

## **ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Sabrina da Silva<sup>1</sup>

### **RESUMO**

A presente pesquisa buscou, com a utilização do método indutivo, analisar o ativismo judicial no âmbito do STF. Nessa perspectiva, o estudo debruçou-se sobre as principais questões constitucionais que circundam o debate acerca da atuação proativa do Poder Judiciário, no que se refere, essencialmente, às decisões proferidas pelo STF, as quais evidenciam a evolução do princípio da Separação de Poderes, ante a necessidade de efetivação de direitos esculpidos na CRFB/1988. Procurou-se, inicialmente, demonstrar as premissas constitucionais sobre o tema, delineando-se os aspectos da atuação do Poder Judiciário, bem como os limites da interpretação constitucional. Superadas essas premissas, passou-se ao exame do ativismo judicial, contornando-se seus pontos preponderantes. Para isso, foram analisados julgamentos de relevante repercussão social, os quais são exemplos de postura incisiva do STF diante, principalmente, da omissão do Poder Legislativo. Denota-se, muitas vezes, para que seja viabilizado o exercício de direitos constitucionais, a necessidade de uma positiva construção jurisprudencial. Pondera-se que o STF é protagonista na afirmação dos direitos fundamentais; nesse contexto, o trabalho examinou decisões concernentes ao direito de greve dos servidores públicos civis, assim como destacou o julgamento que reconheceu e legitimou juridicamente as uniões homoafetivas. A relevância deste estudo reside em cotejar os aspectos jurídico-políticos que legitimam a interpretação criativa, nos limites do equilíbrio dos Poderes. Por fim, concluir-se-á que o ativismo judicial deve ser lido no contexto da defesa e concretização dos direitos preconizados na CRFB/1988.

**Palavras-chave:** Princípios constitucionais. Supremo Tribunal Federal. Ativismo judicial.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como objeto o estudo do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O seu objetivo é pontuar as principais questões constitucionais que

---

<sup>1</sup> Técnica Judiciária Auxiliar. Atualmente ocupa o cargo de Assessora de Gabinete na Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Itajaí-SC. Pós-graduada, em nível de Especialização, pela Universidade do Vale do Itajaí em Direito Público (2014). É aluna do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Univali.

circundam o comportamento proativo do Poder Judiciário, enfatizando entendimentos externados na dimensão da Suprema Corte brasileira.

A importância do estudo deste tema reside em observar os aspectos jurídico-políticos que suscitaram o protagonismo do Poder Judiciário na resolução de conflitos. A escolha do tema é fruto do interesse pessoal da pesquisadora sobre a matéria de ativismo judicial no contexto das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Pretende-se instigar novas contribuições para a compreensão dos fenômenos jurídico-políticos, especialmente, no âmbito de atuação do Direito Constitucional.

Em vista do parâmetro delineado, constitui objetivo geral deste trabalho o estudo do ativismo judicial, sob a ótica da atuação do STF em casos emblemáticos.

Como objetivo específico, pretende-se elucidar as perspectivas atuais da instância máxima do Poder Judiciário no que se refere a sua atuação proativa, diante das lacunas normativas e axiológicas.

A pesquisa foi estruturada em três tópicos, podendo-se, inclusive, delineá-los como três molduras distintas, mas conexas: a primeira é atinente aos aspectos constitucionais da atuação do Poder Judiciário; a segunda diz respeito aos limites da interpretação constitucional; e a derradeira trata do ativismo judicial.

## **2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

A discussão acerca do ativismo judicial está relacionada a relevantes questões constitucionais que serão estudadas neste tópico, com fito de que sejam discernidos os principais aspectos político-jurídicos em torno da atuação do Poder Judiciário.

### **2.1 Princípio fundamental da separação das funções estatais**

Para que sejam examinados os pontos representativos da atuação do Poder Judiciário, insta, inicialmente, debruçar-se sobre o princípio da Separação de Poderes, que é um dos pilares do constitucionalismo moderno.

As diretrizes deste princípio foram concebidas ainda na antiguidade clássica, evidenciadas na obra *A Política*, na qual Aristóteles (2002, p.113) expôs que em todo governo existem três funções essenciais, a de legislar, a de executar as leis e a de julgar os conflitos.

Nesse contexto, Dallari menciona Aristóteles asseverando que:

O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode. (DALLARI, 2005, p. 217-218).

Já na era moderna, John Locke (1994, p. 30) foi o primeiro a sistematizar a teoria da separação de poderes em sua obra *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, em que dividiu os poderes do Estado em legislativo, executivo e federativo, enaltecendo a supremacia do Poder Legislativo em relação aos demais poderes.

A tripartição de poderes, porém, foi consolidada por Montesquieu, em seu livro *Do Espírito das Leis*, na qual definiu as funções do poder:

Pelo primeiro poder, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar”, e o outro chamaremos, simplesmente “o poder executivo do Estado”. (MONTESQUIEU, 2006, p. 165-166).

Cumprir enfatizar que a visão de Montesquieu era estritamente positivista. Relevante, nesse aspecto, observar a lição de Piçarra:

O poder judicial, despojado de qualquer autonomia decisória, de qualquer poder criador do Direito, há de ser, por isso, — en quelque façon invisible et nulle, o que só fica definitivamente assegurado não o atribuindo nenhum — senado permanente, mas a cidadãos das mais diversas proveniências sociais e profissionais, eleitos durante certos períodos. Os tribunais não devem ser fixos, mas apenas constituídos durante o tempo necessário para cumprir suas funções. (PIÇARRA, 1989, p. 97).

