

ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CHIUMENTO, Eduardo.¹CLARO, Flavio.²LUCONI, Vinicius.³

RESUMO

Frente a muitos casos de afronta a garantias e princípios fundamentais pela mora legislativa, uma atitude se mostrou necessária pelo Poder Judiciário, para que a sociedade não fique vinculado a manifestação de vontade por parte do Poder Judiciário, desta forma abstendo-o de garantias que a própria Constituição Federal delimitou em seu texto legal. Para isso, de forma a evitar que essas garantias sejam deixadas apenas por conta do Poder Judiciário, surge então normas constitucionais que façam valoração pela sociedade com normas programáticas, o qual seu principal objetivo é garantir os direitos constitucionais diretamente pela sociedade, sem precisar necessariamente de intermédio de um representante legal. Esse assunto ficou conhecido como judicialização da política, ou ativismo judicial. A fim de possibilitar a realização deste estudo, a forma de pesquisa escolhida foi a pesquisa bibliográfica, a qual se utiliza de materiais textuais já publicado e devidamente registrado, o que no presente artigo foi utilizado doutrinas, julgados e por óbvio, a legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial, Separação dos Poderes, Omissão Legislativa.

JUDICIAL ACTIVISM AND THE SUPREME FEDERAL COURT

ABSTRACT:

Faced with many cases of breach of fundamental guarantees and principles for legislative delay, an attitude has proved necessary for the Judiciary, so that society is not bound by the manifestation of will on the part of the Judiciary, thus abstaining from guarantees that own Federal Constitution delimited in its legal text. For this, in order to avoid that these guarantees are left only for the Judiciary, then constitutional norms that make value by the society with programmatic norms, whose main objective is to guarantee the constitutional rights directly by the society, without needing necessarily of through a legal representative. This subject became known as judicialization of politics, or judicial activism. In order to make this study possible, the form of research chosen was the bibliographical research, which uses textual materials already published and duly registered, which in this article was used doctrines, judged and by obvious, the legislation.

KEY WORDS: Judicial Activism, Separation of Powers, Legislative Omission.

1. INTRODUÇÃO

Após inúmeras mudanças na ordem jurídica Constitucional, em especial com a promulgação da Constituição de 1988, os poderes sofreram significativas mudanças, e o poder Judiciário acabou

¹Acadêmico do Centro Universitário - FAG, eduardo.h@msn.com

²Acadêmico do Centro Universitário - FAG, flavioalbinoclaro@gmail.com

³Acadêmico do Centro Universitário - FAG, vlucni@gmail.com



por ser incumbido de funções que vão muito além de seu papel fundamental de garantidor da ordem jurídica.

Pode-se dizer que uma das funções mais importantes realizadas frente a sociedade é a desempenhada pelo Judiciário, pois a este incumbe atuar de maneira a garantir todos os direitos fundamentais postos pela atual Constituição. Os magistrados que antes apenas possuíam como tarefa o dever de garantir a ordem processual, contemporaneamente também assumem um papel de garantidores da Constituição.

Para tanto, o Poder Judiciário deve se valer de seus mecanismos para ocupar os espaços deixados pelo Legislador, quanto as normas de eficácia limitadas, surgindo como meio adequado de resposta para a sociedade, como garantidor da ordem pública.

Por isso, como uma forma de se evitar que direitos fundamentais sejam deixados a livre vontade do Poder Legislativo, o Judiciário surge buscando efetivar as normas constitucionais, fazendo valor o direito da sociedade frente a normas programáticas, a isso, a história do constitucionalismo chama de judicialização da política ou ativismo judicial.

Juntamente com essa nova forma de se efetivar direitos, chamado ativismo judicial, surgem vários problemas e discussões, quando se fala em separação dos Poderes.

Nesse diapasão, a celeuma que surge é quanto a legitimidade desse mecanismo, principalmente quanto ao Poder Judiciário, que estaria por usurpar o princípio da separação dos Poderes, extrapolando a competência que lhe foi conferida e assim atuando como verdadeiro Legislador.

Contudo, o Poder Judiciário não pode ser inerte quando provocado, não podendo se omitir sobre determinados casos em que são postos a sua apreciação, principalmente quando se trata de direitos constitucionais. Por isso a atuação do Supremo Tribunal Federal vem se destacando pela relevante atuação quem vem sendo realizada perante a sociedade.

