



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FERNANDO DE ARAÚJO SANTOS**

**ATIVISMO JUDICIAL E DECISÕES DO STF:**

Uma análise ponderada à luz dos princípios da legalidade e da separação dos poderes

**SALVADOR**

**2021**

**FERNANDO DE ARAÚJO SANTOS**

**ATIVISMO JUDICIAL E DECISÕES DO STF:**

Uma análise ponderada à luz dos princípios da legalidade e da separação dos poderes

Trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel em direito pela Universidade Católica do Salvador (Ucsal).

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

**SALVADOR**

**2021**

## ATIVISMO JUDICIAL E DECISÕES DO STF:

Uma análise ponderada à luz dos princípios da legalidade e da separação dos poderes

**Fernando de Araújo Santos<sup>1</sup>**

**Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo buscará promover uma análise crítica acerca do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal na busca pela efetividade das normas constitucionais, sua atuação proativa no exercício de funções atípicas e originárias dos Poderes Executivo e Legislativo, na preservação do Estado Democrático de Direito. Em primeiro plano, retratar o impacto deste desempenho expansivo da Corte Extraordinária, demonstrando os pontos positivos e negativos desta atuação. Em segundo plano, através de uma metodologia de índole descritiva e analítica, tendo em vista a necessidade de examinação da conjuntura política e jurídica brasileira, abordará algumas decisões do STF bastante pertinentes, com o objetivo de auxiliar na compreensão da temática abordada. Por fim, já finalizando o presente artigo, estabelecer uma visão crítica sobre a linha tênue entre o Ativismo Judicial do Supremo, a preservação das Garantias Fundamentais e a violação dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes.

**Palavras-Chaves:** Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Garantias Fundamentais. Legalidade. Separação dos Poderes.

**ABSTRACT:** This article will seek to promote a critical analysis of the Supreme Court's Judicial Activism in the search for the effectiveness of constitutional norms, its proactive performance in the exercise of atypical and original functions of the Executive and Legislative Powers, in the preservation of the Democratic State of Law. In the foreground, portray the impact of this expansive performance by the Extraordinary Court, demonstrating the positive and negative points of this performance. In the background, through a methodology of descriptive and analytical nature, in view of the need to examine the Brazilian political and legal situation, it will address some very pertinent STF decisions, with the aim of helping to understand the topic addressed. Finally, at the end of this article, to establish a critical view of the fine line between the Supreme Court's Judicial Activism, the preservation of Fundamental Guarantees and the violation of the Principles of Legality and Separation of Powers.

**Keywords:** Judicial activism. Federal Court of Justice. Fundamental Guarantees. Legality. Separation of Powers.

**SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL. 3 ESTRUTURA, FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. DIFERENÇAS ENTRE OS PAÍSES. 3.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. 3.2 LEGITIMIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3.3 AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS**

---

<sup>1</sup>Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador (Ucsal). E-mail: fernandoa.santos@ucsal.edu.br.

<sup>2</sup>Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodium, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E- mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

CONSTITUCIONAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS. 3.4 EXISTE INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES ESTATAIS? 3.5 ESTRUTURA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **4 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL NA VISÃO DA DOUTRINA. 5 A LINHA TÊNUE ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 5.1 EXEMPLOS DE ATIVISMO NO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO. DECISÕES DO STF. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

## **1 INTRODUÇÃO**

Diante de diversos acontecimentos históricos e revolucionários que deram margem ao atual contexto social brasileiro, cada um com suas peculiaridades e particularidades que induzem a diferentes concepções inseridas em um Estado Democrático de Direito, onde se pode exercer plenamente a sua liberdade de opinião, houve a necessidade de se tratar do presente tema.

Tais acontecimentos, como tudo aquilo que revoluciona e produz divergências entre os indivíduos, tomaram grande ensejo no atual contexto histórico e social do nosso país, regado por um clamor pela liberdade e igualdade, que não surgiu de forma imediata, mas sim de um processo gradativo, advindo de lutas históricas, que acabaram por ensejar provimentos judiciais renovadores.

O Poder Judiciário brasileiro está cada vez mais concatenado a discussões polêmicas sobre diversos temas de viés político-ideológico. Como exemplo, cita-se as discussões acerca da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, que teve como consequência a atuação pelo Supremo, por 8 votos a 2, permitindo tal interrupção sem a configuração de aborto criminoso.