Não se pode olvidar que o Poder do Estado é uno e indivisível, desta forma a separação de poderes consiste, na verdade, na divisão de funções estatais. Assim, assinala Dalmo Dallari:

Embora que seja clássica a expressão separação de poderes, que alguns autores desvirtuaram para divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as idéias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando que existe de fato é apenas uma distribuição de funções. (DALLARI, 2005, p. 216-217).

Segundo José Afonso da Silva (2012, p. 109), a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs uma releitura da teoria da separação de poderes, hodiernamente,

fala-se na perspectiva de colaboração entre os poderes, o que é uma das peculiaridades do parlamentarismo, no qual o governo depende da confiança do parlamento.

Convém ressaltar que o princípio em exame, com o surgimento do Estado Social, sofreu alterações em sua concepção, tornando-se mais flexível com intuito de efetivar os direitos fundamentais.

Nesse diapasão, é importante estudar os ensinamentos de Celso Bastos:

Depois de introduzida com grande rigor pelas Revoluções americana e francesa, a separação rígida de poderes afigurou-se inviável na prática. Isto basicamente devido à necessidade de impedir que os poderes criados se tornassem tão independentes a ponto de se desgarrarem de uma vontade política central que deve informar toda a organização estatal. Daí a introdução de uma certa coordenação entre eles, visando a harmonizá-los e contê-los dentro de uma cadeia de fins aos quais devem servir, por serem fins do próprio Estado de quem são simples instrumentos. (BASTOS, 2002, p. 562).

Desta forma, a teoria da separação de poderes deve ser compreendida conforme o contexto jurídico-político atual, no qual se observa um inter-relacionamento de funções. Nessa toada, relevante esmiuçar a lição de Piçarra:

Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente seu núcleo imutável. Deixou, no entanto, de pressupor necessariamente (ou, sobretudo, de confundir com) uma classificação material das funções estaduais, aspirando a uma validade científica universal e intemporal. Não há dogma *a priori*, mas apenas parte integrante de uma concreta constituição, a partir de cuja distribuição de competências se constrói, o princípio da separação dos poderes pretende, ainda, na atualidade, assegurar uma — estrutura orgânica funcionalmente justa como princípio de organização ótima das funções de um Estado ativo como o contemporâneo, cujas prestações correspondem, por vezes, aos direitos fundamentais (econômicos, sociais e culturais) que progressivamente se vieram somar aos direitos fundamentais de liberdade. [...] Tudo isto não pode deixar de determinar, obviamente, a progressiva complexificação do princípio e dificuldades acrescidas no seu tratamento dogmático. (PIÇARRA, 1989, p. 26-27).

A conjuntura política e as nuances da efetivação dos direitos humanos foram responsáveis pela remodelagem do princípio em cotejo, ampliando a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Destaca-se o magistério de Barcellos:

Na medida em que o Judiciário e também o Executivo (cujas funções legislativas cresceram incrivelmente ao longo do século XX) foram ocupando espaços cada vez maiores, passou-se a divulgar a notícia, um tanto alarmista, de superação da idéia de separação dos poderes. Na verdade, a crise da separação dos poderes de que se fala hoje parece ser, realmente, a resposta mais evidente diante da radical alteração das circunstâncias do século XX e da incompatibilidade destas com as concepções

consagradas a respeito da separação de poderes, que simplesmente não acompanharam a construção destas novas realidades. Mas estaria mesmo a idéia básica, o fundamento lógico da separação de poderes em crise? A ampliação dos poderes do Poder Judiciário seria um sinal de sua decadência? (BARCELLOS, 2002, p. 214-215).

A nova perspectiva da teoria da separação de poderes foi invocada no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, consoante determina o art. 196 da Constituição Federal, não configurando escusa válida a esse mister a suposta ausência de recursos orçamentários. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 3. Agravo regimental não provido. (STF - AI: 742734 RJ , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 30/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13- 11-2014 PUBLIC 14-11-2014).

Consoante se extrai do julgado supra, o exercício pelo Poder Judiciário da função precípua de garantidor e aplicador do direito o legitima, em situações excepcionais, a agir de forma interventiva, no intuito de conceder às normas constitucionais eficácia, o que se coaduna com a conjuntura social dos ditames dispostos na CRFB/1988.

Assim, a reconstrução do princípio da Separação de Poderes, consubstanciada na ampliação da atuação do Poder Judiciário, representa a evolução histórica, política e jurídica da teoria representativa da organização do Estado.

## **2.2 Princípio democrático**

Em um breve caminhar pela história, verifica-se que a democracia surgiu na modalidade direta na Grécia antiga. Naquele cenário apenas os considerados cidadãos deliberavam sobre os assuntos relacionados ao Estado e à sociedade.

O princípio democrático está identificado no pensamento de que todo poder emana do povo; a fim de examinar seus traços mais significativos, faz-se necessário ponderar sobre o conceito da democracia.

Norberto Bobbio define democracia:

Acredita-se que o conceito de democracia seja um conceito elástico, que se pode puxar de um lado e do outro à vontade. Desde que mundo é mundo, democracia significa governo de todos ou de muitos ou da maioria, contra o governo de um só ou de poucos ou de uma minoria. (BOBBIO, 1983, p.79).