Com isso, o principal objetivo é trabalhar o ativismo judicial na busca dos direitos fundamentais, principalmente considerando alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Para isso se faz necessário a análise de alguns casos julgados pela colenda Corte, sobre o referido tema Ativismo Judicial.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Separação e Função dos Poderes

2.1.1 Poder Legislativo

Foi consagrado no artigo 2º da Constituição Federal a tripartição dos Poderes do Estado, harmônicos e independentes entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Diante dessa solene proclamação, foi atribuído diversas funções a estes Poderes, porém, sem caracterizá-las como absoluta exclusividade. Destarte, os Poderes possuem uma função predominante, a qual é caracterizada como possuidor de parte da soberania estatal, além de outras funções constitucionalmente previstas. Estas são as funções denominadas típicas e atípicas (MORAES, 2016).

As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar. No entanto, de forma não típica, desempenha atividades administrativas e de julgar. Como exemplo de atividade administrativa é operar como poder de polícia ou prover cargos da sua estrutura. Já da atividade de julgar temos por exemplo os crimes de responsabilidade do Presidente e Vice-Presidente da república, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, os membros do Ministério Público e dos Conselhos Nacionais e o Advogado Geral da União, que são processados e julgados pelo Senado, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das três Forças Armadas, nos crimes de mesma natureza conexos com os praticados pelo Chefe do Executivo (MENDES e GONET BRANCO, 2016).

O Poder Legislativo é considerado bicameral, pois o órgão que representa este Poder, o Congresso Nacional, atualmente, encontra-se dividido em duas Grandes Casas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. A Câmara dos Deputados corresponde a representação popular (artigo 45, *caput*, da Constituição Federal). Já o Senado Federal é constituído por representantes dos Estados-membros e do Distrito Federal (artigo 46, *caput* da Constituição Federal). Sendo assim, é certo afirmar que tecnicamente os Senadores não são a representação do povo, e sim dos Estados da Federação brasileira (TAVARES, 2006).

Os serviços do Congresso Nacional são desenvolvidos ao longo da legislatura, tempo este compreendido em quatro anos, o mesmo que dos deputados federais. Já os mandatos dos Senadores



são de oito anos. “A legislatura é período relevante; o seu término, por exemplo, impede a continuidade das Comissões Parlamentares de Inquérito por acaso em curso”.

No período correspondente a legislatura é que ocorre as sessões legislativas, as quais podem ser ordinárias, quando obedecem ao período normal de trabalho constitucionalmente previsto, ou extraordinárias, quando são realizadas no período de recesso do Congresso (MENDES e GONET BRANCO, 2016, p. 788).

2.1.2 Poder Executivo

Através da nossa primeira Constituição é que teve início a tradição presidencialista em nosso país, promulgada em 24 de fevereiro de 1.891, que trazia o seguinte texto: “art. 41. Exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe electivo da nação”, o qual se manteve essa ideologia nas constituições seguintes. Porém, a história do Presidencialismo teve início em 1.787, com a Constituição norte-americana, que trata de um regime governamental baseado principalmente em uma figura central, o Presidente da República (MORAES, 2016, p. 748).

A principal característica do presidencialismo é a autonomia do Presidente da República diante o Congresso Nacional, quer dizer, para se manter no poder o Presidente não precisa do apoio do Congresso. Porém, o êxito de sua política governamental vai depender do bom relacionamento com o Poder Legislativo. Outras características são:

1ª o Presidente exerce o papel de Chefe do Estado e de chefe do governo concomitante; 2ª os Ministros são meros auxiliares do chefe do Executivo e demissíveis por ele a qualquer momento; 3ª o residente não tem grande participação no processo legislativo; 4ª o povo e quem elege, direta ou indiretamente, o Chefe do Executivo para o cumprimento de um mandato, e não o Parlamento (TAVARES, 2006, p. 1110).

A Constituição Federal destinou a Chefia do Poder Executivo ao Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado e pelas Forças Armadas. A função típica do Poder Executivo é administrar a coisa pública, porém tem como função atípica a de legislar, e de julgar. Como são muito amplas as atribuições do Presidente, houve a necessidade do legislador garantir a livre e imparcial atuação, delimitada pela legalidade e pelos princípios constitucionais. A fim de garantir essa independência foram fixadas imunidades e prerrogativas o Chefe do Poder Executivo.



Na organização do Poder Executivo percebe-se a existência de duas funções essenciais, distintas, que são Chefe de Governo e Chefe de Estado, as quais o nosso texto constitucional atribuiu ao nosso Presidente o exercício dessas funções. Como Chefe de Estado ele representa as relações internacionais, bem como incorpora, a unidade interna do Estado. Já como Chefe de Governo, sua função é gerenciar negócios internos, tanto de natureza administrativa, como de natureza política (MORAES, 2016).

