

ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Lucas Baffi Ferreira Pinto¹

Isabela Caricchio²

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de fazer uma análise sobre o ativismo judicial e os motivos de sua expansão no Brasil. Pretende-se esclarecer até que ponto uma postura ativista do Judiciário pode ser considerada legítima ou necessária para o alcance de seu objetivo, qual seja, à concretização das normas constitucionais e a busca da melhor efetivação possível do texto da Constituição Federal. Para tanto, inicia-se explicando o histórico da tripartição de poderes, os limites de cada um desses e como aconteceu a evolução dessa teoria no Brasil. Também foi realizado um estudo sobre o ativismo judicial como um fenômeno que não surgiu e nem acontece apenas no Brasil, mas em vários outros países para posteriormente aprofundarmos o exame em torno do problema com alguns exemplos de diversas posturas ativistas praticadas por juízes e pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial; Poder Judiciário; Tripartição De Poderes; Limites Do Poder Judiciário.

Introdução

Nesse momento em que estamos vivendo um período político peculiar de grande reflexão sobre a falta de ordem e impunidade é natural que haja uma cobrança maior em relação ao Poder Judiciário. Cada vez mais, questões de interesse nacional são discutidas e decididas não no Parlamento, como previa a clássica divisão de poderes, mas nos plenos dos tribunais.

O presente artigo tem o objetivo de fazer uma análise sobre o ativismo judicial e os motivos de sua expansão no Brasil. Pretende-se esclarecer até que ponto uma postura ativista do Judiciário pode ser considerada legítima ou necessária para o

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - RJ, professor de direito no Centro Universitário Serra dos Órgãos – Unifeso – Teresópolis.

² Especialista em Direito pela Faculdade Damásio de Jesus – RJ, advogada (áreas de atuação: trabalhista e cível).

alcance de seu objetivo, qual seja, à concretização das normas constitucionais e a busca da melhor efetivação possível do texto da Constituição Federal.

É evidente o caráter acentuadamente criativo do Poder Judiciário de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Registre-se que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo, ou seja, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de ativismo na atividade jurisprudencial.

A razão disso é que, quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação, que gera o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.

A ideia que sempre permeou a conduta do Judiciário, como um poder que não se envolvia nas deliberações políticas, até mesmo ante o princípio da imparcialidade, já não é suficiente para atender as demandas da sociedade. A atividade política, por si só, implica em parcialidade, e os juízes não podem julgar pressionados pela imprensa e pela opinião pública, embora devam ser sensíveis aos anseios do povo.

É verdade que o Poder Judiciário tem assumido uma postura proativa, tornando-se então verdadeiro ator de mudanças no cenário nacional, decidindo questões que afetam a vida dos brasileiros. O juiz precisa ter muita coragem e maturidade para sair à defesa de diversos direitos, notadamente os direitos fundamentais.

Diante da constatação de que há um ativismo judicial instalado nos tribunais do Brasil, procura-se investigar o motivo dessas questões. Examina-se a clássica teoria da separação dos poderes, pois esta evoluiu de uma distinção absoluta para a noção das funções típicas e atípicas de cada poder do Estado.

O cenário atual aponta para a necessidade de examinar e refletir se o ativismo judicial tem sido realmente prejudicial em relação a política ou se é apenas um reflexo da dinâmica normal do sistema de freios e contrapesos.

No Brasil, é especialmente claro que, com diversos membros do Poder Legislativo envolvidos em acusações de corrupção, tal fato levou o Poder Judiciário a assumir parte da função legislativa em busca da concretização das disposições constitucionais.

Assim, a partir de estudo bibliográfico e legislativo, cabe estudar em primeiro lugar a teoria da separação de poderes no mundo e no Brasil através de uma breve análise histórica e, diante disso, analisar as diversas fontes doutrinárias que já se pronunciaram em relação ao ativismo judicial.

1. A separação dos poderes e seu histórico

Antes de estudarmos o tema ativismo judicial, temos que observar o escopo da harmonia almejada pela Teoria dos Três Poderes que foi consagrada pelo pensador francês Montesquieu. O filósofo explicou e sistematizou a divisão dos poderes anteriormente estabelecida por Jonh Locke. Para organizar os poderes seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada um deles.