Contribui com o tema Azambuja:

Nenhum termo vocabulário político é mais controverso que Democracia. Empregado pela primeira vez por Heródoto há quase dois mil e quinhentos anos, a significação do vocábulo tem variado e se transmutado; na prática, através dos períodos históricos, e em teoria nas obras de todos os autores. [...] A desordem na etimologia da palavra, espraia-se em regimes que são ou se dizem democráticos e diferem entre si como termos antônimos. Alguns a definem gramaticamente, e então se percebe que ela nunca existiu e talvez não existirá jamais. Outras procuram descrevê-la tal como ela é, e então verificam que houve e há tantas democracias quantos Estados a praticaram e praticam. E há os que a conceituam tal como devia ser, e nessa perspectiva a inteligência e a imaginação criam sistemas que vão do provável ou possível até magníficas ou atrozias utopias. Não nos devemos, porém, intimidar diante desse torvelinho ideológico; a observação e a reflexão podem nele descobrir tendências e valores que são realidades na evolução política dos povos. O pensamento de grandes homens do passado ensina muito, a ciência e a filosofia políticas deste século têm progredido bastante para oferecer possibilidades de entender como é e como poderá ser a Democracia. (AZAMBUJA, 2005, p. 215-216).

Logo, o princípio democrático está vinculado à ideia de governo do povo, pelo povo e para o povo; entende-se, então, que democracia seja a participação do povo na definição das decisões políticas.

Nesse cenário, são importante as ponderações de Canotilho a respeito do princípio democrático na esfera da organização:

O princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio mas implica uma *forma* de organização desse domínio. Daí o caracterizar-se o princípio democrático como **princípio de organização** da titularidade e exercício do poder. Como não existe uma identidade entre governantes e governados e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentantes é o princípio democrático que permite organizar o domínio político segundo o programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo) igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo. (CANOTILHO, 2003, p. 290).

Extrai-se da lição acima que o princípio democrático desempenha o papel de organizador das estruturas do poder político, estabelecendo as diretrizes para o desenvolvimento do Estado na circunscrição da democracia participativa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu o princípio democrático no preâmbulo, o qual se consolida pelo fundamento trazido pelo parágrafo único

do artigo primeiro, que aduz: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição”.

Um dos principais pontos relacionados à crítica ao ativismo, objeto central da presente pesquisa, advém da falta de legitimidade democrática dos órgãos do Poder Judiciário em face dos atos instituídos pelos demais poderes, uma vez que incumbe aos eleitos pelo povo o exercício do poder político.

Cumprido destacar que no Brasil se instalou uma crise de legitimidade democrática ante as mazelas do sistema político, o que fragilizou a concepção de representatividade.

Zulmar Fachin pontua que:

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário – por meio da atuação de seus juízes, desembargadores e ministros – vem se tornando, em boa medida, o garante da efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os juízes têm decidido sobre inúmeras questões, tais como o fornecimento de remédios à pessoa portadora de enfermidades, o direito de acesso de criança à sala de aula; o direito de o deficiente ter acesso a prédios públicos. O guardião das promessas passa a desempenhar, assim, outra função, qual seja, a de concretizar direitos fundamentais. (FACHIN, 2009).

Ante o quadro atual de enfraquecimento do Poder Legislativo, o Judiciário ao se pronunciar, em alguns casos, sobre matéria constitucional de acentuada relevância social tem uma atitude proativa.

### **2.3 Princípio da inafastabilidade do controle judicial**

O princípio da inafastabilidade da jurisdição consiste na premissa de que todos têm direito à tutela jurisdicional, consolidando o acesso pleno à Justiça. A CRFB/1988, ao dispor no seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantiu de forma plena o acesso à justiça.

Sobre o tema examinam-se as palavras de Gilmar Mendes:

Ao olharmos o texto constitucional do artigo 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), vemos desenhado o próprio estado de direito. Tivemos poucas exceções a esse modelo de proteção judicial efetiva, e as que ocorreram foram negativas, como no período militar, especialmente com a edição do Ato Institucional nº 5, de 1968, pelo qual foram suspensas as garantias da magistratura e concedida indenidade aos atos baixados pelo poder revolucionário, tornando-os insuscetíveis de serem revistos ou apreciados pelo Poder Judiciário. (MENDES, 2007, p. 341).

Pondera-se que o princípio em análise é uma das faces do Estado Democrático de Direito; assim o papel do Judiciário é essencial para proteção e efetivação dos direitos.

Desta feita, não há que se falar em Estado Democrático de Direito sem um Judiciário independente e atuante. Nessa linha, enaltece Didier:

Houve época em nossa história recente, de triste memória, que se tentou excluir do exame do Poder Judiciário a apreciação dos atos administrativos baseados nos atos institucionais do Golpe Militar de 1964. Esta proibição surgiu com emendas à constituição manifestamente inconstitucionais, porquanto, como regras de competência, e não de potência, não poderiam violar uma garantia fundamental (direito de ação), valor superior estruturante do Poder Constituinte. Com efeito, o Ato Institucional nº 05/1968 estipulou, em seu art. 11, esta exclusão. Embora este dispositivo violasse frontalmente a Constituição de 1967 (art. 150, § 4º), pela Emenda Constitucional 01/69 - para alguns, outra Constituição -, o AI 05 foi constitucionalizado, pois seus arts. 181 e 182 determinavam que se excluíssem da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados pelo comando da revolução de 1964. (DIDIER JÚNIOR, 2002, p. 25).

