular (62) 9858833461, e-mail: roselenedsilva2012@hotmail.com, declaro, para os devidos fins e sob pena da lei, que o Trabalho de Conclusão de Curso: O ativismo judicial como meio de efetivação dos direitos fundamentais e seus "limites" de atuação frente à separação dos poderes, é uma produção de minha exclusiva autoria e que assumo, portanto, total responsabilidade por seu conteúdo. Declaro que tenho conhecimento da legislação de Direito Autoral, bem como da obrigatoriedade da autenticidade desta produção científica. Autorizo sua divulgação e publicação, sujeitando-me ao ônus advindo de inverdades ou plágio e uso inadequado de trabalhos de outros autores. Nestes termos, declaro-me ciente que responderei administrativa, civil e penalmente nos termos da Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Pelo presente instrumento autorizo o Centro Universitário de Goiás, UNIGOIÁS a disponibilizar o texto integral deste trabalho tanto na biblioteca, quanto em publicações impressas, eletrônicas/digitais e pela internet. Declaro ainda, que a presente produção é de minha autoria, responsabilizo-me, portanto, pela originalidade e pela revisão do texto, concedendo a UNIGOIÁS plenos direitos para escolha do editor, meios de publicação, meios de reprodução, meios de divulgação, tiragem, formato, enfim, tudo o que for necessário para que a publicação seja efetivada.

Goiânia _____ de _____ de 2020

(Nome e assinatura do aluno/autor)

APÊNDICE

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS "LIMITES" DE ATUAÇÃO FRENTE À SEPARAÇÃO DOS PODERES

SILVA, Roselene da; ARAÚJO, Évelyn Cintra²

¹Aluna do curso de Direito do Centro Universitário de Goiás – UNIGOIÁS. ² Professora Orientadora Ma. do curso de Direito do Centro Universitário de Goiás – UNIGOIÁS.

O objetivo geral do artigo consiste em analisar o ativismo judicial como meio de efetivação aos direitos fundamentais e seus "limites" de atuação, frente a separação dos poderes. A problemática discute se o Estado Brasileiro consegue cumprir de maneira efetiva o que prescreve a Carta Magna de 1988, para garantir os direitos fundamentais aos seus cidadãos, sem a necessidade de atuação do Poder Judiciário. E, também, em que medida o Ativismo Judicial poderá ser exercido sem que haja violação ao princípio da separação dos poderes e à democracia. Na produção textual, empregou-se o método dedutivo. O conteúdo foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas, com análises doutrinárias, livros, artigos científicos publicados em bibliotecas virtuais. Nos objetivos específicos apresenta a história e conceitos do ativismo judicial, com ênfase nos fatores que contribuem para o seu desenvolvimento no Brasil. Na sequência, analisa seus fundamentos legais e doutrinários que justificam a ação do Poder Judiciário ao buscar, diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, preservar direitos e garantias previstas na Constituição, mediante uma discussão a respeito de como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se mostrado para a concretização desses fundamentos. E, ainda, analisa casos que discutem a atuação do poder Judiciário e a existência ou não do Ativismo Judicial. Na conclusão, reporta-se ao entendimento de que o protagonismo judiciário, por mais sustentável que seja – não resolve a crise jurídico-política, haja vista que a esfera de atuação do Poder Judiciário é ampla, e, muitas vezes, suas decisões são pautadas em base jurídica principiológica, o que dá margem à interpretação aberta do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Protagonismo judiciário. Garantias constitucionais. Jurisprudência.

