

FACULDADE CATÓLICA DOM ORIONE

CURSO DE DIREITO

THAILON AGUIAR MELO

ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

ARAGUAÍNA

2020

THAILON AGUIAR MELO

ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Católica Dom Orione como requisito parcial à obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Me. Sóya Lélia Lins de Vasconcelos

ARAGUAÍNA

2020

THAILON AGUIAR MELO

ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do grau de Bacharel em Direito do curso de Direito da Faculdade Católica Dom Orione e aprovado em sua forma final em: 12 de dezembro de 2020.

Apresentado à Banca Examinadora composta pelos professores:

Prof^a Me. Sóya Lélia Lins de Vasconcelos
Orientadora

Prof^a Me. Patrícia da Silva Negrão
Examinadora

Prof^a Me. Daise Alves
Examinadora

ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

JUDICIAL ACTIVISM AND THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS

Thailon Aguiar Melo¹

Sóya Lélia Lins de Vasconcelos (Or.)²

RESUMO

O presente trabalho analisa os aspectos do Ativismo Judicial, seus pontos positivos e controversos, tendo como base sua aplicação no ordenamento jurídico atual e o protagonismo desempenhado pelo Poder Judiciário em suas decisões de caráter social e democrático, com base em princípios e garantias constitucionais. O objetivo é analisar a ocorrência do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, seus fundamentos, conceito, sua relação com a Constituição Federal e com os princípios nela inseridos, analisando o princípio da separação dos Poderes, os pontos favoráveis e contrários, e apresentar casos e julgamentos ativistas por parte do STF. A pesquisa foi desenvolvida por meio de pesquisas bibliográficas e documentais, com base em artigos científicos e doutrinários. O ativismo judicial não deve ser tratado como o problema ou simplesmente a solução para os anseios sociais e jurídicos, mas sim como uma forma alternativa e provisória de decisões, devendo ser controladas e não excessivas.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização. Princípio da Separação dos Poderes. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present study analyzes the aspects of Judicial Activism, its positive and controversial points, based on its application in the current legal system and the role played by the Judiciary in its decisions of a social and democratic character, based on constitutional principles and guarantees. The aims to analyze the occurrence of judicial activism in the Brazilian legal system, its foundations, concept, its union with the Federal Constitution and with the principles inserted in it, analyzing the principle of separation of Powers, the favorable and opposite points, and presenting cases and activist judgments by the STF. The research was developed through bibliographic and documentary research, based on scientific and doctrinal articles. Judicial activism should not be treated as the problem or simply the solution to social and legal desires, but rather as an alternative and provisional form of decision and should be controlled and not excessive.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione

² Graduada em Direito pela Universidade do Tocantins - UFT. Especialista em Direito Civil, Processo Civil, Penal e Processo Penal pela UNISEB. Mestra em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Professora da Faculdade Católica Dom Orione.

Keywords: Judicial Activism. Judicialization. Principle of Separation of Powers. Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um tema bastante discutido no ordenamento jurídico, haja vista o grande protagonismo do poder judiciário em suas decisões e escolhas. Por ser um tema controverso, o ativismo se caracteriza no papel criativo desempenhado pelos tribunais em matérias, a princípio, que não são de sua competência. A justificativa para sua aplicação se dá pela necessidade da efetivação dos princípios e garantias constitucionais, quando não são executados pelo Poder Legislativo e Executivo.

Com a ampliação da atuação do Poder Judiciário pelo surgimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB, que incorporou princípios e direitos fundamentais (políticos, sociais e civis), configurou-se um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando um papel de destaque na sociedade, com suas recentes decisões com um caráter mais ativo e um viés mais democrático em relação a sua atuação. Em consequência, surgiram várias decisões ativistas na Suprema Corte, que garantiram e instituíram direitos não conferidos positivamente pelo Poder Legislativo aos cidadãos.