2.1.3 Poder Judiciário

O Judiciário representa um dos três poderes expressamente reconhecidos pela Constituição Federal, sendo autônomo em relação aos outros, sendo atribuída a ele a função de declarar o Direito e de julgar. No declarar o Direito, previamente deverá defender a Constituição, inclusive contra as edições feita em seu texto. Já o de julgar é compreendido como a solução das lides que lhe são apresentados. Ademais, é reconhecido hoje a função de controle dos demais poderes do Estado (TAVARES, 2006).

Como os outros Poderes, o Judiciário possui funções típicas e atípicas. A sua função típica é a de julgar, ou seja, quando há um conflito de interesses, deverá aplicar a lei, a fim de solucionar a lide. Por outro lado, suas funções atípicas são de natureza legislativa e administrativa. Suas atribuições de natureza administrativa é a edição de normas regimentais, pois cabe ao Poder Judiciário a elaboração dos seus regimentos internos, observando as normas e garantias processuais, dispondo sobre funcionamento e a competência dos respectivos órgãos administrativos e jurisdicionais. Já as de natureza administrativa, temos por exemplo, “concessão de férias aos seus membros e serventários; prover, na forma prevista nessa Constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição” (MORAES, 2016, p. 794).

Encontra-se definida no artigo 92 da Constituição a estrutura do Poder Judiciário. O judiciário tem com órgão direcional o Supremo Tribunal Federal, o qual desempenha as funções de órgão máximo do Poder Judiciário Nacional e de Corte Constitucional. Nesta estrutura hierarquizada, logo abaixo, temos os Tribunais Superiores: Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Superior Tribunal Militar (STM). O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição de 1.988, lhe sendo atribuído a função jurisdicional quanto o emprego do direito objetivo federal. Já os outros Tribunais Superiores atuam



como instâncias recursais superiores dos Juízes e Tribunais do Trabalho, Eleitorais e Militares. Os Tribunais Superiores e o Superior Tribunal Federal possuem jurisdição em todo território nacional.

A jurisdição brasileira está dividida em Justiça Comum e Justiças Especiais. Compreende a Justiça Comum a Justiça Federal e as Justiças dos Estados, a qual a instância recursal superior é o Superior Tribunal de Justiça. Já as Justiças Especiais são a Justiça Militar, a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho.

2.2 Controle de Constitucionalidade

Primeiramente, a essência de normas é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, tomando a constituição como a norma hierarquia superior do sistema normativo é nela que o legislador achará a forma de laboração legislativa que irá compor seu conteúdo. Ademais, abarcando as palavras de Mendes e Gonet Branco (2017), em constituições rígidas se constata a superioridade da norma magna em relação àquelas do Poder Legislativo, que as promulga no exercício de suas funções. Dessa forma, é dela que virá o fundamento e o controle, de forma que, nenhum ato normativo, que por coerência que necessariamente dela decorre, não poderá modificá-la ou suprimi-la.

Ainda nas palavras do autor aludido acima, a confusão do seu incremento histórico e as múltiplas aparências de análise cominam ao conceito de Constituição um mastro de significados e entendimentos, inigualáveis. A contragolpe em relação ao significado da Constituição, pende da tarefa que se almeja resolver com a opinião eventualmente desenvolvida (MENDES e GONET BRANCO, 2017).

Não bastando a imensa semântica que o submerge e as múltiplas modificações ocorridas, o conceito de Constituição parece conservar um centro estável, qual seja: “a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento” (MENDES e GONET BRANCO, 2017, p. 934). Desta forma, ainda no mesmo entendimento, analisa-se que a constituição é em seu sentido estrito, formada por diretrizes que balizam a criação de outras normas que organizam os demais entes estatais.

Nessa ideia de Constituição, como conjunto de diretrizes promulgadas com a possibilidade de um procedimento especial e que está submetido a uma forma especial de revisão, que é inserido o termo Controle de Constitucionalidade. Controlar a constitucionalidade para Alexandre de Moraes (2016), significa averiguar a adaptação de uma lei ou de um ato normativo com a constituição,



constatando suas condições formais e materiais. Deste modo, no aparelho constitucional brasileiro apenas as normas constitucionais positivadas poderão ser aproveitadas como modelo para a apreciação da constitucionalidade de leis ou atos normativos (MORAES, 2016).

2.2.1. Instrumentos Processuais de Controle

“No Brasil, é adotado duas formas de controle de constitucionalidade, sendo eles o **Controle Preventivo e Controle Repressivo**” (MORAES, 2016, p. 1123), **(nosso grifo)**.

O primeiro, por sua vez, ainda deslumbrando o entendimento de Alexandre de Moraes (2016), o princípio da legalidade e o processo legislativo constitucional são basilares para sua efetivação, dessa forma, para que alguma espécie normativa entre no ordenamento jurídico, carecerá de ultrapassar todo o procedimento previsto constitucionalmente. Dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que buscam evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.