Tal protagonismo não foi diferente, quando se tratou da “criminalização” da homofobia, em que o Supremo Tribunal Federal, diante de uma verdadeira inércia por parte do Congresso Nacional, denominada pelo Supremo de “Omissão Inconstitucional”, a partir de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), de relatoria do Ministro Celso de Melo, entendeu pela equiparação da homofobia e transfobia aos dispositivos da Lei 7.716, destinada a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, conforme preceitua o artigo primeiro da supracitada lei.

Diante das constatações aqui aduzidas e das críticas elencadas ao longo da discussão sobre o crescente ativismo judicial brasileiro e sobre a incidência de tal ativismo em relação a temáticas bastante polêmicas inerentes a vida em sociedade, fica a seguinte constatação: Qual é o limite de atuação do Poder Judiciário Brasileiro na preservação do poder social e normativo

do Executivo e Legislativo, sem descredibilizá-los?

De forma resumida, a metodologia da pesquisa tem índole descritiva e analítica, tendo em vista a necessidade de examinação da conjuntura política e jurídica, o que evidencia relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, principalmente no que concerne a atuação institucional destes dois últimos poderes, na solução dos inúmeros conflitos presentes em uma sociedade.

É imprescindível um estudo profundo da doutrina constitucional, principalmente das que versem sobre a separação de poderes, direitos fundamentais, neoconstitucionalismo, ativismo judicial e político, princípios constitucionais, etc. Essa inquirição será feita através de leituras, inseridas dentro deste contexto a melhor doutrina a tratar sobre o tema, a legislação pertinente bem como a jurisprudência balizada sobre o assunto.

O presente artigo tem o intuito de abordar a relação entre a atuação do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, promovendo o que se denomina na doutrina de ativismo judicial e sua atuação proativa no exercício de funções originariamente dos Poderes Executivo e Legislativo, buscando garantir a preservação do Estado Democrático de Direito.

Buscará ainda retratar o impacto deste desempenho proativo do Poder Judiciário, principalmente no que concerne a atuação do Supremo Tribunal Federal na busca pela efetividade das normas constitucionais, sendo positiva, se usada para a garantia dos direitos fundamentais e preservação da hierarquia Constitucional, mas gerando algumas indagações sobre a que ponto essa ingerência do Poder Judiciário Brasileiro no exercício de funções originariamente delegadas aos demais poderes pode acarretar na violação dos princípios da legalidade e da separação dos poderes?

Em que pese os anseios populares estejam voltados mais para a credibilidade do Judiciário brasileiro em comparação com o Legislativo, as decisões judiciais podem gerar insatisfação tanto quanto a morosidade do Legislativo. É através dessa constatação que se infere a noção de que não é através de um provimento jurisdicional que ocorrerá a mudança na realidade brasileira, mas sim através de um alcance substancial das minorias as esferas legislativas. Ademais, há uma noção de despreparo judicial na composição de interesses antagônicos, principalmente quando sofrem pressão popular, onde procuram satisfazer a ideia de representatividade.

Dessa forma, o objetivo da presente pesquisa é ensejar uma percepção crítica acerca do ativismo judicial no Brasil, apresentando pontos positivos, desencadeados pela postura proativa do judiciário brasileiro de cunho essencialmente social e político. Mas também elucidar pontos negativos, haja vista que o ativismo judicial desencadeou um desprestígio ao

demais poderes, que perderam sua credibilidade, além de debater acerca da violação ou não dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, ambos constitucionalmente consagrados.

## **2 O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL**

O constitucionalismo pós guerra foi o marco histórico do novo direito constitucional em países como a Alemanha e a Itália. Todavia, o protagonismo do hodierno direito constitucional no Brasil só veio à tona com a Constituição Federal de 1988, já que ela foi a responsável pelo processo de redemocratização do nosso país e provocou uma ruptura no modo de pensar o direito e de sua aplicação frente os diferentes litígios presentes em uma sociedade. (BARROSO, 2017)

O vocábulo “neoconstitucionalismo” não é utilizado de forma muito abrangente no cotidiano da sociedade norte americana, tendo em vista que tal conceito se iniciou, primordialmente em países como Espanha e Itália. Todavia, tal conceito se ampliou muito na sociedade brasileira, principalmente nos últimos anos, com as grandes transformações ocorridas em nosso país, que deram ensejo a criação e desenvolvimento de um novo direito constitucional. (SARMENTO, 2009)

Como grandes referências do desenvolvimento de um novo direito constitucional, temos a Constituição alemã de 1949, o Tribunal Constitucional Federal instalado em 1951, a constituição da Itália de 1947, a instalação da Corte Constitucional em 1956, a reconstitucionalização de Portugal em 1976 e da Espanha em 1978, dentre outros. (BARROSO, 2017)