Neste trabalho, por meio de pesquisas bibliográficas e documentais, procuramos explicar os fundamentos do ativismo judicial, seu conceito, sua relação com a Constituição Federal e com os princípios nela inseridos, analisando o princípio da separação dos Poderes, os pontos favoráveis e contrários, e apresentar casos e julgamentos ativistas por parte do STF.

Desta forma, estrutura-se o presente trabalho da seguinte forma: no Capítulo 2, buscamos conceituar o ativismo judicial e diferenciá-lo da judicialização; no Capítulo 3, procura-se abordar sobre o ativismo judicial à luz do Direito Constitucional Brasileiro, sob os aspectos da Constituição Federal, princípios fundamentais e o princípio da separação dos poderes; por fim, no Capítulo 4, apresenta-se o ativismo judicial na recente jurisprudência do STF, elencando alguns casos de grande repercussão.

2 ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Conceito

O ativismo judicial, na atual perspectiva jurídica e política brasileira se tornou um tema bastante discutido, uma vez que os membros do Poder Judiciário, mediante suas decisões, interferem ativamente nas esferas dos demais poderes da federação (Legislativo e Executivo).

A doutrina apresenta diversos conceitos para o Ativismo Judicial. O ativismo judicial é considerado como o papel criativo dos tribunais ante a falta e insuficiência da norma jurídica quanto à controvérsia instaurada. Nesse sentido, para Barroso (2009, p. 22) o ativismo judicial está relacionado a uma atuação ampla e de maneira intensa do Poder judiciário na efetuação de valores e preceitos constitucionais, gerando uma grande interferência na esfera de atuação do Poder Legislativo e Executivo, vide:

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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Assim, utilizando-se dessa asserção, o ativismo judicial pode ser assimilado como uma atitude do magistrado em face de lei omissa ou que não gere efeitos integrais na consubstanciação dos direitos, princípios e garantias constitucionais.

Em outra perspectiva, Ramos (2015, p. 129) entende que:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Ativismo Judicial é uma postura, uma preferência de um determinado juiz, que visa buscar por meio de uma hermenêutica jurídica interpretativa, resolver conflitos, a

fim de garantir o direito dos envolvidos de forma célere e eficaz, dada a lentidão, morosidade ou omissão legislativa e executiva.

Nesse sentido, no âmbito do Direito, o termo ativismo é utilizado para demonstrar que o Poder Judiciário procede acima dos limites determinados pelo ordenamento jurídico, contemplando precedentes jurisprudenciais e, esporadicamente, à criação da própria lei.

Entretanto, de uma forma mais crítica, Dworkin e Rios (1999, p. 451-452) assevera que:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Deste modo, o Ativismo Judicial, retrata uma espécie de intromissão inadequada do Poder Judiciário na função legislativa, isto é, ocorre o ativismo judicial quando o magistrado origina uma nova premissa, ultrapassando o encargo do legislador, quando o magistrado cria uma norma não contemplada pela lei (GOMES; MAZZUOLI, 2009).

2.2 Diferença entre judicialização e ativismo judicial

Diante do grande protagonismo apresentado pelo Poder Judiciário, com a crescente da judicialização da política e do ativismo judicial, é comum a confusão entre estes dois termos dadas as suas similaridades, sobretudo em razão da complexidade em conceituar o ativismo.

A judicialização expressa que alguns conteúdos políticos e sociais que deveriam ser representados pelo Poder Legislativo e Executivo estão sendo decididos por órgãos do Poder Judiciário, ocorrendo a chamada transferência de decisões de um órgão para outro, visando estabelecer normas e condutas a ser seguidas pelos outros poderes.

Para Barroso (2009) a judicialização abarca uma transferência de poder para magistrados e tribunais, com alterações importantes na linguagem, na argumentação e na participação popular.

Segundo o mencionado Barroso (2009), o ativismo judicial e a judicialização são parentes, frequentam os mesmos lugares, porém são de origens diferentes, não sendo gerados pelas mesmas causas. Assim, a judicialização, é um fato decorrente da lei e não um mero exercício de vontade, tendo em vista que o Poder Judiciário decide quando é necessário, e não existe outra alternativa.

