



ATIVISMO JUDICIAL E O SEU EQUILÍBRIO NOS PODERES

COSTA, Vanner Farias da¹

OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de²

RESUMO

A atuação dos juízes, de forma ampla e extensiva na aplicação do direito, é vista como ativismo judicial e tem sido motivo de especulações pelos doutrinadores, como também há quem defenda tal atuação. Com o aumento da procura pelo judiciário, criou-se um grande acúmulo de ações nos tribunais, fazendo com que o Poder Judiciário atuasse em questões políticas e sociais, suprimindo a omissão dos demais poderes, originários de tal função, sendo, assim, um protagonista da sociedade. Contudo, quando o Poder Judiciário atua de forma não prevista na legislação, ocorre o ativismo judicial e, como consequência, ele abala a tripartição dos poderes, pois tal separação é oriunda da própria constituição federal, determinando a função para cada poder, para que não ocorram abusos ou atitudes extensivas, adotando o sistema de freios e contrapesos de origem americana, sendo essa uma medida para garantir que cada poder atue dentro de suas prerrogativas. Quando necessário, havendo falta de normas regulamentadoras por omissão dos demais poderes, o Poder Judiciário aplicará seu entendimento por meio de edições de súmulas para uniformizar a jurisprudência, criando direitos por intermédio dos tribunais e, assim, acaba sendo questionada a forma como tais medidas são adotadas, visto que tal função caberia ao Poder Legislativo e Executivo. Embora a competência seja dos entes políticos, há ainda uma grande omissão diante dos problemas da sociedade. Com isso, o Poder Judiciário tomou a iniciativa, em alguns casos, de resolver as questões pela falta de normas.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização, Contramajoritário, Competência do STF e Ativismo.

JUDICIAL ACTIVISM AND ITS EQUILIBRIUM IN THE POWERS

ABSTRACT:

The Judges' action, in an extensive manner in the application of the law, is seen as judicial activism and has been the subject of speculation by the doctrinaires, as also there are those who defend such action. With the increase of the demand for the judiciary, a great accumulation of actions in the courts was created, causing that the Judiciary Power acted in political and social questions, supplying the omission of the other powers, originating from this function, being, so, a protagonist of society. However, when the Judiciary acts in a way that isn't preview in the legislation, the judicial activism occurs and, as a consequence, it shakes the tripartition of the powers, because this separation comes from the federal constitution, determining the function for each power, so that abuses or extensive attitudes do not occur, adopting so the system of brakes and balances of American origin, being this a measure to ensure that each power acts within its prerogatives. When necessary, there being lack of regulatory standards by omission of the other powers, the Judiciary power will apply its understanding by means of editions of overviews to standardize the jurisprudence, creating rights through of the courts and, so, the way these measures are adopted is questioned, considering that this function would be the responsibility of the Legislative and Executive Power. Despite the competence is of the political entities, there is still a great omission in front of the problems of the society. With this, the Judiciary power has taken the initiative, in some cases, to resolve the questions occurred through the lack of standards.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAG, vanner_farias@hotmail.com

² Docente Orientador do Centro Universitário FAG, lucasoliveira@fag.edu.br



KEYWORDS: Judiciary, Counter majority, STF Competence and Activism.

1 INTRODUÇÃO

A prática do ativismo judicial consiste em uma atuação extensiva do Poder Judiciário em esferas políticas, como também na edição de normas e súmulas vinculantes com força de lei. Aos olhos de muitos autores, essa atividade que ocorre no Judiciário é uma afronta à Constituição Federal e à separação dos poderes, pelo modo como essas normativas são criadas, por meio de iniciativas de juízes e por não haver restrição ou limites relacionados aos procedimentos de como são produzidas. Em relação à tripartição dos poderes, cabe ao judiciário a soberania do Estado em relação à aplicação de leis. Contudo, devido ao fato de o ativismo ocorrer de modo cada vez mais frequente, essa tem sido uma questão conflitante, tanto em nível nacional quanto estrangeira, de forma a se indagar: qual é o legítimo espaço de atuação do Poder Judiciário?

A aplicação de normas extensivas pelo judiciário acontece por uma necessidade, quando ocorre a falta de normas regulamentadoras ou, em alguns casos, por uma iniciativa do próprio Poder Judiciário, para conter a alta demanda de processos que desejam, dos tribunais, uma solução, e em casos em que o Judiciário decidiu atuar para inibir ou conter alguns abusos dos entes políticos, fazendo-se necessária a edição de normas cogentes que regulamentem o comportamento da sociedade.

De início, para melhor compreensão do tema analisado, cabe uma retração histórica e a importância do instituto do controle de constitucionalidade, através de decisões dos tribunais que se concretizaram como normas, sendo essa uma evolução nas funções do Poder Judiciário.

Oriundo dos Estados Unidos, no século XX, o ativismo no sistema *Common Law* encontra sua manifestação nas decisões dos juízes, os quais ultrapassam a simples interpretação das normas, sendo operadores do direito e atribuindo-o, assim, em sua função como legisladores, ou seja, criando normas para atender as necessidades da sociedade, sendo estas adotadas também na legislação brasileira através de analogia, e não por regulamentação legal.

Contudo, em relação à prática do ativismo, encontram-se doutrinadores que defendem tal atuação, pois estaria o Poder Judiciário tomando a iniciativa de atender a coletividade, sendo um



protagonista, ao invés de aguardar iniciativa dos poderes políticos, para regulamentar as situações complexas da sociedade.

Assim, surge a necessidade de que as leis e o direito acompanhem as mudanças da sociedade e, havendo falta de normas ou omissões do Poder Legislativo ou Executivo, o Poder Judiciário, se necessário, agirá para suprir tais lacunas e, assim, poderá comprovar-se a tese do ativismo judicial, trazendo a análise de decisões jurisprudenciais, proclamadas pelo Supremo Tribunal Federal em nome da máxima efetividade das normas e de direitos fundamentais em prol da sociedade.

O objetivo que se busca alcançar com a pesquisa é demonstrar a importância do ativismo judicial no STF que seja visto como uma ferramenta necessária de atuação, sem interferir nos demais poderes de forma objetiva, buscando apresentar sua importância e evolução na busca em resolver os conflitos da sociedade.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Conforme Nascimento (1997), a tripartição das funções estatais, em executiva, legislativa e judiciária, é antiga, começou com Aristóteles, no ano 384 a.C. Tendo o pensador grego como referência, Montesquieu, que apresentou, a fim de evitar abusos ou irregularidades do exercício do poder, um modelo em que cada função institucional soberana deveria ser exercida por órgãos estatais diferentes. As funções eram as mesmas já citadas por Aristóteles, porém não seriam exercidas por uma só pessoa ou órgão, já que se modificaram e tornaram-se modernas as funções e atribuições a cada Poder, devendo, de forma sucinta, a função executiva ser de gerenciamento da coisa pública, que constituía na própria administração pública, já a função legislativa ser a criação de leis e suportes fáticos para a aplicação futura, sem direcionamento normativo individual ou pessoal, por fim a função judiciária ser informada pela prestação de soluções aos conflitos formados entre as partes.