A existência de plausibilidade da ameaça ao direito obriga o Poder Judiciário a efetivar o pedido de prestação judicial, uma vez que a indeclinabilidade desta é princípio básico que rege a jurisdição. Para toda violação de um direito deve haver uma resposta correlativa, desvinculada de lei que a outorgue (MORAES, 2009, p. 83).

O Estado, ao assumir o monopólio da jurisdição, avocou o dever de tutelar os direitos; dessa forma, a vedação à autotutela dos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico atribui ao Estado o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional (BRANDÃO, 2001, p. 176).

Depreende-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispôs, de forma clara, que a apreciação do Judiciário abarca não só a lesão ao direito como a ameaça, destacando, assim, a apreciação preventiva.

Assinala Afonso da Silva:

O art. 5º, XXXV, declara: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Acrescenta-se agora ameaça a direito, o que não é sem consequência, pois possibilita o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Isso já se admitia, nas leis processuais, em alguns casos. A Constituição amplia o direito de acesso ao Judiciário, antes de concretização da lesão. (SILVA, 2012, p. 431).

Nessa senda, em tempo, o doutrinador David Araújo expõe seu entendimento:

Convém destacar, nesse aspecto, que a mensagem normativa foi clara ao colocar sob o manto da atividade jurisdicional tanto a lesão como a ameaça. Ajustando esse

enfoque normativo ao princípio da hermenêutica constitucional, que preconiza que “quando a Constituição quer um fim fornece os meios”, concluímos que o dispositivo constitucional citado, ao proteger a ameaça a direito, dotou o Poder Judiciário de um poder geral de cautela, ou seja, mesmo à míngua de disposição infraconstitucional expressa, deve-se presumir o poder de concessão de medidas liminares ou cautelares como forma de resguardo do indivíduo das ameaças a direitos [...] Por fim, nada impede que a lei venha a criar contenciosos administrativos. O percurso administrativo, no entanto, não é obrigatório, sendo facultado apenas ao administrado, que, em caso de não interesse, poderá socorrer-se imediatamente ao Poder Judiciário. (ARAÚJO, 2007, p. 128).

Pertinente expor que a Constituição brasileira de 1946 foi a primeira a contemplar expressamente o princípio em cotejo. Enfatiza-se que o princípio de acesso pleno ao Judiciário e à justiça corresponde a um dos pilares do Estado de Direito. (BEZERRA, 2001, p. 102-103).

### **3 LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Neste tópico serão examinados os pontos essenciais que contornam a interpretação do texto constitucional, evidenciados constantemente nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

#### **3.1 Princípio da supremacia da Constituição**

A Constituição é o vértice do ordenamento jurídico, pois o seu texto é parâmetro para aferição de validade das normas infraconstitucionais; mencionada assertiva consubstancia-se no princípio da supremacia da Constituição. Segundo Barroso:

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar - controle incidental de constitucionalidade - ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter *erga omnes*, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle principal ou por ação direta). (BARROSO, 2009, p. 372).

Inferre-se da lição supra que o controle de constitucionalidade decorre da supremacia do texto constitucional. Logo, o princípio em estudo fundamenta os mecanismos que regulam o afastamento do ordenamento jurídico das normas eivadas de inconstitucionalidade.

### **3.2 Princípio da interpretação conforme a Constituição**

A interpretação conforme a Constituição consiste em um dos basilares métodos de controle de constitucionalidade; destarte, ao se defrontar com normas que possuam mais de uma interpretação, o aplicador do direito deverá priorizar a que mais se coadune com o dispositivo constitucional.

Denota-se da lição de Barroso:

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo. (BARROSO, 2009, p. 373).

A manutenção da ordem jurídica advém de um sistema em que se prioriza o respeito às normas constitucionais. De acordo com o ensinamento descrito, a interpretação de qualquer preceito deve observar os ditames supremos expressos na CRFB/1988.

A Constituição é o alicerce para as interpretações das normas infraconstitucionais; desse modo, não há legalidade sem a observância dos ditames incutidos no texto constitucional.

Os limites da interpretação das normas jurídicas expressam um papel essencial na garantia da constitucionalidade. A hermenêutica deve atuar contornando as lacunas normativas e axiológicas; contudo, sem ultrapassar as barreiras dispostas na organização do Estado de Direito.

Extremamente pertinente é a lição de Andreas Joachim Krell acerca do papel do Judiciário no cenário da interpretação:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação” [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (KRELL, 2002, p. 22-23).

A respeito da legitimidade produtiva do julgador mencionada, diz Celso Fernandes Campilongo:

Assim, a criatividade judicial (do mesmo modo que a independência e a imparcialidade) deve ser examinada nestes limites. Se, nos chamados “casos difíceis”, o juiz é obrigado a fazer escolhas políticas- muitas vezes por delegação do próprio legislador-, essa criatividade é exercida nos limites da legitimidade legal-racional. O legislador pode rever a delegação ou fixar a opção política. Entretanto, até que isso aconteça, a determinação de uma linha política por parte do juiz- desde que em conformidade com os valores fundamentais positivados pelo ordenamento- não significa, necessariamente, um comportamento antidemocrático, contrário à divisão de poderes ou ofensivo ao Estado de Direito. (CAMPILONGO, 2002, p. 48-49)

Diante das novas perspectivas de direitos, em que a efetivação das normas sociais ocupa um lugar de destaque, a ação criativa do Poder Judiciário é muitas vezes imprescindível para implementação das regras constitucionais.