Em suma, a judicialização abrange diversas áreas do Direito e da sociedade, como por exemplo, a judicialização da saúde, da política, de políticas públicas, dentre outras.

Barroso (2009, p. 21), no que tange acerca de decisões judiciais proferidas pelo STF sobre Judicialização, afirmou que:

[...] o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não as ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte.

Neste caso, os órgãos judiciais são propriamente provocados a se manifestar, resolvendo os litígios com base nos pedidos formulados. O magistrado não tem a escolha de inteirar-se das ações, de se manifestar sobre o mérito, quando não preenchidos os requisitos de cabimento.

3 O ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Para discorrer sobre o ativismo judicial, é necessário abordar sobre suas bases principiológicas, normativas e constitucionais. Com a origem da Constituição Federal de 1988, o instituto do ativismo judicial surgiu, no qual gerou grande impacto no Direito brasileiro.

Atualmente, o Poder Judiciário tem demonstrado uma postura ativista em várias decisões. Apresentando diferentes visões e posicionamentos no âmbito do Direito, com prós e contras, se é constitucional ou não, se há legitimidade e embasamento para sua aplicação.

3.1 Aplicação da constituição no ativismo

Com a ampliação da atuação do Poder Judiciário pelo surgimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB, que incorporou princípios e direitos fundamentais (políticos, sociais e civis), configurou-se um Estado Democrático de Direito, que possibilita um procedimento judicial com méritos interpretativos de convalidação dos anseios sociais (BRASIL, 1988).

É inegável que o Poder Judiciário brasileiro passou a desempenhar um papel mais ativo e com destaque na sociedade. Muito disso, decorre do Poder Constituinte originário (poder de elaborar uma nova ordem constitucional ou substituí-la por outra já existente), que atribuiu à justiça, precisamente ao Supremo Tribunal Federal – STF, o papel de guardião dos valores expressos no texto constitucional.

Para Ramos (2015), a singularidade do ativismo judicial no âmbito constitucional, está relacionada às características da atividade de interpretação e execução da Constituição Federal, que abarca a supremacia hierárquica da lei constitucional sobre as demais normas do ordenamento jurídico, que pode invalidar ou revogar as referidas normas em caso de conflito.

Conforme Ramos (2015), outras características também são influenciadoras para a interpretação e aplicação do ativismo conforme a Constituição Federal de 1988. A exemplo disso, há a vagueza e ambiguidade da linguagem constitucional de cunho valorativo; a posição de supremacia funcional dos órgãos da justiça com atuação mais ativa e decisiva a respeito da Carta Magna; a incumbência do Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade de atos e omissões do Poder Legislativo; e, a necessidade das normas formalmente constitucionais, com aspectos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade.

Dessa forma, todo e qualquer ato que envolva a aplicação da Constituição por magistrados e tribunais deve ser avaliada, pois o ativismo judicial não deve se restringir apenas ao controle de constitucionalidade. O ativismo pode se dar em sede de fiscalização dos atos normativos, administrativos e executivo.

Para Ramos (2015), se da aplicação do ativismo surgir uma alteração do dispositivo constitucional, estaria o órgão do Poder Judiciário deturpando a obra do Poder Constituinte Originário, aplicando, eventualmente, uma alteração

inconstitucional. Assim, se desta prática envolve a restrição de uma atividade de outro Poder, na norma, princípio ou conceito, ocasionaria a interferência indevida na função administrativa, legislativa e/ou executiva.

Portanto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 garantiu princípios e direitos fundamentais, que devem ser resguardados e convalidados pelo Poder Judiciário quando os demais órgãos não puderem atuar, seja por morosidade, omissão ou quando existe uma afronta às normas constitucionais. Por essa premissa, é provável que a aplicação do ativismo judicial tem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1988).