O segundo, em regra, utilizado no Brasil, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo, em que é o próprio Poder Judiciário que tem o dever de controle da lei ou do ato normativo, que já foram promulgados, diante da Constituição Federal, para afasta-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Constituição Federal (MORAES, 2016).

Há dois sistemas ou métodos de controle Judiciário de Constitucionalidade repressiva. O primeiro denomina-se concentrado, que se dá por via de ação, o segundo é chamado de difuso, que se dá por via de defesa (MORAES, 2016).

2.2.2 Controle Concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade autoriza a imputação para o julgamento dos assuntos constitucionais a uma Corte Constitucional. O controle concentrado tem extensa abundância de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser mesclada por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, de modo geral, com prazo extenso. Aludido modelo segue as ações individuais para a defesa de arranjos subjetivos e cria organismos



específicos para a defesa dessas disposições, com a atribuição de eficácia *ex tunc*, ou seja, com efeitos retroativos (MENDES e GONET BRANCO, 2017).

Para o melhor entendimento, a jurisprudência abaixo exemplifica um clássico caso de controle de constitucionalidade concentrado, ao qual seus efeitos, produziram efeitos *erga omnes*, e eficácia *ex tunc*.

PROCESSO OBJETIVO - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - LIMINAR - CONCESSÃO. Surgindo a relevância e o risco de manter-se com plena eficácia os preceitos atacados, impõe-se o **deferimento** da medida acauteladora, **suspendendo-os**. PROJETO DE LEI - INICIATIVA EXCLUSIVA - EMENDA PARLAMENTAR - DESVIRTUAMENTO. A ausência de pertinência temática de emenda da casa legislativa a projeto de lei de iniciativa exclusiva leva a concluir-se pela **inconstitucionalidade formal**. (STF - MC ADI: 5453 SC - SANTA CATARINA 0000737-55.2016.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/03/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-060 04-04-2016), (**grifo nosso**).

Deste modo, fica cristalizado o funcionamento do controle de constitucionalidade concentrado, na forma prática, com o poder exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

2.2.3 Controle Difuso

O controle difuso de constitucionalidade é uma modalidade que faculta a todos os juízes e tribunais, independentemente do grau ou instância, desempenhar a atividade de inspeção da compatibilidade de uma norma com a Constituição Federal. Nasce, no entanto, no início do século XIX nos Estados Unidos da América, com o julgamento pela Suprema Corte, do ilustre caso de *Marbury versus Madison*, inaugurando, desta forma o controle difuso. (CUNHA JUNIOR, 2010)

No Brasil, ainda conforme Dirley da Cunha Junior (2012), o modelo de controle foi utilizado pela primeira vez na Constituição de 1891, por influência de outros países, dentre eles os Estados Unidos da América, assim, sendo aludido pelas Constituições posteriores, encontrando-o hoje no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Para melhor solidificação do tema, abaixo incluímos uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca de relação jurídica de trato continuado, onde ouve superveniência da decisão por parte do STF em sentido contrário a resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma no caso em concreto.

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. SENTENÇA RECONHECENDO INCIDENTALMENTE A CONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO CONTINUADO. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DO STF, EM CONTROLE DIFUSO, EM SENTIDO CONTRÁRIO. RESOLUÇÃO DO SENADO SUSPENDENDO A EXECUÇÃO DA NORMA. EFEITOS. 1. A sentença que, afirmando a constitucionalidade da norma, reconhece a legitimidade da cobrança de contribuição previdenciária, faz juízo sobre relações jurídicas sucessivas e, como tal, tem eficácia para o futuro, observada a cláusula rebus sic stantibus: sua força vinculante se mantém enquanto se mantiverem inalterados o estado do direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza. 2. Superveniente decisão do STF, em controle difuso, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma, não representa, por si só, modificação no estado de direito, apta a retirar a eficácia da sentença em sentido contrário transitada em julgado. 3. [...] 4. Na hipótese dos autos, ficou reconhecida, relativamente ao período anterior ao advento da Resolução do Senado, a eficácia da sentença transitada em julgado proferida no caso concreto, entendimento que se confirma. 5. [...] (STJ - REsp: 822683 PR 2006/0038236-1, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 10/10/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 26/10/2006 p. 241), **(grifo nosso)**.

Na esfera dos Tribunais para apreciação de uma questão que submerja da arguição de inconstitucionalidade, deve ser observado a cláusula de reserva de plenário, com algumas exceções trazidas pela Lei n. 9.756/98 que dispõe em seu relação a duas circunstâncias em que não será necessário observar a cláusula de reserva de plenário pelo pleno ou por órgão especial, a primeira quando já houver pronunciamento destes e a segunda quando já houver decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (SILVA, 2012).