Locke desenvolveu a tese com base na supremacia da lei e na separação do Poder Executivo e do Legislativo, evitando que o poder que legislava fosse o mesmo que executava. Pois não sendo assim, haveria parcialidade nas decisões. Cabe ressaltar que, nesse momento, o Judiciário não é contemplado na visão de Locke, porém é possível observar em seus escritos a importância de que o poder julgador, como ele chamava, era tratado.

O pequeno trecho abaixo foi extraído de sua obra, “O Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”:

É por essa maneira que a comunidade consegue, por meio de um poder julgador, estabelecer que o castigo cabe às várias transgressões quando cometidas entre os membros dessa sociedade – que é o poder de fazer as leis -, bem como possui o poder de castigar qualquer dano praticado contra qualquer dos membros, por alguém que não pertence a ela – que é o poder de guerra e de paz -, e tudo isso para prevenção da propriedade de todos os membros dessa sociedade, quanto possível. [...] E aqui deparamos com os poderes Executivo e Legislativo da sociedade, que deve julgar por meio de leis estabelecidas até que ponto se devem castigar as ofensas quando cometidas dentro dos limites da comunidade, bem como determinar, mediante julgamentos ocasionais baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde as agressões externas devem ser retaliadas; e em outro caso utilizar toda a força de todos os membros quando houver necessidade. [...]. (WEFFORT *apud* LOCKE, 1989, p. 99).

Finalmente, chegou-se a teoria clássica de Montesquieu, em “Espírito das Leis”, criou o termo separação dos poderes. Essa distinção em três poderes, com a separação do Poder Executivo do Poder Legislativo e a criação do Poder Judiciário, todos apartados e com funções próprias, tinha o objetivo de limitar os poderes do monarca absoluto, evitando a tirania. Ele não foi precursor da ideia, porém foi quem

a delineou e seus ensinamentos sobre o assunto são os mais difundidos no mundo, sendo assim o grande responsável pela inclusão do Judiciário na política.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010, p. 15) acredita que Montesquieu concebia a separação de poderes, não de forma rígida ou absoluta, mas, com o objetivo de impedir o abuso do poder e garantir a liberdade individual.

Utilizamos até hoje de suas palavras para explicar melhor a separação dos poderes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para poder executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 2001, p. 75).

Nos EUA, criou-se um sistema que se denomina “freios e contrapesos” (*check and balances*), que se baseia no exercício do controle de um poder sobre o outro. Significa por exemplo, que uma parte tem o poder de verificar, fiscalizar, equilibrar e ainda bloquear ou obstaculizar as ações da outra, o que é amplamente utilizado em nossos tribunais. Em outras palavras, freia-se o poder com o poder, pois todo homem que detém o poder tende a abusar dele, afirma Montesquieu.

[...] precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir este efeito. O corpo dos nobres deve ser hereditário. Ele o é em primeiro lugar por sua natureza; e, aliás, é preciso que possua um grande interesse em conservar suas prerrogativas, odiosas por si mesmas, e que, num Estado livre, devem sempre estar em perigo. Mas, como um poder hereditário poderia ser induzido a seguir seus interesses particulares e a se esquecer dos do povo, é preciso que nas coisas em que se tem muito interesse em corrompê-lo, como nas leis que concernem à arrecadação de dinheiro, ele só participe da legislação por sua faculdade de impedir, e não de estatuir. Chamo faculdade de estatuir ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo faculdade de impedir ao direito de anular uma resolução tomada por outrem; [...]. E ainda que aquele que possua a faculdade de impedir também possa ter o direito de aprovar, no entanto, esta aprovação não é mais do que uma declaração de que ele não faz uso da faculdade de impedir e deriva desta faculdade. O poder executivo deve estar entre as mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários; ao passo que o que depende do poder legislativo é com frequência mais bem ordenada por muitos do que por um só. [...]. Se o corpo legislativo passasse um tempo considerável sem