3.2 Princípios constitucionais que amparam o ativismo

É com a égide dos princípios constitucionais que os órgãos judiciais passaram a reavaliar, invalidar ou modificar atos e leis do Poder Legislativo e Executivo. E com base nesses princípios constitucionais, o âmbito do direito deve se coadunar com a Constituição Federal, tendo em vista que as normas infraconstitucionais devem ser executadas e concebidas à luz da CRFB para que não ofenda seu teor normativo.

Ramos (2015, p. 179) aduz que:

Os princípios gerais do direito somente se prestam à solução dos casos submetidos ao Poder Judiciário se forem mediados por norma legal que os concretize, excetuada a hipótese de integração de lacunas, em que a sua eficácia direta somente se manifesta com o 'auxílio de considerações metódicas especiais'.

Assim, nem todo princípio geral de direito possui capacidade normativa. Entretanto os princípios constitucionais são revestidos de caráter normativo, o que leva a entender que os princípios constitucionais devem ser cumpridos e aplicados. Estes princípios, devem ser regidos pelos órgãos judiciários da mesma forma que as demais normas da Constituição, observando o limite e as suas peculiaridades interpretativas, garantindo um entendimento mais fluente, beneficiando a discricionariedade legislativa.

O magistrado ativista procura retirar o máximo do texto constitucional. Com isso, há uma grande valorização dos princípios e direitos fundamentais, previstos no art. 5º e seguintes, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Estas premissas foram positivadas, materializadas e passaram a integrar o ordenamento jurídico, lhes

garantindo uma força normativa, que devem ser seguidas e interpretadas pelos juristas de forma equânime.

É de acordo com princípios e fundamentos que o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado sobre a constitucionalidade de vários conteúdos, categorizados como polêmicos pela sociedade, como por exemplo, pesquisas com células-tronco, aborto, prisão em segunda instância, etc.

3.3 O ativismo judicial como mecanismo para concretização de direitos fundamentais sociais

O Poder Executivo exerce o papel de estabelecer políticas públicas que aspiram garantir aos cidadãos direitos sociais efetivados na Constituição Federal de 1988. Por outro lado, o Poder Legislativo exerce a função típica de elaborar e aprovar projetos de leis de qualquer natureza e, especialmente àqueles que se destinam à efetivação de direitos sociais, políticos e civis.

Assim, com a ausência efetiva dos Poderes Legislativo e Executivo, na concretização, manutenção e criação de direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário passou a exercer esta função, pretendendo garantir estes direitos aos cidadãos, que necessitam de uma resposta rápida e efetiva para exercer com liberdade suas garantias.

Ultimamente, em decorrência de descasos generalizados em políticas públicas, na saúde, educação, saneamento e habitação, que deveriam ser resolvidos e implementados pelo Poder Executivo e Legislativo, estão sendo solucionadas pelos órgãos judiciários. Deste modo, a sociedade não pode ficar à mercê destas instituições para ter os seus direitos instituídos por lei, amparados e efetivados, no qual a solução é lenta e por vezes, ineficientes.

Nesse sentido, para Silva e Weiblen (2007, p. 52 *apud* GRANJA, 2014, p. 21):

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui.

Nesta lógica, a manifestação do Poder Judiciário nesses casos, é utilizada como meio de garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais, políticos, civis e econômicos, buscando conferir a dignidade da pessoa humana, resguardando o direito das minorias, quando não são tutelados pelas demais instituições.

Entretanto, para Monteiro (2010, p. 165 *apud* GRANJA, 2014, p. 22) que cita o voto do Ministro Celso de Mello na decisão de Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 45:

Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juizes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal.

Portanto, auferese que a garantia dos direitos constitucionais ainda carece de efetivação, e que o Poder Judiciário, na omissão dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), deve atuar, a fim de assegurar os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

3.4 Princípio da separação dos poderes e ativismo

A ideia de separação de poderes, compreendida como um critério funcional que abrange três funções federativas (administração, legislação e jurisdição), fora precipuamente implementada por Aristóteles (*apud* MEDEIROS, 2016), em sua obra chamada *política*, no qual diferenciou a ordem de criação de normas, a de aplicação destas normas, e a de administrar os interesses públicos.