Na atual Constituição, a reserva de plenário está presente no artigo 97. Assim, em implicação da cláusula de reserva de plenário, a inconstitucionalidade só constituirá e será declarada mediante o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do órgão especial. Além do mais, ela é conexa ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis, pois exige-se quórum qualificado para ser declarado uma normal inconstitucional (BARROSO, 2016).

2.2.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (Adin)

A ação direta de inconstitucionalidade genérica, é uma ação ao qual o objeto é a constitucionalidade da norma. Nesta ação, não há de se falar em conflito de interesses entre partes, ao fato que neste ponto, já se restringisse em dizer que “não é feito de modo incidental, no curso do raciocínio judicial tendente à solução de um litígio [...], sendo pressuposto para o seu julgamento apenas a análise de constitucionalidade da norma” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 905).



Por esta razão, ainda no entendimento de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012), por ser a ação direta de inconstitucionalidade basicamente um pedido de remover da ordem jurídica norma que não seja compatível com a Constituição Federal, a decisão que a declara produzira efeito *erga omnes*, resultando diante de todos, e com isso, norma não mais aplicável (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012).

Com fulcro no artigo 103 da Constituição Federal de 1988, possuem legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

Podem ser opostos por ação direta de inconstitucionalidade, nas adjacências do art. 102, I, “a”, da CF, “lei ou ato normativo federal ou estadual” (BRASIL, 1988). Desta forma, “utilizou-se o constituinte de formulação consideravelmente abrangente de todos dos atos normativos primários da União ou dos Estados” (MENDES e GONET BRANCO, 2017).

2.2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

A Constituição Federal prevê que, no entendimento de Alexandre de Moraes (2016), que declarada a inconstitucionalidade por omissão de preceito constitucional, será realizada a ciência ao Poder competente para a realização das medidas necessárias, e se abordando órgão administrativo, deverá ser feito no prazo de 30 dias. A matéria objetivada com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder completa eficácia às normas constitucionais, que pendessem de complemento infraconstitucional. Desta forma, há cabimento a referida ação, quando o poder público coíbe de um dever que a Constituição o atribuiu (MORAES, 2016).

Para Dirley da Cunha Junior (2010), a Constituição Federal determina que o Poder Público tenha um comportamento positivo, com o desígnio de garantir a aplicabilidade e eficácia de toda norma constitucional. Quando o Poder Público se omite, realiza uma conduta negativa. A incompatibilidade entre a conduta positiva determinada pela constituição e a conduta negativa do



Poder Público que foi omissivo em determinada circunstância, configura a chamada inconstitucionalidade por omissão (CUNHA JUNIOR, 2010).

2.2.6 Ação De Descumprimento De Preceito Fundamental (ADPF)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi inaugurada no texto original da Constituição Federal de 1988, porém veio ser regulamentada apenas com a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre seu método e julgamento.

Em sua concepção original conforme Luís Roberto Barroso, aprovado pelo Congresso Nacional, a ADPF tinha duas funções institucionais, a primeira de instrumento de governo, que tinha como possibilidade de os legitimados elevarem diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal as discussões de questões sensíveis, “envolvendo risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante polêmica constitucional” (BRASIL, 1999), a segunda por sua vez, de aparelho de cidadania, de defesa de direitos fundamentais, quando aceita propor a qualquer pessoa lesada ou que foi ameaçada por ato do Poder Público. Este segundo dispositivo, entretanto, foi vetado pelo Presidente da República, com o fundamento de que abordava de forma muito ampla o acesso ao Supremo Tribunal Federal (STF) (BARROSO, 2016).

Desta forma, é válido destacar que a ADPF vem aperfeiçoar o sistema de controle de constitucionalidade de aspecto concentrado no Supremo Tribunal Federal (STF), uma vez que as normas, inclusive as que estão excluídas de análise no campo do controle abstrato de normas e de outras ações diretas, poderão ser objeto de reanálise no âmbito deste instituto (MENDES e GONET BRANCO, 2017).

2.3 Ativismo Judicial

O tema Ativismo Judicial suscitou muitas discussões não apenas na esfera doutrinária, mas também na acadêmica. Com o fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional que se deu a partir da Constituição de 1988, e ainda com o fortalecimento das intrincadas estruturas de controle de constitucionalidade, em que suas decisões possuem um efeito vinculante e *erga omnes*, juntamente com a morosidade dos Poderes Políticos em efetivar as normas constitucionais



de eficácia limitada, novas técnicas interpretativas que ampliam a ação jurisdicional vem sendo permitidas, em competências dos Poderes Legislativo e Executivo (MORAES, 2016).