Acrescenta-se também, que o pensador francês Montesquieu, sistematizou a tripartição das funções, para evitar o abuso e irregularidade do exercício do poder, é necessário que cada função institucional deva ser exercida por órgãos estatais diferentes. Como medida para amenizar a rigidez



da separação dos poderes, adicionou as funções atípicas que transitam em cada Poder, que seria a atribuição a um Poder que não tem, ontologicamente, o mesmo conteúdo da função típica específica, o que importaria numa interpenetração entre as funções institucionais.

Contudo, trata-se de função típica, o exercício específico atribuído a cada poder, como: Ao Poder Judiciário cabe a função típica de prestar jurisdição, depois de instalado o conflito de interesses entre as partes, chamadas de lide, cabendo-lhe, também, pelo princípio da demanda, a necessidade de provocação do interessado e de dirimir o conflito. Em relação ao Poder Legislativo, sua função típica é a de legislar obedecendo ao processo pertinente constitucional, criando normas legais que, no ato de sua criação como abstratas, somente se concretizem posteriormente, tendo também como função típica a de julgar e processar o Presidente ou Vice-Presidente em crimes de responsabilidade. E ao Poder Executivo, tem como função principal administrar a coisa pública, gerenciando a política governamental, representada pelo Presidente da República, como chefe do executivo (NASCIMENTO, 1997).

Aponta Pereira (2012), que a vantagem do sistema é exigir que o estado, conduza à ação concreta, só depois de analisar atentamente as consequências e os limites, do modo mais equânime e imparcial para todos. Ao editar normas abstratas e gerais, torna-se muito mais difícil ao legislador favorecer ou prejudicar seus interesses particulares. Pois, a lei, uma vez publicada, escapa dos seus autores, e sua aplicação e a interpretação são confiadas a outros órgãos distintos. Por isso o legislador se limita à enunciação abstrata da norma sem possibilidade de lhe dar falsa aplicação, nos casos concretos.

2.2 COMPETÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em razão da competência estabelecida ao Supremo Tribunal Federal, presente no art.102 da Constituição Federal, há três modalidades de jurisdição constitucional:

A primeira é a jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, podendo ser exercida por via de ação direta, interventiva, genérica ou por via de exceção, contida no art. 102, I, alíneas *a* e *p* e art. 102, III, da C.F. A segunda modalidade é a jurisdição constitucional da liberdade, exercida por meio de remédios constitucionais que se destinam à defesa de direitos fundamentais, previstos nos artigos 102, I, alíneas *d*, *g*, *i*, *q*, art. 102, II, alíneas *a* e *b*. E, como última modalidade,



há a jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, a qual se entende pelo exercício de atribuições jurisdicionais, para fazer parte do litígio de natureza constitucional, diverso do que existe no controle da constitucionalidade das leis, conforme previsto no art. 102, I, alíneas *b* e *c*, da C.F (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 refere-se, como função precípua do Supremo Tribunal Federal, precipuamente à guarda da Constituição, e também tem como competência originária processar e julgar as causas e conflitos entre a União e os Estados, e vice-versa, inclusive as das respectivas entidades que compõem a administração direta, prevista no rol do artigo 102, CF/88. Assim, a doutrina, em especial a jurisprudência da Corte, tem desenvolvidos parâmetros e balizas hermenêuticas que, lentamente, vão desvendando a potencialidade e os limites dessa norma. De um ponto de vista institucional, além de órgão da União como última instância recursal, releva-se sua faceta de efetivo tribunal da federação, sendo uma característica do STF, o qual atua para dirimir conflitos que possam afetar o equilíbrio do princípio federativo em nossa República (MAGALHÃES, 2017).

2.3 JUDICIALIZAÇÃO

É importante salientar que o ativismo judicial só ocorre por meio da judicialização, sendo transferida, ao Poder Judiciário, parcela do poder político, para que este dê a última palavra em casos complexos.

Segundo as palavras de Barroso (2018), no Brasil, a judicialização decorre de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado e o sistema de controle de constitucionalidade, que combina a matriz americana, segundo a qual todo juiz e tribunal podem pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto, e a matriz europeia, a qual admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. A judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional adotado, sendo que, na maior parte dos países democráticos, esse arranjo inclui o acesso à justiça, à definição constitucional de direitos fundamentais e à existência de Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais com o papel de dar-lhes cumprimento, sendo a judicialização potencializada nos países de constituições mais analíticas, as quais consagram direitos econômicos e sociais.



Barroso também comenta que as questões do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário, pois se trata de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, como Legislativo e Executivo. O lado bom, é que existe o Judiciário para atender demandas sociais que não foram satisfeitas pelos outros poderes, sendo prejudicial à judicialização a questão política em sentido amplo, pois significaria que as funções não estão sendo cumpridas por quem as deveria fazê-las, já que a política majoritária é aquela conduzida pelas entidades políticas, sendo necessário que estejam presentes condições concretas e socialmente controláveis de demanda social não atendida pelo processo político majoritário para justificar uma intervenção.

A judicialização da política, faceta do ativismo judicial, é um problema que diz respeito à relação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes do Estado, isso porque utiliza o direito como segunda e inadequada instância do jogo político, pervertendo a representação, em evidente prejuízo à circularidade do poder e à contingência própria do regime democrático e, como consequência, afasta o papel do indivíduo e da coletividade de seus próprios interesses. A judicialização se agrava quando ocorre no atual cenário do direito brasileiro, a partir da maior abertura das normas, como os enunciados normativos, e da sua interpretação, contrapondo a aplicabilidade dos princípios pelo órgão jurisdicional à divisão dos poderes (FAZIO, 2014).

Segundo Bicca (2012), a judicialização da política, de forma breve e sucinta, é o controle pelo Poder Judiciário sobre a vontade do soberano, sendo esse um fato comum em países democráticos. Ocorrem muitas críticas em relação a essa atuação política do Judiciário, pois ela surgiu em razão de acontecimentos externos à alçada do referido Poder, sem relação direta de pretensão dele. Com o surgimento do *Welfare State*, houve a inserção de direitos sociais, com cunho genérico e indeterminado, no texto da constituição, como também a instituição do controle de constitucionalidade das leis, como o modelo de controle abstrato, cuja legitimidade foi ampliada pela CF/88.