#### **4 ATIVISMO JUDICIAL**

Nos últimos anos houve um estreitamento nas fronteiras entre a política e a justiça, suscitando críticas sobre a atuação política dos órgãos jurisdicionais. Nesse tópico, será examinado o objeto principal desta pesquisa científica, que consiste no estudo do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

## 4.1 Conceito

O conceito de ativismo judicial está intimamente ligado ao controle pela função judiciária de atos ou omissões originadas das demais funções legislativas ou executivas.

Barroso expressa que:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2011, p. 279).

Em relação à conceituação, Campos esclarece:

Dentro de amplo universo de debate, a opinião sobre a virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. Na verdade, o ativismo judicial, como visto nos capítulos anteriores, é mais criticado do que elogiado. Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como “substituto para excesso judicial”. Para outros, porém, os juízes e as cortes devem agir de modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade e diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições. O discurso é então variável, embora, realmente, predominante aquele “carregado de uma conotação muito negativa”. Cass Sunstein diz que é mais freqüente o uso normativo do ativismo judicial como “insulto”. Decisão ativista seria, na opinião majoritária, sinônimo de decisão arbitrária; juízes ativistas, os “caras maus”. (CAMPOS, 2014, p. 149).

O ativismo judicial sob a perspectiva da interpretação conforme os princípios e valores expressos na Constituição é essencial, uma vez que garante a efetividade dos direitos preconizados no diploma constitucional, cabendo ao Judiciário zelar pela efetividade de tais direitos de acordo com o controle de freios e contrapesos.

## 4.2 A judicialização política

A judicialização consiste na inserção de questões políticas no campo decisório do Poder Judiciário. Por conseguinte, observa-se uma transferência da atuação decisória das esferas executiva e legislativa para a judiciária.

Barroso explica:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não tem 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. (BARROSO, 2011, 279).

Complementa Campos (2014, p. 154):

Entretanto, não se pode esquecer que a relação entre o Direito e Política é um jogo de implicações recíprocas. Da mesma forma que as decisões ativistas interferem direta e indiretamente nas decisões políticas, as cortes também têm a necessidade de se ajustarem ao ambiente político em que estão inseridas – a história da Suprema Corte norte-americana é repleta de exemplos da espécie. Ainda que dentro do amplo marco legal da possibilidade decisórias, as cortes, muitas vezes, decidem influenciadas pelo comportamento de outras instituições e dos poderes políticos. Um cenário político hostil pode conduzir à postura de passivismo judicial; ao contrário, um cenário político de liberdade decisória traduz-se em larga oportunidade ao ativismo judicial.

Torna-se claro, de acordo com as lições doutrinárias evidenciadas acima, que o deslocamento de decisões pontuais que competiam aos Poderes Executivo e Legislativo para o campo de ação do Judiciário advém da necessidade de efetivar os direitos fundamentais.

Desse modo, a intervenção do Judiciário no contexto da política e da sociedade se tornou habitual, revelando a chamada judicialização, a qual expressa uma realidade contemporânea da atuação do Poder Judiciário.

Com o objetivo de exemplificar situações judicializáveis, destaca-se a ADPF 153, que julgou a lei da anistia, tema inserido no campo político, mas com repercussões históricas e sociais, características que outorgam ao Poder Judiciário legitimidade para sua intervenção.

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...]1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. [...] A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (Massnahmegesetze), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e

concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. [...]. (ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011).

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 17.06.2009, nos autos do Recurso Extraordinário 511961, de São Paulo, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, asseverou acerca da desnecessidade do diploma para o exercício da profissão de jornalista, o que retrata, também, a importância no cenário nacional do pronunciamento do Pretório Excelso.

Revela-se que o Judiciário, com o fenômeno da judicialização, passou a ser chamado para dirimir conflitos que transcendem as questões de direito, repercutindo suas decisões incisivamente em diversos setores da sociedade.

Observa-se nesse aspecto a lição de Castro (1997, p. 147-156):

Nesse sentido, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”.

Deve-se atentar que a judicialização é um processo condizente com a nova conjuntura político-jurídica e que não se pode entendê-la como ponto negativo que viola os preceitos democráticos de direito.

### 4.3 Ativismo Judicial

O Poder Judiciário, no que se refere à Suprema Corte brasileira, tem proferido decisões emblemáticas que envolvem questões sociais e políticas, assumindo o papel de protagonista nessa seara.

Abreu (2011, p. 266) assevera que:

Com o constitucionalismo moderno emerge o Judiciário como um novo ator no processo de adjudicação de direitos, em franca contraposição ao contexto original do *welfare*, tempo em que a luta foi travada no campo da política. Assumindo o Judiciário essa nova função constitucional, o território de incorporação de direitos se requalifica não só com esse novo locus institucional, passando a admitir, igualmente da justiça e não somente do Direito. Especialmente nos países *civil Law* houve uma mudança paradigma, levando o juiz a transcender suas funções tradicionais de adequar o fato à lei, assumindo também a atribuição de perquirir a realidade à luz

dos valores e princípios constitucionais. O Poder Judiciário passa a ser um ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Sob esse prisma, diferentemente do Estado Liberal, a Justiça não mais é dependente da política, uma vez que o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário sobre as decisões dos demais Poderes.