No Brasil, a ascensão desse novo direito constitucional, como dito anteriormente, se deu em decorrência da elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, que provocou um rompimento com o regime autoritário presente no país, responsável por uma das maiores atrocidades cometidas ao longo dos tempos, desde perseguições políticas a torturas físicas e psicológicas, para o Estado Democrático de Direito. (BARROSO, 2017)

A Constituição de 1988 elevou o direito constitucional a um grau nunca visto anteriormente, representando símbolos de conquistas e de avanço social. Referendou um sentimento constitucional de respeito aos seus preceitos e regras normativas, sentimento este que ainda se encontra em grau de construção, mas que teve um avanço significativo com a Carta Magna de 1988. (BARROSO, 2017)

Houve uma superação do jusnaturalismo bem como do positivismo, abrindo espaço para uma nova era do direito, era esta que promoveu reflexões acerca de sua função

social e de sua interpretação, a era Pós-Positivista. A doutrina do Pós positivismo propõe uma leitura moral do direito, uma teoria de justiça, atribuindo normatividade aos princípios com uma nova hermenêutica constitucional, cuja teoria dos direitos fundamentais se encontra embasada essencialmente no princípio da dignidade da pessoa humana. (BARROSO, 2017)

Um dos principais avanços ocorridos no século XX em relação a Constituição Federal, foi a outorga de normatividade aos preceitos constitucionais, superando o modelo antigo que vigorou na Europa, pelo qual a Constituição era vista como apenas um documento de indole política. Os seus preceitos só serviam de orientação para o legislador na criação de leis, sendo que ao judiciário não se reconhecia qualquer ativismo na execução do conteúdo previsto na Carta Magna. (BARROSO, 2017)

O quadro de inércia constitucional só veio a ser alterado após a reconstitucionalização advinda com a Segunda Guerra Mundial, iniciando na Alemanha e passando para países como Portugal e Espanha. Com isso, reconheceu-se uma força normativa aos preceitos constitucionais, de caráter obrigatório e vinculativo, dotado de imperatividade. (BARROSO, 2017)

No Brasil, a força normativa da Constituição alcançou o seu apogeu de maneira eficiente, na década de 80, apesar de ter grande resistência, devido aos pensamentos autoritários que regiam o país. Com isso, a doutrina e jurisprudência reinante, ratificaram o rompimento com tal posição ultrapassada, conferindo normatividade aos preceitos fundamentais. (BARROSO, 2017)

A doutrina inglesa de soberania do Parlamento e a teoria de que a lei representava a vontade geral do povo, vigorou na Europa até meados do ano de 1945. Entretanto, a partir desse ano, principalmente no final da década de 40, surgiram novos modelos constitucionais, que colocaram a Constituição em um grau de supremacia nunca anteriormente visto. Tal modelo procurou proteger o rol de Direitos fundamentais, cabendo essa proteção com maior efetividade ao Judiciário. A partir daí, inúmeros países europeus adotaram modelos próprios de controle de constitucionalidade através dos Tribunais constitucionais. (BARROSO, 2017)

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido pela via incidental desde de 1891, sendo inserido pela Emenda Constitucional de nº 16, de 1965, com destinação de controle pela via abstrata ou concentrada. Inobstante, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que a jurisdição constitucional começou a se ampliar, principalmente com a criação da ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (BARROSO, 2017)

O poder normativo da Constituição Federal, trouxe consigo a necessidade de uma

interpretação constitucional de seus preceitos, sendo esta uma modalidade de interpretação jurídica. Dessa forma, para a interpretação da Constituição são aplicadas os mesmos elementos de interpretação do direito, quais sejam: o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. É imperioso ressaltar ainda, os critérios de solução dos conflitos normativos, quais sejam: o hierárquico, o temporal e o especial. (BARROSO, 2017)

Devido ao fato das normas constitucionais possuírem pormenoridades peculiares, foi necessário o desenvolvimento, pela doutrina e jurisprudência, de princípios próprios a serem aplicados a interpretação constitucional, princípios estes de natureza instrumental, com pressupostos lógicos da aplicação dos preceitos constitucionais. Tais princípios são estes: o da supremacia da constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas do poder público, o da interpretação conforme a constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. (BARROSO, 2017)

Muito embora tenha ocorrido avanços bem expressivos quanto a nova forma de interpretação e resolução de litígios, cumpre destacar que a interpretação jurídica tradicional não fora superada como um todo, já que é através dela que muitas questões jurídicas ainda são resolvidas. Todavia, foi necessário um novo olhar para tal interpretação, com o intuito de aproximá-la de forma mais evidente da nova interpretação constitucional. (BARROSO, 2017)