Bicca afirma ainda que a impulsão da judicialização das políticas tem como causa o surgimento *Welfare State*, com objetivos de organizar o capitalismo e trazer harmonia entre as classes sócias. A partir de então, inverte-se a lógica da legislação, passando-se a regular o futuro a partir do tempo presente e não mais do passado, como acontecia quando a norma era orientada somente em nome do princípio da certeza jurídica, visto que a legislação *welfare* é aberta,



indeterminada e programática, colocando o juiz na condição de um “legislador implícito” [grifos da autora].

Complementa Bicca que, quando o Poder Judiciário se inseriu na sociedade e na política, com a crise *Welfare State*, nos anos 70, e o surgimento do neoliberalismo e a implantação de suas reformas, aconteceu também o enfraquecimento da implantação de direitos sociais pelo Estado e a retração do sindicalismo, o que acabou acarretando a sucessão de uma sociedade fragmentada, entregue às leis do mercado, cuja ideologia e religião perderam suas forças de coesão, fazendo com que as expectativas de direitos deslizassem para o interior do Judiciário.

Sendo umas das causas da judicialização a aproximação do Judiciário com a sociedade, através dos juizados de pequena causa, aponta a autora:

São apontados, ainda, como fatores que propulsionaram da judicialização da política a aproximação do judiciário com a população mediante a criação de juizados de pequenas causas, institucionalização da *class action*, a legislação dos direitos do consumidor, a invasão do direito no aspecto social, com a regulamentação dos setores mais vulneráveis, tornando-se o juiz o protagonista das questões sociais (BICCA, 2012, p.3).

Destaca-se que o exercício de controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário, pode ter sido o grande responsável pela nova arquitetura institucional.

2.4 ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF

A jurisdição constitucional pode ser definida pelas múltiplas competências do STF, enunciadas no Art. 102 da Constituição Federal, podendo ser divididas em duas grandes categorias: a jurisdição ordinária, quando em sua atuação, aplicando o direito infraconstitucional a situações concretas, que vão do julgamento criminal de parlamentares à solução de conflitos de competência entre tribunais; e a jurisdição constitucional, que se traduz na aplicação da Constituição, tanto em ações diretas como em processos objetivos. Assim o STF, exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive dos emanados pelo Poder Legislativo e Executivo (BARROSO, 2018).

Dessa forma Barroso comenta que a atuação do STF, pode invalidar atos do Congresso Nacional, que é composto por representantes eleitos pelo povo e pelo Presidente da República,



também eleitos com mais de meia centena de milhões de votos. O STF é composto por onze Ministros, dos quais seis têm decisão de maioria absoluta, sem receber nenhum voto popular, podendo a sua interpretação da Constituição se sobrepôr à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem se fundamentado em dois principais argumentos: para a proteção dos direitos fundamentais e para proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos, conferindo à Corte o papel de sentinela contra o risco da tirania das maiorias, evitando que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias.

Na visão do autor Corbo (2014), são muitas as críticas referentes à ideia de função contra a majoritária do Poder Judiciário. Conforme desenhada pelos federalistas americanos, ao menos dois principais conjuntos de críticas deve-se analisar: primeiramente, a necessidade de que, em uma democracia, as decisões políticas sejam tomadas pela maioria da população - trata-se do princípio majoritário, de modo que caberá às minorias submeter-se às decisões pelo princípio do consentimento das minorias -; e, em segundo lugar, não cabe ao judiciário a tarefa de proteger as minorias e nem de interpretar e aplicar a constituição contra a vontade das maiorias.

Além disso, o autor sustenta que o princípio majoritário e o princípio do consentimento das minorias podem ser restringidos à luz da finalidade constitucional de proteção das minorias, decorrentes da necessidade de tutela genérica dos direitos fundamentais, pela aplicação do princípio da igualdade, como a não discriminação e não invisibilidade.

Destaca-se, a esse despeito, o disposto no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal: “Art. 3º, Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Em relação à ideia de igualdade como fundamento para a proteção das minorias, deve-se analisar a possibilidade de que o Poder Judiciário atue na proteção desses grupos, buscando apenas definir se as bases de atuação judicial são legítimas ou não, na medida em que se contrapõem à decisão tomada a partir de um procedimento aparentemente igualitário e democrático (CORBO, 2014).

Comenta Abboud (2012), que os fundamentos da jurisdição constitucional tiveram início no século XX, movimento histórico que buscou assegurar principalmente princípios constitucionais fundamentais e que, por meio desse movimento, as constituições adquiriram nova faceta, na medida



em que passaram a buscar instrumentos institucionais necessários para assegurar a preservação dos princípios fundamentais. Assim, as constituições assumiram sua importância como instrumentos de limitação do Poder Público, exercendo uma forte função contramajoritária, que pode assegurar uma garantia contra as decisões políticas de eventuais maiorias políticas.

Abboud aponta também que os direitos fundamentais asseguram ao cidadão um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma esfera do poder público, pois representam dupla função: constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites ou restrições à atuação do Estado. A função contramajoritária do direito fundamental é assegurar, em última instância, a força normativa da constituição e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal tenha a obrigação de preservar a atuação contramajoritária de sua jurisdição, a fim de assegurar a preservação dos direitos fundamentais e das minorias, mesmo que tal atuação contrarie a maioria.

Dessa forma, a função contramajoritária não significa necessariamente ir sempre contra a vontade da maioria, mas ter o poder para contrariá-la, quando necessário, em prol da Constituição Federal, visando a proporcionar os direitos fundamentais do cidadão e das minorias.

Como exemplo de atuação contramajoritária, recentemente ocorreu o julgado pelo STF, sobre a demarcação de terras indígenas, Raposa Serra do Sol, em Rondônia – RO. Nas palavras de Canário (2017), o parecer sobre a Raposa Serra do Sol se sobrepõe a uma portaria da AGU, Art. 40 da Lei Complementar 73 de 2012, pois vincula toda a administração pública federal e transforma a decisão do Supremo em norma de seguimento obrigatório.

Tal parecer tornou-se importante depois da decisão do STF, porque decidiu que apenas as ações de controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes têm efeito, além das partes do litígio, já que as demais se aplicam apenas aos casos concretos. Quando julgou o mérito do pedido, o STF concordou com o critério adotado pela União para que ocorresse a demarcação das terras indígenas, sendo parte contrária no processo do governo de Rondônia, o qual afirmava que tais terras já eram ocupadas por várias etnias diferentes e que não se tratava de terras contínuas, como também poderiam prejudicar a produção agrícola.