se reunir, não haveria mais liberdade. Pois aconteceria uma destas duas coisas: ou não haveria mais resolução legislativa, e o Estado cairia na anarquia; ou estas resoluções seriam tomadas pelo poder executivo, e ele se tornaria absoluto. [...]. Além disto, se o corpo legislativo estivesse continuamente reunido, poderia acontecer que só se chamariam novos deputados para o lugar daqueles que morressem, e, neste caso, uma vez corrompido o corpo legislativo, o mal não teria remédio. Quando diversos corpos legislativos sucedem uns aos outros, o povo, que tem uma má opinião do corpo legislativo atual, coloca, com razão, suas esperanças naquele que virá depois. Mas se fosse sempre o mesmo corpo, o povo, vendo-o uma vez corrompido, não esperaria mais nada de suas leis; tornar-se-ia furioso, ou cairia na indolência.

O corpo legislativo não deve convocar a si mesmo, pois se considera que um corpo só tem vontade quando está reunido; e, se não se convocasse unanimemente, não se saberia dizer que parte seria verdadeiramente o corpo legislativo: a que estivesse reunida, ou aquela que não estivesse. Se possuísse o direito de prorrogar a si mesmo, poderia acontecer que não se prorrogasse nunca, o que seria perigoso no caso em que quisesse atentar contra o poder executivo. Além disso, existem períodos mais convenientes do que outros para a reunião do corpo legislativo: logo, é preciso que seja o poder executivo que regulamente a época e a duração destas assembleias, em relação às circunstâncias que conhece. Se o poder executivo não tiver o direito de limitar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico; pois, como ele poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar, anulará os outros poderes. Mas não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de limitar o poder executivo. Pois, sendo a execução limitada por natureza, é inútil limitá-la: além do que o poder executivo exerce-se sempre sobre coisas momentâneas. (MONTESQUIEU, 2001, p. 77).

Já no início do século XX, o modelo de separação absoluta dos poderes do Estado já se demonstrava insuficiente. Esse modelo tinha resultados alarmantes e muito longe de atingir resultados justos. Desde então, não existem mais funções exclusivas, apenas funções típicas de cada poder.

A separação dos poderes do Estado, contribuiu para a ascensão da classe burguesa ao poder, limitou os poderes do Estado e, com isso protegeu a liberdade dos cidadãos, dentro de um modelo liberal clássico, adotado no período por Montesquieu.

Neste trabalho a atenção especial deve ser destinada ao Poder Judiciário, pois ele garante que o Estado possa realizar suas funções em um contexto social dinâmico. Além disso, a análise concentra-se no problema da “criatividade” da função jurisdicional, ou seja, além da interpretação, a criação ou “produção de leis” por conta dos juízes. Trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete e aplicador das leis, ou se tem exercido, *lato sensu*, a função do Poder Legislativo.

“Considerava-se o Poder Judiciário como desprovido de relevância, como poder que se restringia a acatar os desígnios das normas. Era entendido como o mais

frágil dos poderes, uma vez que não lhe cabia criticar nem o Executivo nem o Legislativo.” (MAURÍCIO JÚNIOR, 2008, p. 126).

A função jurisdicional é exercida por magistrados dotados de inúmeras garantias expressas no texto constitucional. O instrumento para o exercício da jurisdição é o processo, que deve respeitar outras tantas regras e condições para seu exercício. Essas garantias levam à uma jurisdição imparcial e independente de qualquer interesse político em sentido estrito, partidários ou de classe.

2. O ativismo judicial no Brasil

O ativismo judicial surgiu no Brasil juntamente com outras discussões a partir da Constituição Federal de 1988 com essa terminologia no plano teórico, porque no plano prático não é novidade em nosso contexto. Recentemente, o Poder Judiciário tem se mostrado puramente ativista em diversas situações que são diariamente elencadas pela mídia. A atuação do Poder Judiciário já foi muito abrangente no Brasil, é devido a esse contexto que aparentemente o Poder Judiciário poder-se-ia pensar que teria controle sobre os demais poderes.