A partir do seu surgimento, o ativismo possui como característica principal as decisões judiciais que adjudicam uma obrigação ao administrador e ao legislador, mesmo não havendo previsão legal para tanto. O Supremo Tribunal Federal tem conferindo interpretações conforme a Constituição, sem redução de seu texto.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi conferido ao STF o poder de editar, de ofício, Súmulas Vinculantes, que não podem ser objeto de controle, tão apenas de revisão, edição ou cancelamento, e não apenas no tocante a vigência e eficácia, mas também quanto a sua interpretação. Por isso, a Suprema Corte tem desempenhado uma verdadeira função de legislador, em que acaba por completar e especificar princípios e conceitos genéricos do texto constitucional.

Ao tratar do ativismo, Lenza (2016, p. 104) afirma que "É preciso identificar os mecanismos de sua concretização e, nisso, além do papel da sociedade, parece-nos que o Judiciário tem uma importante missão, realizando a implementação da efetividade das normas constitucionais".

A utilização do termo Ativismo Judicial, como uma expressão, se deu pela primeira vez nas palavras de Arthur Schlesinger Jr, no ano de 1947, em que tratava em um artigo sobre a Suprema Corte dos EUA. Para o direito Brasileiro, esse instituto tomou importância quando começou a ser debatido sobre sua possibilidade e limite em ser utilizado, gerando uma grande polêmica sobre a prática do ativismo judicial (MORAES, 2016).

Conforme Moraes (2016), a crítica estaria se o ativismo seria um modo pelo qual os juízes guiam suas opiniões particulares e políticas públicas, sendo ainda a prática relativa a uma ignorância de precedentes, que justificaria a possibilidade de violação a Constituição, ou, uma maneira de interpretação constitucional, derivada do exercício jurisdicional, atribuída pela função jurisdicional, que permitiria o Poder Judiciário preencher as lacunas constitucionais, fatores da omissão de outros Poderes, ou ainda, pela demora do Legislativo em editar normas que permitam a plena eficácia da norma constitucional.

Outra celeuma se encontra no tocante que, se o ativismo afrontaria a Separação dos Poderes, usurpando as funções típicas da legislatura ou da autoridade administrativa, ou, em contraponto, uma verdadeira imprescindibilidade constitucional, tutelada pelo preceito de freios e contrapesos, que teria como pano de fundo a garantia da supremacia da efetividade das normas constitucionais.



Como marco do referencial teórico, Moraes (2016) aponta como primeira decisão ativista o caso *Dred Scott*, de 1857, em que no julgamento de uma lei que libertaria automaticamente os escravos que conseguissem adentrar em um determinado território, em que a escravidão se encontrava abolida, a Suprema Corte a declarou inconstitucional, pois tal norma estaria por ferir o princípio da propriedade, essa que estaria protegida pela cláusula do *due process of law*.

Em contraponto, durante um caso racial norte-americano, o ativismo se mostrou de suma importância durante a Corte Warren, notadamente a partir da decisão *Brown v. Board of Education*, de 1954, nesse caso a Suprema Corte derrubou seu próprio precedente, e decidiu pela inconstitucionalidade da lei que vestia o entendimento “iguais, mas separados”, em que se possibilitava instalações públicas separadas a negros e brancos, se eles fossem de qualidade iguais, com essa atitude esse foi o início do fim da segregação racial nos Estados Unidos (MORAES, 2017).

Em um primeiro momento, o ativismo judicial foi duramente criticado por uma massa conservadora, assumindo assim um significado negativo nos Estados Unidos, como sendo um exercício impróprio do poder judicial (BARROSO, 2016).

Contudo, malgrado essa apreciação ideológica, o ativismo judicial pode ser entendido como uma maneira de o judiciário participar de forma abrangente na efetivação dos valores e fins expressos na Constituição, sendo com isso necessário invadir a esfera de atuação dos outros Poderes. Pode-se dizer que em vários casos não ocorre um confronto, mas sim o preenchimento de lacunas ou espaços vazios (BARROSO, 2016).

Para Dimoulis e Lunardi (2016), o que se pode verificar, é a possibilidade de o Judiciário exercer função de transformador da sociedade. Para isso, usaria de sua vasta jurisprudência para praticar políticas públicas, e isso resolveria o problema da falta de vontade política de outros poderes. Isso seria possível de acordo com sua independência-neutralidade política e ao preparo jurídico constitucional. Por isso o tema ativismo judicial seria a expressão máxima da função transformadora do Judiciário.

Como se pode notar, o ativismo se demonstrou de suma importância no desenvolvimento histórico, possibilitando prerrogativas que puderam expressar uma real efetividade do Judiciário, acompanhando a rápida evolução social, o qual se faz necessário para se tutelar o anseios civis postos nos citados fatos.