Com relação ao julgamento do presente caso, o STF decidiu criar várias salvaguardas institucionais, ou seja, uma espécie de regime jurídico ou condições a ser seguida para a execução do caso decidido, atuando conforme seu entendimento. Sendo acusado pelos embargantes de



legislar, ao criar tais salvaguardas - que causaram polêmicas pela proibição de ampliar a área demarcada - e de escolher a promulgação da Constituição como marco temporal da demarcação das terras como sendo indígenas, criando normas de condutas abstratas e exercendo a função que competiria ao Congresso Nacional.

Assim analisa-se a atuação contramajoritária, na defesa da minoria, ou seja, a possibilidade de permanência de pessoas não índias, miscigenadas ou que viviam maritalmente com índios, contra a vontade da maioria, que não desejava a demarcação de tais terras.

2.5 ATUAÇÕES REPRESENTATIVAS DO STF

Na visão do Barroso (2018), a transferência de poder político, incluído certo grau de criação judicial do direito, para o Supremo Tribunal Federal, configura um arranjo institucional contemporâneo, em que ocorre a confluência entre a democracia representativa e a democracia deliberativa. Tem-se a necessidade desse arranjo em virtude de que o modelo de separação dos Poderes, concebido no século XIX e que sobreviveu ao século XX, já não dá conta de justificar, em toda a extensão, a estrutura e funcionamento do constitucionalismo contemporâneo.

Segundo o autor supracitado, a democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões, o que dá a ela três dimensões: A democracia representativa, que tem como elemento essencial o voto popular e, como protagonista institucional, o Congresso e o Presidente, eleitos pelo sufrágio universal.; a democracia constitucional, que tem como componente nuclear o respeito aos direitos fundamentais, os quais devem ser garantidos inclusive contra a vontade das maiorias políticas, sendo árbitro final nas tensões entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais, tendo como protagonista institucional dessa dimensão a Suprema Corte; e, por último, a democracia deliberativa, segundo a qual as decisões políticas devem ser produzidas após debates públicos livres, amplos e abertos, que têm como elemento essencial o oferecimento de razões, a discussão de ideias e a troca de argumentos.

Nos últimos anos, em muitos países, tem ocorrido uma expansão do Poder Judiciário, mais precisamente, das Supremas Cortes. Nos Estados Unidos, esse processo teve mais visibilidade durante o período da Corte *Warren*, mas a verdade é que nunca refluíu inteiramente, pois apenas houve uma mudança de equilíbrio entre liberais e conservadores. Nesse sentido, Cortes acabam



sendo mais representativas no que diz respeito aos anseios e às demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2018).

2.6 DO ATIVISMO JUDICIAL

2.6.1 Primórdios do ativismo judicial

O ativismo judicial nasceu por meio do controle de constitucionalidade, conforme análise dos primórdios históricos.

De acordo com Moro (2001), o controle judicial de constitucionalidade nasceu nos Estados Unidos da América, com o caso *Marbury v. Madison*, em 1803 e que, com esse caso polêmico, a Suprema Corte propiciou intenso debate acerca da jurisdição constitucional.

Aponta ainda Moro que, no início do século XX, a Suprema Corte americana vivia a época conhecida como *Era Lochner*, referente ao caso *Lochner v. New York*, em 1905, quando a Corte invalidou sistematicamente, com base no princípio da razoabilidade e guiada pelo liberalismo econômico então predominante, a lei estadual do Estado de Nova York, por meio de seu ativismo conservador, fato histórico que ficou conhecido pelo julgamento de um caso concreto que analisava os direitos dos trabalhadores, visando a proteger direitos fundamentais.

Segundo Moro, tal postura foi abandonada na década de 30, por meio dos julgados como: *Nebbia v. New York*, de 1934, e *West Coast Hotel Co. v. Parrisch*, de 1937, após a colisão da jurisprudência da Corte com o *New Deal*, do Presidente *Franklin Roosevelt*. A Corte americana passou, então, a presumir a constitucionalidade de toda a legislação de intervenção no domínio econômico, adotando a *rational basis test* no controle judicial de constitucionalidade.

Complementa que, “em caso em que se insere nessa nova linha, *Carolene products Co. v. USA*, de 1938, quando o juiz *Harlan Fisk Stone* inseriu nota de rodapé nº4, tal presunção de constitucionalidade da lei poderia ser afastada” (MORO, 2001, p.338).

Assim a Corte passaria a adotar um duplo padrão no exame de constitucionalidade das leis, principalmente de intervenção no domínio econômico, pela lembrança do caso *Era Lochner*. Se a lei afetasse um direito fundamental ou um processo político de formação da lei, a Corte se serviria de método mais rigoroso, denominado *stricts scrutiny*, de acordo com o qual a lei, mesmo



justificada por objetivos políticos legítimos, poderia ser considerada inválida se o mesmo objetivo pudesse ser alcançado por meio menos gravoso. Nesse contexto, existiu ainda um teste de nível intermediário, denominado *intermediate scrutiny*, em que a lei deve ser justificada pelo interesse público de especial relevância.

Contudo, comenta Moro que é imprescindível se referir à Corte de Warren como responsável por grandes revoluções constitucionais no período de 1953 a 1969 e que ela se destacou por sua visão do papel da Corte na vida norte-americana, e ainda que, por meio de sua liderança, o ativismo judicial era justificado para compensar as deficiências do processo político democrático, conforme pode ser verificado na produção da Corte, sob sua liderança.

Por fim, por intermédio de suas decisões e pela sua influência na jurisprudência e na doutrina norte-americana, o seu grande mérito foi ter a ousadia necessária para enfrentar os problemas constitucionais de seu tempo, provando que o ativismo pode mostrar-se benéfico, construindo algo não para o enfraquecimento da jurisdição constitucional e da democracia, mas para o seu próprio fortalecimento.

Complementa Barroso (2018), que a Suprema Corte presidida por *Earl Warren*, entre 1954 e 1969 e que, ao longo do período, ocorreu a revolução em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matérias de direitos fundamentais.

Além disso, todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do congresso ou decreto presidencial. A partir desses acontecimentos, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ‘ativismo judicial’ assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do Poder Judiciário. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com grande interferência nos outros dois poderes, sendo uma mera ocupação de espaços vazios.