Nesse sentido, observa-se a posição claramente ativista do Poder Judiciário no Brasil. Para Konrad Hesse, a postura ativista do Poder Judiciário no Brasil é tranquilamente justificável, conforme trecho de sua obra onde afirma que:

A Constituição não se configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 15).

Dessa forma, ainda elucidada:

[...] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-

se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 19).

Para Manoel Messias Peixinho, o ativismo judicial, a judicialização ou a politização da justiça é o mesmo que a intervenção do Poder Judiciário que pode afetar a conjuntura política da democracia.

Peixinho (2008, p. 14) ainda afirma que “a judicialização, (que conforme acima é o mesmo que ativismo judicial) da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a constituição e com os princípios democráticos”. Com outras palavras, o ativismo judicial de certa forma garante os direitos fundamentais elencados pela nossa Constituição.

Dessa forma, como podemos ver, o ativismo pode ser observado através de diversas vertentes, pois há aqueles que o defendem, como Lucas Danilo Vaz Costa Junior, sustentando, que o ativismo judicial, no processo civil, ocorre como mecanismo para corrigir distorções e concretizar direitos, aplicado pelo juiz, principalmente, durante a persecução probatória (2007).

Conforme já informado acima, a maior aplicabilidade é reservada aos casos em que existem direitos fundamentais sendo discutidos.

Carine Zeni (2007, p. 133) ao discorrer sobre o tema, defende “a possibilidade de os juízes atuarem como legislador positivo para salvaguardar Direitos Fundamentais Sociais sem que sejam subvertidos os basilares da Democracia”. Nesse sentido, as eventuais atividades do Poder Judiciário em relação a falta da inércia, não implicam no modelo de democracia representativo brasileiro.

O pensamento de Gesta Leal é que, por muitas vezes encontra-se na mão do Poder Legislativo a maior iniciativa de produção de normas, mas o cidadão que necessita do mínimo existencial para sua sobrevivência, em virtude da omissão do Poder Legislativo não pode ficar sujeito a sua discricionariedade, pois isso torna nítido uma visão arcaica do princípio da separação dos poderes. Assim, nos casos em que o Poder Legislativo se mantém inerte ou omisso, o poder judiciário tem a responsabilidade e um papel a cumprir. “Portanto, é necessária uma certa dose de

ativismo judicial para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais” (LEAL, 2007, p. 31).

De acordo com o exposto anteriormente, conduz a ideia de que o Poder Judiciário, nos dias de hoje, não pode exercer apenas a sua função jurídica e técnica mas deve, também, exercer um papel ativo e moderno na ordem jurídica e social. É justamente em conflitos que envolvem direitos fundamentais que se percebem os principais casos de ativismo judicial. O legislativo tem privilegiado a função fiscalizadora em detrimento de sua função legislativa. Dessa forma, as demandas da sociedade no que se refere à normatização de diversas condutas não são atendidas. No Brasil, tal fato é especialmente verdadeiro, a morosidade das discussões normativas fez com que o Judiciário acabasse por absorver uma parte dessa função.

Para concluir essa defesa, tratando da chamada judicialização da política, Emerson Garcia afirma que:

Não se deve prestigiar uma concepção restritiva de democracia, com contornos sobrepostos às instituições representativas e à vontade da maioria: a democracia deve assumir uma perspectiva mais ampla, estendendo-se à proteção da minoria, o que impedirá que seja ela oprimida pela maioria ou alijada do processo político. A política, assim, em não poucos aspectos, passa a ser vista com as lentes do Direito: é o que se tem denominado de judicialização da política. De qualquer modo, essa ampliação da atuação dos órgãos jurisdicionais não deve ser concebida como uma espúria intervenção em seara alheia, importando numa paulatina absorção da política (e da liberdade valorativa que lhe é inerente) pelo Direito. Trata-se de um reflexo inevitável da expansão do Estado e do aumento da confiança dos cidadãos, que alteram o palco de suas manifestações à medida que identificam a ineficiência daqueles que detêm a sua representação política (GARCIA, 2010, p. 102-103).