No modelo tradicional, as normas jurídicas se exteriorizam através da identificação do papel da norma e o papel do juiz, sendo que no primeiro busca-se a solução para os litígios e o segundo orienta o juiz a identificar a norma aplicável a cada situação. Portanto, nessa interpretação, o intérprete da norma realiza o papel de formulação de juízos de fato, já que a resposta para os conflitos estão totalmente no sistema jurídico. (BARROSO, 2017)

Com o desenvolvimento do direito constitucional, ocorreu várias rupturas com o sistema tradicional de interpretação da norma, uma vez que verificou-se que nem sempre a solução dos conflitos interpessoais se encontram especificados na norma abstrata. A partir daí, ampliou o papel do juiz na atuação jurisdicional, cabendo a ele não apenas uma função de conhecimento técnico, que se aperfeiçoa apenas com a revelação da solução contida no texto normativo, mas também realizar valorações para as cláusulas abertas, identificando a melhor interpretação possível a garantir o bem em comum. (BARROSO, 2017)

É através da linguagem que é possível expressar o seu modo de pensar, de expressar e com isso ter o poder de convencimento, fazendo uso de inúmeras justificativas e argumentos em relação aos mesmos fatos. Para exemplificar o nível de complexidade das palavras bem como sua capacidade de atingir um grande número de interpretações, pode-se

utilizar da palavra “justiça”, que apesar do contexto em que esteja inserida, abre margem para inúmeras interpretações. (LAMUNDO, 2017)

Diante desse aspecto, a hermenêutica jurídica tem um papel fundamental, sendo tal tema imprescindível para o conhecimento humano. Cumpre observar, que tudo o que o ser humano aprende é devido a determinadas práticas interpretativas. Tais práticas necessitam do uso da palavra, sendo que a linguagem já é tida como a primeira interpretação, e com, isso, não há a possibilidade de afastar o uso da hermenêutica da própria vida humana. (SOARES, 2019)

Devido a indeterminação dos dispositivos legislativos existentes em nosso ordenamento jurídico, há a possibilidade de se apresentar decisões distintas mesmo diante de um mesmo dispositivo normativo. Tal perspectiva já está bastante consolidada na jurisdição brasileira, mesmo recebendo inúmeras críticas. Para a sua aceitação, é necessário o reconhecimento da discricionariedade do Poder judiciário, já que o surgimento de decisões diferentes só pode ser justificada se ao juiz for atribuído o poder de escolha no exercício da atividade jurisdicional. (COELHO, 2015)

No ordenamento jurídico pátrio, encontra-se inúmeras expressões como ordem pública, boa fé, interesse social, dentre outras, cuja textura aberta não contém os elementos norteadores para a sua aplicação, cabendo assim, ao intérprete da norma, a valoração de seus efeitos, definindo seu sentido e alcance no caso concreto. Dessa forma, a função do julgador é a junção de revelar o que contém na norma jurídica e integrar o comando normativo com sua valoração. (BARROSO, 2017)

A normatividade dos princípios, desencadeou para o intérprete um acúmulo de funções que vinham à tona no pós positivismo. Por apresentar diferenças em relação as regras, já que estas são comandos normativos que descrevem condutas específicas e pormenorizadas, os princípios, diferentemente, consagram valores a serem interpretados. Clausulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência, transporta ao intérprete uma discricionariedade em sua valoração. (BARROSO, 2017)

Uma outra situação que fica evidente o acúmulo de funções no intérprete da norma jurídica, é a colisão de normas constitucionais, sejam entre princípios, sejam entre direitos fundamentais. Pode-se citar como exemplo, a colisão entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor, o direito a privacidade e a liberdade de expressão, a liberdade de reunião entre alguns e o direito de ir e vir de outros, etc. Na colisão supracitada, em relação as normas com mesma hierarquia, cabe ao intérprete a “criação” do direito no caso concreto. (BARROSO, 2017)

A técnica que o intérprete deverá observar no caso concreto para resolver litígios que se enquadram em princípios com hierarquia similar, é a da ponderação. Não há como a subsunção resolver problemas diante deste contexto, já que não há a possibilidade de enquadrar o mesmo fato a normas antagônicas. Sendo assim, é necessário que o intérprete faça concessões recíprocas com o intuito de preservar o máximo possível de cada interesse em jogo, escolhendo no final o direito que irá prevalecer, direito este que se aproxima mais da vontade da constituição. (BARROSO, 2017)