2.6.2 Definições do ativismo judicial

De acordo com Barroso (2018), no Brasil, há diversos precedentes de posturas ativistas do Supremo Tribunal Federal, manifestadas por diferentes linhas de decisões, como a aplicação direta



da Constituição a situações não expressamente complementadas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. Podemos citar também a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador a qual tem base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição. E assim torna-se distante o tempo em que se podia aceitar, sem maior questionamento, a crença de *Hans Kelsen* de que o juiz constitucional funcionaria como um legislador negativo. Contudo, o juiz contemporâneo, não apenas nos países do *common law*, mas também na tradição de *civil law*, é, com frequência, um coparticipante do processo de criação do direito, como uma imposição na realidade da vida.

Também argumenta que a ideia do ativismo judicial, está associada à 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, como mera ocupação de espaços vazios. Dessa forma, o judiciário tem empregada uma atuação mais ampla no sentido de atender as demandas sociais não atendidas por outros poderes que teriam como deveres originários, dando ao Poder Judiciário a responsabilidade que até então não lhe pertencia, sendo o ativismo uma atitude, um modo proativo de interpretar a constituição, expandido seu sentido de alcance.

Na visão de Cappelletti (1993), é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação, de atuação da legislação e dos direitos sociais. Porém, a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez repete-se que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes, haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que, quanto mais vaga a lei e mais impreciso os elementos do direito, mais amplo se torna o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias, pois a interpretação sempre implica em um certo grau de discricionariedade e escolha, na criatividade, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.

A propósito o autor faz a diferença entre os sistemas de *common law* e o *civil law*, os quais versam sobre a utilização em casos de lacunas encontradas e existentes na lei, sendo que o primeiro versa sobre resolver tal lacuna com interpretação pelos próprios juízes, com maior autoridade, por decisões de tribunais e não por meio de atos legislativos, enquanto o segundo ocorre quando a lacuna é resolvida por analogia a leis ou princípios já existentes. Com o aumento da criatividade



jurídica, os países que adotam o *civil law* ou o *common Law*, conforme já explicado acima, fica cada vez menor e reduzida a diferença entre ambos, resultando numa convergência evolutiva.

Comenta Nunes (2014), que o ativismo praticado pela suprema corte americana consistiu na afirmação de direitos que não estavam constitucionalmente consagrados na forma expressa, sendo forte a influência que associa o ativismo à ideia de mutação normativa e social pela via de solução de conflitos pelo judiciário, relação sujeita a críticas dos juízes que se utilizam de critérios subjetivos que interviam em questões sociais controversas, as quais deveriam ser resolvidas pelo poder originário legitimado. Assim, a intensa atividade do Poder Judiciário em questões que deveriam ser analisadas por entidades políticas torna suas atividades como um forte protagonismo dos magistrados no processo, indo além de suas funções, estando intensamente relacionado à autocontenção, a qual objetiva equilibrar os poderes atribuídos aos juízes com várias formas de limitação material e processual em face de suas competências, bem como da fiscalização que deve existir entre os três poderes.

Acrescenta-se também, que os defensores da criação judicial do direito, amparam-se na questão do exercício regular do poder-dever, em que pesa o fato de os juízes transformarem o direito legislado em direito interpretado ou aplicado. Devem partir do geral e abstrato da lei para o concreto da prestação jurisdicional, de modo a realizar a justiça em sentido material, para que cada indivíduo receba ou não o que lhe for conferido por direito.

Todavia, em relação ao grau de atuação do magistrado na criação de normas, o que se infere é o seu limite de atuação, cabendo ao poder legislativo, como função originária e principal, a criação de leis, pois o magistrado, como representante do Estado, tem a função de aplicar as leis e fazê-las cumprir, sendo que, se forem ultrapassados esses limites, incorre em ativismo judicial, podendo ser entendido como a busca por extrair o máximo de potencialidade do texto constitucional, sem adentrar ao campo da criação livre do direito, podendo variar conforme se interpreta, como foi aplicada e como se pretende desenvolver.

Sem defender ou julgar a atividade ativista, para que uma decisão judicial seja decidida de forma justa e equânime, seja no sistema *civil law* como no *common law*, faz-se necessário analisar várias decisões judiciais, para se embasar nos precedentes judiciais anteriores e na doutrina, a fim de se encontrar a solução mais correta para o caso concreto, visto que a tendência do direito é tratar de casos semelhantes, conforme evolução social. Ademais, através do ativismo, o judiciário pode impedir lesões a direitos e a falta de efetividade dos preceitos constitucionais que, muitas vezes, são



causados pela inércia dos poderes originários da entidade política. Sob nossa ótica, o que passa a ser importante é que o judiciário, em determinados casos, pode agir em favor dos direitos fundamentais da sociedade, atuando num campo que, tradicionalmente, não é de sua atuação, mas que deve ser visto de forma positiva (NUNES, 2014).

Sendo a Constituição uma norma suprema de um ordenamento, estão nela estabelecidas as estruturas do Estado e a sua organização, além de normas fundamentais e de direitos e garantias dos seres humanos, os quais serão oponíveis a qualquer regime ou a governantes, estabelecendo-se direitos difíceis de modificar, considerados cláusulas pétreas. Nesse sentido: “Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, o que lhe confere validade, e que todos os poderes estatais são legitimados na medida em que ela os reconhece e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado [...]” (SILVA, 2005, p. 47).

3 METODOLOGIA

O tema do presente artigo tem sido motivo de especulações e críticas de renomados autores e juristas, da atuação do Poder Judiciário em esferas políticas, no entanto, há autores que defende esta atuação expansiva em prol da sociedade. Para tanto, foi utilizado o recurso metodológico de pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico, como também, artigos da internet. E assim, para que se alcançasse um entendimento uniforme do tema em discussão, será utilizado o método dedutivo.

4 ANÁLISES E DISCUSSÕES A RESPEITO DO ATIVISMO JUDICIAL

4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

Conforme comenta Barroso (2018), o ativismo ocorre por conta da judicialização, quando o judiciário é provocado a se manifestar, realizando decisões históricas que atenderam casos complexos aguardados pela sociedade, como: a proibição do nepotismo nos três poderes, estabelecendo o veto à nomeação de parentes dos membros do poder judiciário, até terceiro grau, para cargos em comissão e função gratificada; a constitucionalidade de lei que autorizou pesquisas



com células-tronco embrionárias e considerou constitucional o dispositivo da lei de biossegurança, a qual autorizava e disciplinava as pesquisas científicas com embriões *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos; a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, ajudando a derrotar séculos de preconceitos assegurando a casais homoafetivos os mesmos direitos garantidos a casais heteroafetivos que viviam em uniões estáveis; as legitimidades das cotas raciais em favor de negros para ingresso em universidades públicas e em cargos públicos.