E continua:

Com isso, não se tem propriamente uma transferência da soberania do povo para os juízes – concebidos como técnicos irresponsáveis e independentes –, mas, sim, a divisão de expectativas entre os distintos atores estatais, cada qual com sua importância na preservação do bem comum. O regular funcionamento do sistema democrático não significa, necessariamente, a satisfação de todas as aspirações do cidadão, em especial daquelas que encontrem amparo na Constituição, o que explica o aumento da confiança depositada na Justiça sempre que se intensifique a ineficiência das instituições políticas (GARCIA, 2010, p. 102-103).

Há que se destacar que o ativismo judicial é diferentemente de partidarização, esta última, não tem o comprometimento com imparcialidade, sendo absolutamente normal que um juiz ativista se mantenha inerte.

Nas lições de Clémerson Merlin Cléve:

[...] um Judiciário ativo é condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais. Neste ponto cumpre, em determinadas circunstâncias, e para determinadas situações, defender um certo ativismo judicial (consequente e responsável) fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento). (CLÉVE, 2011, p. 07).

O ativismo judicial, portanto, é uma atitude, é a eleição de um modo proativo de interpretar a Constituição, propagando seu sentido e extensão. Ele se faz presente em situações de inércia do poder legislativo (CORTÊS, 2011).

É importante dizer também que o ativismo procura extrair ao máximo a potencialidade da Constituição. Não se pretende com o ativismo invadir ou tomar a força o campo de criação de leis do Poder Legislativo. Trata-se de um benefício, e sem dúvida, pode atender melhor às necessidades da sociedade. (CORTÊS, 2011).

2.1. O problema do ativismo judicial

O Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, por diversas vezes, tomou decisões que poderiam ser tidas como ativistas pela ótica de alguns respeitáveis doutrinadores aqui mencionados. Passa-se à análise de algumas dessas decisões.

Um primeiro exemplo que merece ser destacado é o da declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, previsto no artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos). Segundo o STF, o aludido dispositivo viola o núcleo essencial do direito à individualização da pena, previsto no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, da Constituição Federal (NUNES JÚNIOR, 2010). Contudo, cabe ressaltar que a Constituição Federal, ao criar a figura do crime hediondo, não fez menção alguma sobre a vedação de progressão de regime, tampouco receitou um tratamento penal mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução.

É preciso lecionar que um dos momentos mais relevantes da trajetória jurídico-institucional do STF foi o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). O Plenário, por oito votos a dois, julgou procedente o pedido formulado na ADPF n. 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico seria conduta tipificada

nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, prevalecendo o voto do Min. Relator, Marco Aurélio Mello, vencidos os Ministros César Peluso e Ricardo Lewandowski.

Esse exemplo merece destaque pois, a corte suprema considerou, por maioria, que incumbia a esta e não ao Congresso Nacional regular o tema por meio de uma ação de controle objetivo de constitucionalidade das leis. Tal opção revelou uma nítida postura ativista em favor de uma minoria, qual seja, as mulheres. (APPIO, 2008).

Outro exemplo é a Lei da Ficha Limpa, em que pese o fato de ter sido de iniciativa popular, só passou a valer mesmo depois de uma decisão do STF, quase dois anos depois de entrar em vigor. O Supremo definiu ainda que a Ficha Limpa se aplica a fatos que ocorreram antes de a lei entrar em vigor e não viola princípios da Constituição, como o que considera qualquer pessoa inocente até que seja condenada de forma definitiva. A decisão foi tomada com base no artigo da Constituição que autoriza a criação de regras, considerando o passado dos políticos, para proteger a “probidade administrativa” e a “moralidade para exercício de mandato”.

Em meados do ano de 2008, algumas categorias de servidores públicos fizeram greve, alegando que a referida greve seria permitida dentro da Constituição Federal. Além disso, os servidores públicos queriam que o Poder Legislativo fizesse uma norma, ou seja, regulamentasse o que consta na Constituição para criar uma regra específica para greve dos servidores, assim como existe para os celetistas (trabalhadores privados). Essa causa foi judicializada, e o STF, adotando uma postura ativista, entendeu que o ideal seria adotar, enquanto não houvesse uma norma criada pelo Poder Legislativo, a lei que é dos celetistas para os servidores públicos. Nesse caso, o juiz notou uma lacuna e supriu de forma a expandir os direitos fundamentais que estão na Constituição. Para os mais conservadores, o juiz deveria ter apenas notificado ao Poder Legislativo que uma lei estava faltando.