Assim, a primeira tese sobre a separação dos poderes na era da modernidade, foi sistematizada por *John Locke*, na obra chamada Segundo Tratado do Governo Civil. Nesta obra, *Locke* (*apud* MEDEIROS, 2016) elencou os Poderes do Estado da seguinte forma: Legislativo, Executivo e Federativo, concernindo a este, à elaboração das leis, ao segundo a aplicação das leis aos indivíduos da comunidade, e ao terceiro à função de relacionamento com outros Estados.

Não obstante, para Lenza (2010) a teoria da tripartição dos poderes fora consagrada por *Montesquieu* em sua obra o espírito das leis. Por essa teoria, cada poder estava incumbido de exercer uma função típica, atuando de forma harmônica e independente. Nesta toada, cada órgão exercia sua função inerente a sua natureza,

não sendo mais possível, por exemplo, um único órgão legislar, julgar e aplicar a lei de forma unilateral, surgindo desde então, a denominada teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

Dada a nova intitulação da separação dos poderes à luz da Constituição Federal de 1988, compete ao Poder Legislativo a elaboração de leis, que posteriormente serão submetidas à apreciação do Poder Executivo para sanção ou veto, bem como, ao Poder Judiciário, que possui a competência de declarar constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei.

Por conseguinte, vale mencionar que a Constituição Federal de 1988, instituiu em seu artigo 2º, que os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são harmônicos e independentes entre si, devendo agir com reciprocidade e não com separação, para o devido êxito dos objetivos do Estado (BRASIL, 1988).

Ademais, para Ramos (2015), o princípio da separação dos poderes envolve as principais funções a serem desempenhadas pelo Estado. Essas funções têm umas estruturas independentes entre si, sendo que cada uma delas são dotadas de prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, sendo-lhes vedado a participação em funções distintas as quais são vinculados.

Ramos (2015), aduz que o ativismo judicial está intimamente ligado aos Estados onde as constituições adotam o princípio da separação de poderes (independência e harmonia entre os poderes). Com isso, a confusão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, implica na putrefação do exercício da função jurisdicional, no qual afeta, irremediavelmente as demais funções estatais (Legislativo e Executivo), configurando, assim, um gravíssimo ataque ao princípio da separação dos poderes.

É nesse contexto que se deve observar, se a prática do ativismo judicial viola em sua esteira o princípio da separação de poderes, ao concretizar direitos e garantias constitucionais, por meio da aplicação da Constituição Federal em ocasiões não contempladas em seu texto.

Nas palavras de Barroso (2009), os três poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve preservar os preceitos constantes em seu texto. Em caso de divergência a palavra final é do Poder Judiciário, no entanto, essa afirmativa não esboça que qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal.

Para Barroso (2009), existem duas justificativas para a legitimidade, que é a de natureza normativa e a de natureza filosófica. Neste caso, o fundamento normativo

decorre da própria Constituição Federal que atribui expressamente esse poder aos órgãos judiciais, especificamente ao Supremo Tribunal Federal – STF. Por outro lado, a justificativa filosófica é um pouco mais sofisticada, pois nela, a Constituição Federal desempenha duas funções, ou seja, a de determinar as regras democráticas, e salvaguardar valores e direitos fundamentais.

Portanto, dada a legitimidade auferida pela lei ou pela Constituição aos membros do Poder Judiciário para que atuem em conformidade com as normas, e não por causa própria, o ativismo visa a retratação do Poder Legislativo, pois cabe ao judiciário concretizar os direitos assegurados constitucionalmente.

3.5 Posições favoráveis e contrárias ao ativismo judicial

Para muitos doutrinadores, levando em consideração a natureza contraditória do ativismo judicial, este instituto apresenta pontos negativos e favoráveis, que perpassa muito pelo caráter subjetivo de cada autor ou operador do direito, não sendo um tema ainda pacificado e consolidado.