Dessa forma, o autor acrescenta que o ativismo judicial pode traduzir ora um comportamento legítimo, ora um comportamento ilegítimo, pois, quando se trata de proteger grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, a atuação expansiva do Judiciário, para assegurar seus direitos fundamentais contra discriminações, é percebida como algo positivo pela maioria dos juristas e pela sociedade. Porém, por outro lado, quando o juiz ou tribunal, em lugar de aplicar o direito vigente, ignora-o ou contorna-o de maneira artificial, com o propósito de promover os seus próprios valores, crenças ou preferências políticas, não haveria dúvida de se estar diante de um comportamento judicial impróprio. A fim de se saber se o juiz está criando ou aplicando o direito, e qual é o direito, é preciso determinar o que é direito, sendo o texto a norma e respeitando o propósito para o qual ele foi criado e sendo essa a aplicação pura e simples da lei, a busca de justiça ao caso concreto ou a combinação de valores ou princípios fundamentais, como justiça e segurança jurídica, legitimidade, igualdade e prudência.

Além do mais, Barroso aponta que ocorre um importante papel democrático da jurisdição constitucional, apresentando uma coleção significativa de decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais contribuíram para o avanço social no Brasil, todas de natureza constitucional, mas que produziram um impacto em um ramo específico do direito, como enunciado abaixo:

- I- Direito civil: proibição da prisão por dívida, nos casos de depositários infiel, reconhecendo a eficácia e prevalência do Pacto de San Jose da Costa Rica em relação ao direito interno;
- II- Direito penal: declaração da inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime, em casos de crimes hediondos e equiparáveis;
- III- Direito administrativo: vedação do nepotismo nos três poderes;
- IV- Direito à saúde: determinação do fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS em pacientes sem recursos financeiros;
- V- Direito à educação: direito a educação infantil, aí incluídos o atendimento em creches e o acesso à pré-escolas. Dever do poder público de dar efetividade a esse direito;
- VI- Direitos políticos: proibição de livre mudança de partido após a eleição para cargo proporcional, sob pena de perda do mandato, por violação ao princípio democrático;
- VII- Direitos dos trabalhadores públicos: regulamentação, por via de mandato de injunção, do direito de greve dos servidores e trabalhadores do serviço públicos;



- VIII- Direitos dos deficientes físicos: direitos de passe livre no sistema de transportes coletivos interestadual a pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes;
- IX- Proteção das minorias: Judeus a liberdade de expressão não inclui manifestação de racismo, aí incluído o nepotismo; Negros com validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios; Homossexuais na equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direto ao casamento civil; Comunidade indígena Raposa Serra do Sol em área contínua;
- X- Liberdade de pesquisa científica: declaração da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias;
- XI- Liberdade de expressão: inconstitucionalidade da exigência de autorização previa da pessoa retratada ou de seus familiares para a divulgação de obras bibliográficas;
- XII- Direito das mulheres: direito a antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico; constitucionalidade da lei Maria da Penha, que reprime a violência doméstica contra a mulher (BARROSO, 2018, p. 121).

Contudo, ao analisar as interferências do Poder Judiciário na esfera de outros Poderes, a prática do ativismo pode ser necessária para equilibrar os direitos feridos e o desrespeito com a população, pois o poder legislativo e o executivo têm perdido a credibilidade da sociedade e, em casos como os citados acima notam-se que o ativismo judicial foi necessário e preciso, embora moderadamente aplicado pela suprema corte em circunstâncias excepcionais, tornando-se uma necessidade institucional. Portanto, com o aumento da demanda da sociedade em procurar por justiça e direitos, o STF tem mostrado que é eficaz o ativismo para a defesa dos direitos fundamentais e em outros muitos casos apresentados (BARROSO, 2018).

Consoante Bicca (2012), o ativismo judicial é uma expressão utilizada como algo negativo e danoso para a sociedade, motivo pelo qual poucos juízes assumem serem ativistas, todavia, ressalta não ser um sentido negativo, pois, em razão da promoção pelo judiciário da adaptação do direito em face das novas exigências sociais, pode-se dizer que o ativismo judicial possui um caráter ambivalente, sendo considerado, por muitos doutrinadores, como algo positivo e, por outros, como algo que afronta a Constituição de forma negativa.

Na opinião de Wambier (2012), a lei, mesmo pura e simples, muitas vezes não garante a todos que necessitem do judiciário um tratamento isonômico, pois passa pelo filtro dos tribunais, onde, à luz da doutrina e de outros elementos, decidem-se casos complexos, os quais têm, de fato, o poder de decidir de formas diferentes e desarmônicas entre si. Muitas vezes a lei pura e simples não garante automaticamente tratamentos isonômicos aos jurisdicionados, pois passa necessariamente pelos filtros dos tribunais para que estes decidam, à luz da doutrina, casos concretos, por meio de processos interpretativos que podem levar a decisões desarmônicas.



Acrescenta-se também, que parece ser sintomática, a esse propósito, a circunstância de, cada vez mais, incluírem parâmetros de decisões ditos *fuzzy* ou nublados nos textos de direito posto como uma forma de tentar absorver a complexidade do mundo real, conceitos indeterminados, cujas cláusulas gerais e princípios jurídicos são *poros* que permitem à realidade penetrar no direito. Assim, de fato, esses poros que têm o direito permitem ao magistrado que ele tenha certa liberdade para decidir, sendo justamente nesses campos que a lei está repleta de parâmetros flexíveis, chamando de ativismo judicial a liberdade que tem o juiz para decidir, cessando quando a suprema corte firma entendimento a respeito de como deve ser a decisão em determinado caso, como também qual tese jurídica deve ser aplicada ao caso em questão.

Do ponto de vista de Nunes (2014), o ativismo judicial decorre de uma crise de representatividade democrática que, muitas vezes, acaba refletindo a necessidade de intervenção do Poder Judiciário com o fito de debelar, diante de casos concretos, os abusos e as omissões dos Poderes Legislativo e Judiciário, e, assim, realizando a justiça social.

No entanto, esse tipo de situação deve estar ajustado aos preceitos tracejados pelo constituinte originário, sendo necessário impor limites e possibilidades para o ativismo judicial, a fim de que não haja exacerbação da função do Poder Judiciário e, como consequência, a descaracterização do princípio da separação dos poderes. Contudo, quanto maior a distância entre o texto normativo e a realidade social, maior a necessidade de se permitir que o Poder Judiciário seja convidado a participar de processos a fim de se efetivarem direitos constitucionais, partilhando com os demais poderes uma responsabilidade pela concretização dos objetivos determinados pelo constituinte.