O protagonismo do Poder Judiciário ante as lacunas e omissões legislativas, muitas vezes, é imprescindível para efetivação dos direitos preconizados no texto constitucional.

Destaca Barroso (2011, p. 289-290):

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 contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação e justiça.

Ao discorrer acerca da origem terminológica do termo “ativismo judicial”, Campos (2014, p. 43) informa:

A doutrina norte-americana reconhece ter o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” sido feito pelo historiador estadunidense, Arthur Schlesinger Jr, em artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista Fortune, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947. Neste texto, além de apresentar o termo, Schlesinger entregou outra importante lição: quando mais uma corte se apresenta como instituição vital do país e à sociedade, mais ela e seus juízes deverão sujeitar-se ao julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator das decisões tomadas. Schlesinger defendeu a importância em saber as questões que dividem os juízes da Suprema Corte norte-americana e isso por que “suas decisões ajudam a moldar a nação por anos”. Esta é uma lição fundamental para o contemporâneo momento de relevância política e social do Supremo Tribunal Federal.

Não se pode olvidar que os conceitos abertos e vagos impulsionam a atitude proativa do Poder Judiciário, diante da dinâmica dos direitos sociais que contornam todo o texto constitucional.

O fenômeno do ativismo é nutrido por argumentos favoráveis e desfavoráveis, justificando-se o seu papel polêmico no âmbito do mundo jurídico. Nessa linha, Ramos se posiciona:

Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico, etc. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea. (RAMOS, 2010, p. 133).

Não obstante as críticas negativas em relação à atuação ativista, o fenômeno jurídico em debate é uma realidade consolidada, perante a contundente construção jurisprudencial de preceitos, a qual se caracteriza como uma das fontes imperiosas do direito.

#### **4.4 Controle de constitucionalidade no Brasil**

O controle de constitucionalidade tem como base a supremacia e rigidez da Constituição, tendo em vista que seu papel primordial é afastar as normas que contrariem os preceitos e fundamentos da CRFB/1988.

Nesse ínterim, Bonavides (2011, p. 296) pondera acerca do tema:

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder Constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede, pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos.

A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.

As normas editadas em oposição aos ditames esculpidos na Carta Maior são erradicadas do ordenamento jurídico por intermédio do controle de constitucionalidade. Não se pode expressar a validade de uma lei ou ato normativo em discordância com as premissas constitucionais.

A respeito da inexistência da lei inconstitucional, Bastos (2002, p. 626) leciona que:

A inconstitucionalidade de uma lei, de um ato executivo ou jurisdicional, é um caso particular de invalidade dos atos jurídicos em geral. Particulariza-se por ocorrer na espécie um conflito com a própria norma constitucional. Ao ascendermos a escala das normas jurídicas, deparamos um dado momento com um conjunto de normas que, ao contrário das demais, não vão buscar seu fundamento jurídico em outras regras de direito; fundam-se em si mesmas. São as normas constitucionais. Elas fornecem os pressupostos mínimos para a existência do ordenamento jurídico. Criam os órgãos de cúpula do Estado, entre eles aquele encarregado da própria elaboração legislativa. Fixam o processo a que essa elaboração deverá obedecer, e fixam, ainda, por vezes, um conteúdo mínimo para as leis a serem elaboradas (quando consagram direitos individuais, p. ex., nada mais estão fazendo do que determinar um conteúdo negativo para as futuras leis: não poderão conter matéria que infrinja os ditos direitos).

A inconstitucionalidade de uma lei é, pois, a circunstância de uma determinada norma infringir a Constituição, quer quanto ao processo a ser seguido pela elaboração legislativa, quer pelo fato de, embora tendo a norma respeitado a forma de criação da lei, desrespeitar a Constituição quanto ao conteúdo adotado.

Compreende-se que a validade de uma norma jurídica está condicionada às diretrizes esculpidas no diploma constitucional, o qual é pressuposto de legalidade, eficácia e validade de quaisquer ditames legais.

No contexto do direito brasileiro o controle de constitucionalidade adota o sistema misto, o qual consiste no controle difuso e concentrado.

Lenza (2012, p. 266) retrata que:

O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade. Por seu turno, no sistema concentrado, como o nome já diz, o controle se “concentra” em um ou mais de um (porém em número limitado) órgão. Trata-se de competência originária do referido órgão.

Portanto, o controle de constitucionalidade brasileiro é conhecido como misto, considerando-se que o controle difuso é aberto, realizado por qualquer juízo ou tribunal com limitação e inserção a um caso concreto, ao passo que o controle concentrado é efetivado pelo Supremo Tribunal Federal, cujo sistema se caracteriza pela abstratividade, com abrangência *erga omnes*.

#### 4.4.1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O modelo em questão autoriza que qualquer juiz ou tribunal afaste a aplicabilidade de norma ao considerá-la inconstitucional.

Explica Moraes (2009, p. 709-710):

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

A idéia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu no caso *Madison versus Marbury* (1803), em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere á sua força obrigatória com relação a terceiros.

Percebe-se que o controle difuso tem efeito “inter partes”, o que afasta a incidência de determinada norma jurídica no caso particular, não a retirando do ordenamento jurídico.