Por conseguinte, Barroso (2009) aduz que, o ativismo judicial está relacionado a uma atuação ampla e de maneira intensa do Poder Judiciário na efetuação de valores e preceitos constitucionais, gerando uma grande interferência na esfera de atuação do Poder Legislativo.

Para Barroso (2009), o judiciário é o guardião da Constituição, devendo preservar os direitos fundamentais, os valores constitucionais e preceitos democráticos nela contida, até mesmo em face dos demais Poderes da Federação.

Ademais, nos ensinamentos de Barbosa (2011, p. 151 *apud* GRANJA, 2014), muitos juristas são contrários ao ativismo judicial com a argumentação de que um acréscimo de poder ao judiciário ocasionaria um desvio de finalidade, no entanto essa afirmação não deveria existir, tendo em vista que os magistrados apenas estariam aplicando os direitos e garantias fundamentais e constitucionais.

Em contrapartida, alguns autores demonstram ser contrários a aplicação do ativismo pelo Poder Judiciário. Ramos (2015), por exemplo, aduz que o ativismo judicial vai além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, que compete ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo conflitos de caráter subjetivos (conflitos de interesse) e de natureza objetiva (conflitos normativos).

Para os críticos, ocorre uma interferência do Poder Judiciário na esfera dos demais poderes, ofendendo o princípio da separação dos poderes, no qual, os órgãos judiciais não possuem legitimidade democrática para praticar os atos atribuídos ao Poder Legislativo e Executivo.

Portanto, Dworkin e Rios (1999) entende que o ativismo judicial é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, pois um magistrado ativista desconsidera o texto da Constituição, as decisões anteriores e as tradições da cultura política. Assim, o ativista ignora as condições do Estado anterior para impor aos outros poderes sua própria convicção, uma vez que o direito condena o ativismo e qualquer outra prática análoga.

4 O ATIVISMO NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO STF

O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel de destaque na sociedade, com suas recentes decisões e jurisprudências com um caráter mais ativo em relação a sua atuação. De certa forma, as tomadas de decisões da Suprema Corte sobre questões de âmbito nacional têm provocado aplausos e críticas por diferentes juristas. O STF, figura como protagonista em temas sociais de caráter sensível, como exemplo, educação, saúde, meio ambiente, habitação, corrupção, entre outros.

O Poder Judiciário, tem exposto, em certas situações, uma posição claramente definida ativista. O Ministro do STF Barroso (2009), demonstra um caso de ativismo judicial, no qual, não houve a aplicação direta da Constituição a situações não contempladas expressamente em seu texto e que não foi prevista pelo legislador ordinário, como por exemplo, o caso da fidelidade partidária. Em nome do Princípio Democrático, o Supremo Tribunal Federal determinou que a vaga no Congresso pertence ao partido político, criando uma nova presunção de perda de mandato parlamentar.

Outro caso mencionado por Barroso (2009), foi o de vedar a prática de nepotismo ao legislativo e executivo por meio de súmula vinculante, após a decisão de um único caso, utilizando como diretrizes os princípios da impessoalidade e moralidade, ocasionando uma vedação que não é mencionada no texto constitucional ou infraconstitucional.

Um caso notório, foi o de distribuição de medicamentos e terapias por meio de decisões judiciais que não constavam nas listas de protocolos do Ministério da

Saúde, tendo em vista, que as justiças estaduais e federais, estavam condenando a União, os Estados e/ou os Municípios a custearem tais medicamentos. No entanto, o STF decidiu que o Estado não pode ser obrigado a custear ou fornecer medicamentos experimentais ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a não ser na hipótese de casos excepcionais.