Por fim, Nunes conclui que a prática do ativismo tem uma série de significados, necessitando esclarecer em qual sentido está sendo usado ou empregado. Frequentemente, o juiz, no exercício de sua função, torna-se criativo em relação à interpretação da norma, visando a atender demandas relevantes e sociais e, na falta de iniciativa dos Poderes políticos, precisando tomar uma atitude e agir diante da questão trazida ao Judiciário, praticando, quando conveniente, o ativismo. De fato, esse conceito se originou da constituição americana, que é curta e sintética, com muitos conceitos vagos e abstratos que necessitam de concretização por parte do intérprete. Ao contrário das normas brasileiras, o ativismo surge pela judicialização, quando dada ao judiciário a última palavra em questões complexas e de grande repercussão, as quais deveriam ser discutidas pelo poder originário dos entes políticos.



4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Do ponto de vista de Streck (2013), o ativismo e a judicialização enfrentam grandes discussões na teoria jurídica brasileira, o forte protagonismo do Poder Judiciário vem despertando, não só no Brasil, um conjunto de pesquisas para a explicação desse fenômeno. Assim a formação de uma juristocracia não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade manifestada de poder pelos magistrados, mas ao mesmo tempo, deve ser considerada a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes, na política atual. A forma como ocorre a judicialização da política ou de outras dimensões das relações sociais, é um problema secundário. O problema não é o quanto de judicialização, mas como as questões judicializadas devem ser decididas. Aqui está o cerne da questão, mas será que é esse tipo de controle que deve ser exercido?

Certamente a ordem jurídica se fundamenta na constituição soberana, em que se encontram os alicerces que devem pautar as decisões da comunidade política. Referidas pesquisas e reflexão apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a atuação do judiciário na representação política, sendo uma ofensa para a Constituição por parte da atuação do judiciário e sendo mais grave do que por parte dos demais poderes, pois é ao judiciário que cabe a guarda da Constituição. Ao contrário do que diz o ministro Barroso, afirma o autor, que há ativismo e ainda em excesso, sem ser adequado ou necessário. “Permito-me dizer: ativismo é vulgata da judicialização. Não há bom ou mau ativismo”. A propósito, “quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?” (STRECK, 2013, p.2).

Tal qual “O ativismo reside nos limites de quando o exercício da função jurisdicional vai além dos que são impostos pelo próprio ordenamento jurídico, quando se busca a resolução do litígio de feições subjetivas, bem como de controvérsias jurídicas de natureza objetiva” (NUNES, 2014, p.3).

Como descrito por Margraf (2017), o ativismo judicial é atualmente uma das expressões corriqueiras do universo jurídico, ocorrendo quando o judiciário decide legislar ou interferir na esfera administrativa, tentando solucionar os problemas da sociedade, assim como garantir os direitos fundamentais, gerando uma flexibilização tendenciosa e discricionária do raciocínio jurídico, criando uma instabilidade no princípio constitucional da separação dos poderes em suas funções. Porém definir e caracterizar o ativismo têm sido um desafio, para os doutrinadores, estabelecer se é algo positivo ou negativo para a democracia e para os direitos fundamentais, pois é uma atuação



acentuada dos poderes dos magistrados, que invadem a esfera do poder Legislativo e do Executivo, com a finalidade de firmar, com seu próprio poder, uma ditadura judicial, sem a necessidade de legitimação democrática, sendo nocivo à democracia e ao princípio da separação dos poderes.

Margraf continua, afirmando que os juízes deixam de ser simples aplicadores da lei e tornam-se coautores do significado nas normas. Uma forma decisiva em relação ao ativismo é declarar que a constituição é superior às outras leis e admitir que ela conceda aos magistrados o poder de dirimir as leis produzidas pelo Legislativo, quando elas não estiverem de acordo com a norma constitucional. Assim o ativismo se apoia na possibilidade de complementar o conteúdo de algumas normas jurídicas, seja para corrigir possíveis ambiguidades ou para modificações futuras das normas.

Segundo Abboud (2016), agir com liberdade democrática não é algo simples, pois em uma democracia constitucional de direitos e deveres, imposta aos cidadãos em constante atividade para que o indivíduo participe de um processo político democrático, em que o direito brasileiro é assolado pelo ativismo judicial, é impossível imaginar alguns temas que não possam ser objetos de demanda judicial, sendo contrária a perspectiva que passa a não existir na esfera da liberdade que não possa ser substituída por um nocivo voluntarismo judicial.

Nesse sentido, Abboud aponta que:

Se judicializarmos tudo, não deveríamos nos espantar com decisões judiciais que liminarmente impedem o acesso de cem milhões de brasileiros ao uso de um aplicativo, que vedam um Centro Acadêmico de determinar quais assuntos serão objetos de discussão, que impossibilitam jornalistas e a imprensa de citar certas notícias ou o nome de determinadas pessoas, ou ainda, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal que, por mais de uma vez, invade a esfera dos demais poderes, em hipóteses sem autorizativo constitucional para tanto (2016, p.3).

O autor comenta também que, no trabalho intenso a fim de efetivarmos direitos constitucionais, quando aceitamos a judicialização de toda esfera individual, por meio de critérios ativistas, acabamos contribuindo para demolir os alicerces de nossa democracia e erigimos de juristocracia, modificando a própria engenharia constitucional mediante uma invasão sem limites da esfera individual pelo Estado, por intermédio de decisões judiciais. A grande questão é saber em que medida existe a democracia se, no momento de construção da norma, o julgador utiliza seus valores, convicções e ideologias, impondo-os a toda a sociedade. Sob a ótica ativista, a



determinação do direito passa a depender da subjetividade daquele que decide, como se o sentido dos textos pertencesse ao intérprete.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, diante da pesquisa abordada sobre o ativismo judicial, nota-se que, além da função precípua do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição Federal, esse fenômeno jurídico tem atuado para dar a máxima efetividade das normas, como também tem atuado para criar normas que regulamentem as altas demandas da sociedade, mesmo que essa interpretação acabe interferindo na esfera dos demais poderes.

Diante das pesquisas, foram abordados pontos positivos e negativos, para que se alcançasse um entendimento uniforme a respeito do tema explorado, buscando simplificar a atuação dos tribunais e visando a demonstrar os motivos que levam o Poder Judiciário a praticar o ativismo judicial, visto que essa prática, para muitos doutrinadores, tem sido motivo de críticas, assim como para outros, colabora como ferramenta a fim de auxiliar as atividades do Judiciário, atendendo os problemas conflitantes que norteiam a sociedade e que não foram atendidos pelos demais poderes.