#### 4.4.2 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme deduzido, o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil é misto. O Supremo Tribunal Federal é o órgão que tem a incumbência de salvaguardar a Constituição, nos termos do controle concentrado.

Segundo Uadi (2015, p. 235):

O controle concentrado, inaugurado no Brasil pela Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965, permite que apenas o órgão de cúpula do Poder Judiciário aprecie a inconstitucionalidade das ou atos normativos.

No Brasil, o controle concentrado – também chamado de objetivo, reservado, fechado, em tese principal, abstrato ou centralizado – atrela-se à via de ação.

Pela via de ação, somente o Supremo Tribunal Federal fiscaliza a constitucionalidade das leis e atos normativos, podendo ser provocado pelos mecanismos abstratos de defesa da Constituição (v. Cap. 7).

Conforme vimos, foi Hans Kelsen, precursor do sistema austríaco de fiscalização da constitucionalidade, quem criou o controle concentrado.

Prestigia-se, nele, a jurisdição abstrata, estabelecendo a via de ação direta para as Cortes Supremas realizarem o ideário da justiça constitucional.

[...]

O controle concentrado apresenta as características do chamado processo objetivo.

Processo objetivo é aquele que segue regras próprias, não sendo regido pelas mesmas diretrizes do processo ordinário, comum ou subjetivo.

Resultado: na via de ação, o controle concentrado de constitucionalidade não segue os mesmos princípios do processo comum, aplicáveis num conflito entre as partes.

O caráter abstrato do processo objetivo afasta a aplicação plena e irrestrita das normas processuais comuns, previstas no Código de Processo Civil, usadas para resolver conflitos entre as partes.

No processo objetivo, a preocupação maior é a defesa da regularidade da ordem constitucional.

Com fito de elucidar acerca do processo objetivo, observa-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal exposto na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 1254-RJ.

**E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – [...].** Precedente. O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO CONSTITUI PROCESSO DE NATUREZA OBJETIVA - A importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo - vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional - encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção "in abstracto" da ordem constitucional. Precedentes. Admitido o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade, torna-se essencial concluir que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam a intervenção de terceiros na relação processual. Precedentes. **NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO** - Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. [...]. STF - ADI-MC-AgR: 1254 RJ , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 14/08/1996, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 19-09-1997 PP-45530 EMENT VOL-01883-01 PP-00112).

Conclui-se que o processo objetivo se além à defesa da ordem constitucional aplicando regras e procedimentos desvinculados, muitas vezes, dos identificados no processo comum, visto que o controle concentrado atua na seara abstrata.

#### **4.5 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**

O comportamento proativo da Suprema Corte Constitucional brasileira advém da omissão do Poder Legislativo em formular leis imprescindíveis para aplicar, de forma plena, os direitos estampados no diploma maior do país. Ainda, contribuíram para o posicionamento ativo do STF as lacunas normativas e axiológicas das leis infraconstitucionais, as quais, de forma contumaz, estão em desacordo com a realidade social.

No que se refere ao avanço do protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal, Campos expõe:

À medida que o novo milênio se aproximava, contudo, teve início a era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. É difícil precisar o momento exato dessa mudança, pois, como já dito, todo o processo foi gradual. A verdade é que, aos poucos, a Corte foi abandonando ortodoxias de autorrestrição judicial. Ela

flexibilizou os requisitos de legitimidade para a propositura de ADI em favor das entidades de classe e intensificou o controle de constitucionalidade dos pressupostos de urgência e de relevância das medidas provisórias, minimizando o caráter de “questões políticas” e passando a julgar as inconstitucionais medidas carentes de urgência e de relevância.

Da mesma forma, o Supremo avançou significativa mudança de postura no controle de constitucionalidade do orçamento, definindo que tal espécie legislativa, ainda que de efeitos concretos, está sujeita ao controle concentrado e abstrato. Modificou também e, profundamente, a jurisprudência restritiva na aplicação do mandado de injunção. Em outubro de 2007, quando do julgamento conjunto dos MI(s) 670, 708 e 712, no conhecido caso da “greve dos servidores públicos”, a Corte reconheceu ser hora de superar a doutrina autorrestritiva, e decidiu utilizar o mandado de injunção para suprir diretamente a lacuna inconstitucional e o fez por meio de decisão com eficácia *erga omnes*. (CAMPOS, 2014, p. 247).

Nesse aspecto, entende-se que o STF teve que se moldar às necessidades jurídicas e sociais, implementando uma postura positiva, devido às omissões e obscuridades legislativas.

A postura interventiva do STF foi observada no voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido na ADI 1.351/DF:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados – principalmente as normas de transição contidas no artigo 57 – torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurisdicional afetada pela decisão de inconstitucionalidade” (ADI 1351, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, DJ 30- 03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007 PP-00031 RTJ VOL-00207-01 PP- 00116).

Um dos casos emblemáticos da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal em decorrência da omissão legislativa foi acerca do direito de greve dos servidores públicos civis, pacificado no julgamento do Mandado Injunção n. 712, o qual sedimentou o entendimento de aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, a fim de propiciar efetividade à norma disposta no art. 37, VII, da Constituição do Brasil.

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART.

9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil [...] (STF - MI: 712 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384).

Ainda, em relação ao comportamento proativo do Supremo Tribunal Federal, destacam-se os julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ (ADPF 132) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277- DF (ADI 4277), que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, estendendo a aplicação do regime concernente à união entre homem e mulher para casais constituídos por pessoas do mesmo sexo.