Outra decisão recente do STF merece ser considerada, foi decidido que se praticar aborto até o terceiro mês de gestação não seria crime. Esse é um exemplo, como alguns outros, que já possuem lei, ou seja, o Poder Legislativo já se manifestou a respeito. Nesse caso, pelos artigos 124 e 125 do Código Penal, o aborto é crime quando provocado pela gestante ou com seu consentimento ou quando provocado por terceiro, sendo que a prática não é punida em duas situações: se não há outro meio de salvar a vida da gestante; ou no caso de gravidez resultante de estupro. Mesmo com a

letra seca da lei sendo explícita, em novembro de 2016, ao julgar um *habeas corpus*, a 1ª Turma do STF considerou a tese de que o aborto praticado até o terceiro mês de gestação não pode ser considerado crime, mesmo que o Código Penal assim o faça.

Por fim, não se pode deixar de citar um outro exemplo, muito comum, qual seja, o da distribuição de medicamentos e a determinação de terapias mediante decisões judiciais. A matéria não foi apreciada, ainda, de forma aprofundada pelo STF, exceto nos casos onde constam pedidos de suspensão de segurança. No entanto, constata-se, em diversos tribunais estaduais e federais, uma grande quantidade de decisões, condenando a União, o Estado ou o Município a fornecer medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde (BARROSO, 2008).

A grande crítica ao ativismo judicial, é que dessa forma, o Poder Judiciário adquire um “superpoder”, nesse sentido o Poder Judiciário fica como uma última alternativa, desequilibrando assim a relação que os três poderes têm de não existir hierarquia entre eles.

O ministro Luiz Fux mencionou sobre a questão durante o 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Segundo ele, o Poder Judiciário só faz isso (Ativismo Judicial) porque há omissão do parlamento. “Há várias questões em relação às quais o Judiciário não tem capacidade institucional para solucionar. É uma questão completamente fora do âmbito jurídico. O ministro ainda afirma que o Poder Judiciário toma essas decisões porque a população exige uma solução.

Nesse cenário, verifica-se que o Poder Judiciário não se limita a resolver conflitos existentes no mundo, seguindo os preceitos legais. Não raro, como podemos observar nos exemplos acima, os tribunais adotam posturas ativas referentes a temas que seriam matéria reservada aos outros poderes do Estado. O judiciário invade a competência do Legislativo e do Executivo para fazer valer as disposições constitucionais que não são devidamente consideradas pelos outros poderes.

3. Posições atuais sobre o caso em questão

Os defensores do ativismo judicial afirmam que o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar decisões do Poder Legislativo. De acordo com Geórgia Lage Pereira Carmona, sobre os ensinamentos de Luiz Roberto Barroso, afirma que:

A legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva, do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse Poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais. (CARMONA, 2012).

Nesse sentido, podemos afirmar que a legitimidade exercida pelo Poder Judiciário está garantida na constituição. Assim, os juízes têm atuado conforme a lei e não de maneira arbitrária.

Tendo em vista a realidade em que o Estado se encontra, é necessário que os juízes trabalhem de forma mais moderna. Segundo os comentários de André Ramos Tavares (2008, p. 1027), “A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes”.

Nas palavras de Hélder Fábio Cabral Barbosa:

Os pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria desvio de finalidade, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais e em especial os que gozam de autoexecutoriedade. (BARBOSA, 2011, p. 2015).

Para Fernando Gomes de Andrade (2007, p. 322) o judiciário é competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público.