Na busca por interpretar os pontos negativos do ativismo judicial, nas obras dos autores estudados, justifica-se o uso do texto constitucional, pois a Suprema Corte deveria somente interpretar e aplicar ao caso concreto a norma já definida, respeitando o entendimento que se extrai do texto legal da Constituição, como também, devendo respeitar outras normas vigentes e princípios expressos já estabelecidos, sendo, assim, um fiel aplicador do direito e tomando por base, em seus julgamentos, a letra escrita na lei.

Por outro lado, em relação aos pontos positivos, entende-se que muitos autores defendem o ativismo judicial por entenderem ser necessária a atuação protagonista do Judiciário, quando se pretende a solução dos conflitos, pois, diante da omissão dos demais poderes, estaria a satisfazer as necessidades da sociedade, e esta, por sua vez, estaria à espera de uma solução que não foi atendida pelos poderes constituintes, originários de tal função. Com isso, tem o Poder Judiciário atuado em funções não pertencentes a sua esfera, ensejando o ativismo judicial e o desequilíbrio dos poderes, como tem ocorrido em muitos países, principalmente nos Estados Unidos, onde se originou tal prática ativista.



Com a inércia dos poderes constituintes que detêm, de forma originaria, a função para a criação de normas regulamentadoras, na omissão dos entes políticos, o Poder Judiciário tem tomado frente a essa demanda, conforme se alcançou com a pesquisa. Com isso, a prática do ativismo pode ensejar uma ruptura da tripartição dos poderes, na visão dos críticos, pois estaria atuando de forma a legislar durante a criação de normas na esfera do Poder Judiciário, já que, conforme a Constituição Federal, essa não é sua função originaria, haja vista que tal atuação somente é possível pela judicialização, conhecida como um arranjo institucional, que conferiu, ao Supremo Tribunal Federal, a detenção da última palavra na decisão de casos complexos.

Dessa forma, o trabalho constatou que, em muitos casos, tem sido necessária essa prática de ativismo judicial, pois estaria sendo usada em prol da sociedade, buscando garantir-lhe e reconhecer-lhe direitos fundamentais, mas sem querer usurpar a função precípua dos demais poderes, sendo apenas uma medida para ajudar a remediar a falta de normas que a sociedade tem necessitado, sendo uma técnica que o Brasil acabou adotando na atuação do Judiciário. Como consequência, a procura pelo Poder Judiciário para atender as demandas tem sido cada vez maior.

Mesmo os juízes não sendo detentores de mandatos eletivos e nem fazendo parte de partidos políticos, quando criam normas, acabam praticando ativismo judicial, atitude que, muitas vezes, faz-se necessária para regulamentar os arranjos que vêm surgindo na sociedade, conforme se evolui. No entanto, tal atitude caberia aos representantes dos cidadãos, detentores de mandato eletivo, mas, como tem ocorrido uma descrença por parte da população, diante de omissões em relação aos problemas da própria sociedade, o Poder Judiciário decidiu não ficar de braços cruzados, agindo mesmo contra o princípio da separação dos poderes e em prol dos benefícios da sociedade.

Portanto, a prática do ativismo judicial, no Brasil, não é regulamentada, pois é uma ferramenta adotada pelos tribunais e pelo Supremo Tribunal Federal, sendo um costume de origem americana em que um direito se desenvolve por meio de decisões de tribunais, caracterizando uma atitude e uma atuação expansiva por parte do Judiciário, ocupando espaço que, tradicionalmente, pertencia ao Legislativo e ao Executivo. Da mesma forma como ocorre em muitos países, quando necessário, a prática ativista será utilizada para suprir a falta de normas que regulamentem alguns casos complexos, exercendo, assim, seu papel representativo.

Não há, portanto, no ativismo judicial, necessariamente, um sentido negativo da expressão, pois ele é, na maioria das vezes, benéfico em razão da sua promoção pelo Judiciário na adaptação do direito em face das novas exigências sociais.



REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo. Diálogo entre Discrecionalidade e Democracia**, Revista dos Tribunais Online. Vol.242/2015, p. 21-47, Acesso em 15 nov. 2017.

ABBOUD, Georges. **STF VS. VONTADE DA MAIORIA: As Razões Pelas Quais a Existência do STF Somente se Justifica se ele for Contramajoritário**, Revista dos Tribunais Online. Vol. 921, p. 191, Acesso em 07 de jun. 2018.

ABBOUD, Georges. **Submissão e Juristocracia**, Revista dos Tribunais Online. Vol. 258/2016, p. 519–527, Acesso em 15 nov. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização Da Vida**, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BICCA, Carolina Scherer. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**, Revista dos Tribunais Online. Vol. 2/2012, p. 121-139, Acesso em 14 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 07 jun. 2018.

CANÁRIO, Pedro. **Decisão do STF Sobre Raposa Serra do Sol Vale Para Toda a Administração, diz Governo**, Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/decisao-raposa-serra-sol-vale-toda-administracao>> Acesso em 07 de jun. de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CORBO, Wallace. **Reflexão Acerca da Função Contra majoritária do STF na Proteção de Direito de Minorias**, Revista dos Tribunais Online. Vol. 4/2014, p.181-212, Acesso em 16 de mai. de 2018.

FAZIO, César Cipriano de. **Panorama Sobre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política no Direito Brasileiro**, Revista dos Tribunais Online. Vol. 939/2014, p. 109-126, Acesso em 13 mai. 2018.



MAGALHÃES, Marcos Túlio Reis. **O Supremo e Seu Papel de Tribunal da Federação**, Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-06/observatorio-constitucional-supremo-papel-tribunal-federacao#author> > Acesso em 15 de mai. 2018.

MARGRAF, Alencar Frederico. **Decisões Judiciais: Entre o Ativismo do Judiciário e Judicialização da política**, Revista dos Tribunais Online. Vol. 977/2017, p. 213-240, Acesso em 04 abr. 2018.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Valmor Bortoloti, 1997.

NUNES, Rachel de Carvalho Farias. **O ativismo Judicial e a Ingerência do Poder Judiciário na Escolha de Políticas Públicas**, Revista dos Tribunais Online. Vol. 7/2014, p. 127–150, Acesso em 15 nov. 2017.

PEREIRA, José Eduardo Gomes. **A Separação dos Poderes e a Tendência ao Fortalecimento do Executivo**, Revista dos Tribunais Online. Vol. 4/2012, p. 511-532, Acesso em 13 de jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O Ativismo Judicial Existe ou é Imaginação de Alguns?**, Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns/> >. Acesso em 04 abr. 2018.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. Disponível em < <http://emporiadodireito.com.br/backup/a-vinculatividade-dos-precedentes-e-o-ativismo-judicial-paradoxo- apenas-aparente-por-teresa-arruda-alvim/> >. Acesso em 16 nov. 2017.