Alguns autores defendem uma posição progressista, aduzindo que o direito deve ser vivido por cada geração, e ao seu modo, por isso as normas do passado, postas pelo legislador da época, não poderiam impor seus valores de maneira irrestrita a sociedade atual (NOVELINO, 2016).

Continua o autor que os magistrados devem manter atualizadas as normas constitucionais, para que as necessidades da presente sejam atendidas, e para isso, eles devem buscar encontrar quais são os valores consensuais existentes e inserir essa ideia social na interpretação.

Contudo, conforme expõe Moraes (2016, p. 1196), deve existir uma balança que possa sopesar a "[...] '*passividade judicial*' e o '*pragmatismo jurídico*', entre o '*respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes*' e '*a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade*' [...]", devendo conduzir o Poder Judiciário à aplicação do ativismo judicial.

Continua o doutrinador, que essa necessidade se deve, em especial ao Supremo Tribunal Federal, para expor uma metodologia interpretativa, que possibilite um entendimento claro e fundamentado, fazendo com que a norma perca o caráter excessivo de subjetividade, e passe a permitir que se realize uma análise crítica sobre a opção tomada. Deve-se procurar inibir que a norma tenha aplicação apenas em questões políticas, restringindo sua utilização a determinados grupos, e que o Judiciário possa de uma maneira realmente ativista, em uma análise do valor social dos casos concretos, buscar a efetiva supremacia dos Direitos Fundamentais.

2.3.1 Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial

Conforme demonstrado no item supra, o ativismo judicial recebera um papel fundamental de garantia dos direitos fundamentais. É possível observar que o STF vem, cada vez mais, empregando o ativismo judicial em suas decisões. Isso se deve ao fato de que o Poder Judiciário vem aumentando o seu papel, em busca de do fim social.

A esse fenômeno, podemos chamar de ativismo judicial, em que é satisfeito pelo Supremo Tribunal Federal. Isso se deve ao fato de a Constituição Federal de 1988 ter iniciado a competência do STF para analisar o controle de constitucionalidade por omissão, através da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.



Partindo dessa premissa, o Poder Judiciário, embora não possua titularidade para se sobrestar aos demais Poderes para se concretizar as normas Constitucionais, acaba por sendo o responsável pela efetivação de diversas demandas ajuizadas com o intuito de se efetivar um direito violado.

Como se pode observar, essa tutela efetivada pelo Supremo Tribunal Federal advém de uma necessidade de se tutelar direitos fundamentais, as quais são buscadas no judiciário, e exigindo-se uma postura ativa deste, diante da falta de regulamentação de normas constitucionais.

É o que se pode verificar no Mandado de Injunção 960 do DF, conforme Min. Marco Aurélio (2014).

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. APOSENTADORIA ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE – PARÂMETROS. Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei nº 8.213/91, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima. (STF - MI: 960 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/06/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)

É possível verificar diversos casos, de suma importância para a sociedade, em que o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar, e que para se alcançar a tutela deseja, a concretização teve que se dar com a adoção do ativismo judicial, uma vez que várias normas continham lacunas deixadas pelo processo legislativo.

Entre inúmeros casos em que é possível se verificar a adoção desse tipo de atividade pelo Supremo, podemos citar o caso da gestação de feto anencéfalo, como o da ADPF 54, conforme Min. Marco Aurélio (2013).

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento:

Analisando a referida ementa, verifica-se que a análise do Supremo trouxe uma nova possibilidade de aborto que não existia no Código Penal, qual seja, o eugênico, por isso podemos concluir que trata-se de uma atuação ativa.

Assim, a proposta de um Estado Democrático se mostra eficaz com a adoção de mecanismos propícios a assegurar e garantir que se efetive os direitos fundamentais, sem, contudo, se desprezitar a Separação dos Poderes, mas, caso um poder se torne omissivo em regular determinada matéria, outro possa atuar de forma a regulamentar o texto Constitucional.

3. METODOLOGIA

O método utilizado no presente estudo foi de pesquisa bibliográfica, a qual utilizamos de categorias teóricas e dados que já foram trabalhados por outros pesquisadores e que foram devidamente registrados. Essa pesquisa se realizou a partir do registro disponível, derivado de estudos anteriores, em documentos impressos, como artigos, livros, teses e etc. “Os textos tornam-se fontes dos temas a serem pesquisados”. Analisando os estudos constantes dos textos os quais são contribuições de autores, com uma visão crítica, é onde o pesquisador trabalha (SEVERINO, 2007, p. 122).