[...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não- reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito

quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA.(STF - ADI: 4277 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

Relevante observar o art. 226 da CRFB/1988, bem como o art. 1.723 do CC vigente, os quais foram debatidos pelo STF.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[...]

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

Nos termos do julgamento em cotejo, houve a preservação da unidade da Constituição, a fim de considerar a expressão “homem e mulher” como exemplificativa, consoante se extrai do voto proferido pelo relator da decisão contida na ADI 4277:

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênua de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentidos e desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.

Malgrado o art. 1.723 do Código Civil refletir o texto constitucional disposto no art. 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve uma interpretação conforme a constituição nos termos dos ditames principiológicos, efetivando o princípio da igualdade norteador do Estado Democrático de Direito.

Os casos paradigmáticos apresentados nesta pesquisa demonstram a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em buscar a adequada e efetiva interpretação constitucional, nos limites de sua atuação jurisdicional, enaltecendo seu papel de Guardião da Constituição.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa dedicou-se a analisar a atitude proativa do Poder Judiciário no contexto do Supremo Tribunal Federal. Observaram-se as principais questões constitucionais que envolvem o Ativismo Judicial.

Nesse norte, examinaram-se os princípios basilares concernentes aos aspectos constitucionais da atuação dos órgãos que compõem o Poder Judiciário, enfatizando-se a Separação de Poderes, que consiste em uma norma principiológica fundamental do Estado Democrático de Direito.

Procurou-se cotejar, ainda nesse cenário, os limites da interpretação constitucional, destacando-se os princípios que são essenciais para identificar o sentido bem como o alcance da norma.

Constatou-se, no decorrer do trabalho, que o princípio da Separação de Poderes, em razão da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais preconizados no texto constitucional, deve ser estudado de forma contextualizada, evidenciando-se sua reestruturação ante a nova ordem jurídica.

A Suprema Corte brasileira assumiu o papel de protagonista na afirmação dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, a pesquisa destacou o julgamento referente ao direito de greve dos servidores públicos civis, bem como examinou a decisão que reconheceu e legitimou juridicamente as uniões homoafetivas.

Demonstrou-se que a ampliação da atuação do Poder Judiciário na seara do Supremo Tribunal Federal é legítima, tendo em vista a necessidade de defesa e concretização dos direitos preconizados na Constituição.

Assim, o Poder Judiciário, diante da omissão dos demais Poderes, não deve eximir-se de buscar a efetivação dos direitos esculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Pondera-se que a presente abordagem não vislumbra o esgotamento do tema, porquanto as controvérsias em torno do instituto jurídico em análise possuem nuances complexas.

# JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE ROLE OF THE SUPREME COURT

Sabrina da Silva

## ABSTRACT

This research sought, using the inductive method, analyze judicial activism under the STF. From this perspective, the study has focused on the major constitutional issues that surround the debate about the proactive role of the judiciary in relation essentially to judgments given by the Supreme Court, which show the evolution of the principle of separation of powers, before the necessity of enforcing rights carved in CRFB / 1988. He tried to initially demonstrate the constitutional premises on the topic, outlining aspects of the judiciary acting as well as the limits of constitutional interpretation. Overcome these premises, it moved to the examination of judicial activism, bypassing their predominantly points. For this, relevant social repercussions trials were analyzed, which are examples of incisive STF stance before mainly of the Legislature omission. It seems, sometimes, to be made possible exercise of constitutional rights, a positive jurisprudential construction is required. They argue that the Supreme Court plays a leading role in the affirmation of fundamental rights in this context, the present study examined decisions concerning the right to strike by civil servants, and also highlighted the judgment that legally recognized and legitimized gay unions. The relevance of this study lies in collating the legal and political aspects that legitimize the creative interpretation, the balance of the limits of the powers. Finally, the judicial activism will be complete to be read in the context of defense and realization of the rights envisaged in CRFB/ 1988.

**Keywords:** Constitutional principles. Federal Court of Justice. Judicial Activism.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso á justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?**: debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1983.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos” direitos e acesso a justiça. 2. ed. rev., atual. e ampl.. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI - AgR 1254RJ**. Relator: Ministro Celso Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2880795/agregna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-agr-1254-rj>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Requerentes: Procuradora-Geral da República e Outros. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em 24 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: 742734 RJ**. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25313883/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-742734-rj-stf>>. Acesso em 15 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: 153. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3653, 2 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24416>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Mandado de Injunção n. 712 PA**. Relator: Eros Grau. Partes: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – Sinjep, Eduardo Suzuki Sizo e Outro (A/S) e Congresso Nacional. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>> Acesso em: 23 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário: 511.961.** Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP e Ministério Público Federal. Recorridos: União e FENAJ – Federação Nacional dos Jornalistas e Outro (S/A). Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712665/recurso-extraordinario-re-511961-sp>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Trecho do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-3 DF.** Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>>. Acesso em: 10 abr. 2015

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. e atual, de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014 e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral de Estado.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, 2002.

FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, Curitiba, ano I, n. 1, 2009. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080728123528269](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080728123528269)>. Acesso em: 22 jan. 2015.

KRELL, Andreas Krell. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MENDES, Gilmar. Direito desportivo: função social dos desportos e independência da justiça desportiva. In: MACHADO, Rubens Approbato et al (Coord.). **Curso de direito desportivo sistêmico**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.