Para o ministro Teori Zavaski (NASSIF, 2014), o juiz, ao assumir o cargo, deve fidelidade ao que foi definido pelo legislador, porém a vida sempre apresenta novidades que não estavam na vista do legislador quando criou a lei. Nesse sentido o juiz não pode deixar de sentenciar alegando que não existe lei. Esse fato é normalmente aceito, mas já existe um espaço importante para criação de uma norma pelo juiz. Para ele, o ativismo judiciário tem se expandido.

Conclusão

O ativismo judicial surgiu da necessidade de reequilibrar as funções dos diversos poderes diante do crescimento do papel do Estado de Bem Estar Social. Quando o Poder Legislativo deixa um vácuo, que permite se afastar da vontade geral para se aproximar dos grupos dominantes, a Corte Constitucional pode e deve assumir o papel de representante do povo, ainda que não tenha sido eleito para tal função. Em outras palavras, diante do fracasso da atuação e das omissões do Poder Legislativo e

do Poder Executivo, cabe ao judiciário assumir o papel de autoridade realmente preocupada em concretizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Dessa forma, por meio de intensa participação, o Poder Judiciário pode concretizar os valores constitucionais, em busca de uma sociedade mais igualitária, justa ou ideal. No entanto, o Judiciário também deve evitar as decisões extravagantes ou desarrazoadas que, ao contrário, podem macular e até mesmo destruir o seu conceito junto à opinião pública.

Como já citado anteriormente, a função do juiz, como determina a teoria processual, é dizer o direito, ou seja, julgar somente as demandas apresentadas ao magistrado. Isso deve ser feito sem ferir as garantias da Constituição Federal. Por óbvio, que o magistrado deve manter total cautela, principalmente em processos de tamanha publicidade, ou seja, deve evitar que a divulgação do processo alcance demasiadamente o clamor público, causando esperanças em uma população que conseqüentemente vai exigir do Judiciário providências inerentes à sua função.

A grande questão do ativismo judicial é saber como ele vai se portar daqui a alguns anos, pois é impossível saber se haverá um limite para as decisões do Poder Judiciário que se utilizam da criatividade em razão de um vácuo legislativo.

Em suma, o ativismo judicial não é ruim, faz parte da República Brasileira e ocorre também em muitos outros países. Nesse momento, observamos no Brasil um protagonismo do Judiciário podendo interferir no equilíbrio entre os três poderes, o que deve ser evitado num Estado Democrático de Direito, ainda que o Poder Judiciário esteja cumprindo um papel importantíssimo no combate à corrupção. O grande desafio é buscar o equilíbrio entre o desempenho legítimo do Judiciário visando a observância da Constituição Federal quando à efetividade dos direitos fundamentais, respeitando as fronteiras do direito constituído que, por vezes, é inexistente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. *O papel do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12946>. Acesso em: 22 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Revista Consultor Jurídico, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 22 set. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os Elementos Objetivos da Demanda Examinados à Luz do Contraditório”. In: *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil – Questões polêmicas*. 2002.

BLOG Dando a Cara a Tapa. O problema do Ativismo Judicial, ou da existência de saídas fáceis. Publicado em 29/05/2013. <<https://blogdomaximus.com/2013/05/29/os-roblemas-do-ativismo-judicial-ou-da-inexistencia-de-saidas-faceis/>>. Acesso em: 25 set. 2018.

BURANELLI, Vinícius Correia; PUCCI, Rafael Diniz; BRAGA, Marco Aurélio Cezarino; GUERRA, Marcela Garcia; FRANCO, Leandro Alexi; CARDOSO, Evorah Lusci Costa; FERREIRA, Camila Duran; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; NAHOUM, André Vereta; MACHADO, Ana Maria França; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *O judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso da AIDS*. 2004.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. *A propósito do ativismo judicial: super poder judiciário?* Artigo publicado em maio de 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605>. Acesso em: 25 set. 2018.

DIAS, Lucas Albuquerque. *Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56462&seo=1>>. Acesso em: 22 out. 2018.

GRANJA, Cícero Alexandre. *O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 22 out. 2018.

NASSIF, Luis. *A aula de Teori Zavaski sobre o ativismo judicial*. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial>>. Acesso em: 22 out. 2018.