Para que seja possível a pesquisa Bibliográfica, torna-se necessário a existência de uma biblioteca, e tem a definição dos bibliotecários como “ato de ler, selecionar, fichar e arquivar tópicos de interesse para a pesquisa em pauta”. É através da tomada de posição do pesquisador na matéria, a qual ele deve definir o assunto a ser estudado, ao analisar seus aspectos fundamentais, seus limites e a matéria consultada. A inicial deve ser realizada em compêndios, tratados, pela orientação de especialistas mais experimentados ou monografias. Em sequência o “pesquisador deve inteirar-se dos termos usados no vernáculo e seus correspondentes nas línguas estrangeiras de penetração internacional”. Ele não pode se olvidar da tranquilidade e comodidade oferecida pelo dicionário nesta ocasião (MORAES, 1990, p. 111).

Continuando o raciocínio do autor, a próxima fase, é consultar “Documentos Secundários”, ou seja, realizar o estudo das fontes de referência. O pesquisador, orientado pelo bibliotecário da instituição, deve escolher os “Abstracts”, Índices, a Bibliografia, mais indicadas para utilizar em



suas referências. Neste ponto do trabalho, deverá o pesquisador obedecer uma sequência e “não pretender cumprir todas as fases concomitantemente, o que, sem dúvida tumultuaria o assunto e o rendimento ficaria prejudicado”. Realizar o trabalho de forma racional, multiplica efetivamente a produtividade. Para Moraes (1990), são estabelecidas cinco fases, as quais deverão ser vencidas. “A identificação, localização, obtenção, fichamento e arquivamento”. Finalizando essas fases, o indivíduo está nas mais propícias condições para fazer uso do artigo e dele fazer a extração máxima para a sua pesquisa (MORAES, 1990, p. 111).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível identificar através da análise científica doutrina e jurisprudencial, que o ativismo judicial é atividade necessária para se efetivar as garantias Constitucionais. O tema possui grande importância no meio jurídico, principalmente em relação ao controle de constitucionalidade em que é conferido ao Poder Judiciário a função de verificação de constitucionalidade de leis e atos normativos emanados pelo Poder Legislativo.

Em relação ao ativismo judicial, é possível identificar que este possui uma função peculiar, em que o Judiciário ao se utilizar dessa ferramenta como intérprete constitucional, realiza um dever positivo, como sendo uma maneira tangencial para suprir a mora legislativa.

Tal instituto caracteriza-se com um verdadeiro mecanismo de aperfeiçoamento do processo legislativo. Entretanto, a maior crítica realizada quanto a utilização do ativismo, é a de que os Poderes Legislativo e Executivo, em sua formação, advieram de um processo democrático, que visa a representatividade da vontade popular, sendo o ativismo duramente criticado por não possuir competência democrática.

Contudo, o Poder Judiciário não possui competência para praticar atos que visem implementar políticas públicas, essa função poderá ser atribuída quando esse encargo for descumprido por quem de direito possui essa prerrogativa, com o intuito de que a sua inércia não interfira no efetividade dos direitos que a Constituição tutela.

Quando uma parte interessada necessita que um direito seu seja tutelado, por falta de regulamentação de uma norma de eficácia limitada, o Poder Judiciário será acionado a fim de que entregue a parte o seu direito. Esses atos são necessários para que um direito não fique a cargo do bel-prazer do legislativo.



Portanto, o ativismo judicial deve ser visto como um mecanismo hábil a resolver as diferenças sociais, possibilitando ao Judiciário que em caso de situações omissas possa estabelecer uma interpretação da norma frente a Constituição.

Assim, diante toda a análise realizada, é possível compreender que o ativismo judicial possui importante papel perante a sociedade, atuando muito mais de forma eficaz, solucionando problemas advindos da mora legislativa, do que sendo ele um problema a ser combatido.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência: 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 4º. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. Esquematizado: 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016

MORAES, Irany Novah. **Elaboração da Pesquisa Científica**. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu Editora, 1990.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Conforme novo CPC e a EC 90/15: 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23 ed. rev. e atual. – São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 822683 PR 2006/0038236-1**, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 10/10/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 26/10/2006 p. 241. Disponível em: < www.stj.jusbrasil.com.br/ >. Acesso em: 29 set.2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal - **MC ADI: 5453 SC - SANTA CATARINA 0000737-55.2016.1.00.0000**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/03/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-060 04-04-2016. Disponível em: < www.stj.jusbrasil.com.br/ >. Acesso em: 29 set.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54-DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJU em 30/04/2013. Disponível em: < www.stf.gov.br/ >. Acesso em: 29 set.2017.
.MI 960-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJe em 01/08/2014. Disponível em: < www.stj.jusbrasil.com.br/ >. Acesso em: 29 set.2017.

BRASIL. **Lei n. 9.882/99**, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.