Não só isso, vários e outros casos foram surgindo, como a execução provisória da pena após condenação em segunda instância (Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADC, 43, 44 e 54), o julgamento referente a restrição do foro privilegiado que alcançam os crimes cometidos no exercício do mandato. Outrora, vale mencionar os casos de descriminalização do aborto de feto anencefálico, a descriminalização do aborto executado até o terceiro mês de gestação, e a descriminalização ou despenalização do uso de drogas.

Portanto, um caso emblemático de ativismo judicial perante o Supremo Tribunal Federal foi a da criminalização da discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 26 e Mandado de Injunção – MI 4733), com a fundamentação relacionada à morosidade, inércia e omissão do Poder Legislativo em tratar sobre o tema. Diante disso, passou-se a aplicar a Lei de Racismo aos casos de homofobia, até que surja uma eventual norma específica.

Ressalta-se que, a medida utilizada pelo STF foi para buscar amenizar o descaso e a omissão legislativa, pois a ausência de criminalização contribui para restrições de direitos fundamentais incorporados na Constituição Federal de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial está presente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um instituto bastante complexo. Vários doutrinadores buscaram conceitua-lo auferindo suas visões, sejam elas contrárias ou não à sua aplicação. Constitui, então, como o papel criativo dos tribunais dada a omissão legislativa para tratar de controvérsias que necessitam de uma solução equânime, célere e eficiente.

O ativismo judicial, embora tenha recebido muitas críticas, visa garantir os direitos fundamentais à luz da Constituição Federal, interpretando e aplicando os princípios constitucionais. Com isso, a Constituição Federal Brasileira de 1988

garantiu princípios e direitos fundamentais, que devem ser resguardados e convalidados pelo Poder Judiciário quando os demais órgãos não puderem atuar.

Acredita-se que com a aplicação dos princípios constitucionais é que os órgãos judiciais passaram a reavaliar, invalidar ou modificar atos e leis do Poder Legislativo e Executivo.

Destaca-se que em nosso trabalho buscamos verificar se a intromissão do judiciário na esfera legislativa causaria danos à separação dos poderes. Desta forma, revela-se que este princípio não é absoluto, pois a própria constituição traz à baila a necessidade de promover o equilíbrio entre os Poderes, buscando evitar o arbítrio e o abuso. Logo, a Constituição Federal de 1988 não proíbe o controle de atos pelos órgãos judiciais aos atos do legislativo e executivo.

Em síntese, visualizamos que o ativismo judicial, doutrinariamente, tem pontos favoráveis e contraditórios, no qual, para alguns há uma interferência direta na separação dos poderes, e para outros existe uma legitimidade na aplicação ativista pelo Poder Judiciário.

Portanto, na presente pesquisa, restou relacionado vários casos e decisões da Suprema Corte com caráter ativista, provocando aplausos e críticas por operadores. Destaca-se que na maioria destas decisões o STF buscou garantir direitos fundamentais com base em princípios constitucionais, trazendo uma segurança jurídica para grandes temas de repercussão social.

Enfim, o ativismo judicial não deve ser tratado como o problema e simplesmente a solução para os anseios sociais e jurídicos, mas sim como uma forma alternativa e provisória de decisões, devendo ser controladas e não excessivas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 16, p. 28, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 out. 2020.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 2, n. 2, 2001.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial. Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, p. 141-149, 2012.

DWORKIN, Ronald; RIOS, Gildo. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo judicial**: por uma delimitação conceitual à brasileira. 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/eduardo.ferreira/Downloads/34336-Texto%20do%20Artigo-115432-1-10-20131011.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O ativismo judicial e o princípio da separação de poderes. **Revista Intervenção, Estado e Sociedade**, n. 1, p. 59-83, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 13, p. 2, 2009.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos CEBRAP**, n. 96, p. 69-85, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Fernanda Correia Lima Rodrigues de. Ativismo judicial: uma análise sob a ótica do princípio da separação dos poderes. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 19 maio 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46704/ativismo-judicial-uma-analise-sob-a-otica-do-principio-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 25 nov. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, p. 037-057, 2012.