Em razão do alto grau de generalidade de tais normas de conteúdo vago e impreciso na solução de casos complexos, é necessário que o julgador, ao valorá-las, utilize-se de uma argumentação contundente, a fim de legitimar sua decisão, já que não estão inteiramente ligadas a lógica estabelecida pelo princípio da separação dos poderes. (BARROSO, 2017)

O neoconstitucionalismo que consagrou o novo direito constitucional, em suma, provocou inúmeras transformações no Estado, consagrando este como constitucional de direito, evidenciado nos finais das décadas do século XX e tendo como marco filosófico o pós positivismo. Dentre tais mudanças, centralizou os direitos fundamentais, aproximou o direito a ética, garantiu força normativa a constituição, expandindo sua jurisdição e desenvolveu uma nova forma de interpretá-la, resultando na constitucionalização do direito. (BARROSO, 2017)

### **3 ESTRUTURA, FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. DIFERÊNCIAS ENTRE OS PAÍSES.**

#### **3.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO**

Caracteriza-se o poder constituinte originário, aquele de caráter antecedente, ilimitado e incondicionado. Nesse sentido, tal poder é anterior a qualquer outro, pois estabelece o início da organização jurídica, funcionando como base propulsora e fundamento de validade de todas as normas jurídicas existentes. É ilimitado porque não sofre influência ou limitação de qualquer outro poder antecessor. A sua incondicionalidade é referente ao fato de que o poder constituinte não sofre nenhuma restrição ou forma fixada anteriormente. (PEIXOTO, 2016)

O Poder Constituinte é o pronunciamento de forma absoluta e soberana da manifestação política de uma determinada população, que se organiza jurídica e socialmente. Costuma-se estabelecer a ideia do surgimento deste Poder com o advento das Constituições

escritas, que se apresentaram como uma forma de conter o Poder Estatal e resguardar os direitos e garantias individuais. (MORAES, 2020)

Segundo a doutrina de Emmanuel Sieyès, o Poder Constituinte tem como detentor a própria Nação, uma vez que este Poder está umbilicalmente vinculado a representação da Soberania de um determinado Estado, já que é através do seu exercício que é firmada a Organização Fundamental pela Carta Magna, sendo esta superior a todos os demais Poderes Estatais, cujo alcance e validade são determinados pela própria Constituição Federal. (MORAES, 2020)

É através do Poder Constituinte Originário que é formada a Constituição de um determinado Estado, que determina, organiza e cria os Poderes que irão administrar, conduzir e gerir os interesses dos cidadãos de uma determinada sociedade. Por isso, é firmada a premissa de que ele está presente tanto na criação da primeira Constituição quanto na formação de qualquer Constituição consecutiva. (MORAES, 2020)

De forma diversa ao Originário, o Poder Constituinte Derivado está incorporado na própria Constituição, já que perpassa de uma regra jurídica de veracidade constitucional, logo, é submetido a limitações claras e as vezes implícitas, estando suscetível ao controle de Constitucionalidade. Por isso, é um poder derivado, subordinado e condicionado. O primeiro porque é considerado secundário em comparação ao originário, o segundo porque é limitado pelas normas previstas na Constituição Federal e o último porque deve observar as regras contidas na Carta Magna. (MORAES, 2020)

Em sentido contrário ao Poder Constituinte Originário, o Poder Legislativo não apresenta um caráter originário, ilimitado e muito menos incondicionado, já que este último se origina e possui como parâmetro as normas constitucionais editadas pelo primeiro. (PEIXOTO, 2016)

Nessa linha de inteligência, a Constituição Federal é criada e instituída pelo Poder Constituinte Originário, sendo este organizado de forma exclusiva para a sua criação. É diante desse viés, que a mesma possui como característica basilar a sua rigidez e supremacia perante as demais legislações, atribuindo ao Poder Judiciário, principalmente ao Tribunal Constitucional, a preservação da sua soberania. (PEIXOTO, 2016)

### 3.2 LEGITIMIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há um consenso do que se entende por Direitos Fundamentais. Por isso tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é comum a utilização de inúmeras expressões para buscar

identificar os diversos significados que tais direitos podem promover no mundo social, político e jurídico. Dentre as diversas expressões utilizadas, é possível destacar algumas recorrentes, como: liberdades públicas, direitos subjetivos, direitos humanos, direitos fundamentais propriamente, dentre outras. Estas diversas expressões, se deve ao fato das inúmeras transformações que os Direitos Fundamentais passaram ao longo da história. (CUNHA, 2012)

Os Direitos fundamentais devem ser entendidos como posições jurídicas que retratam a dignidade da pessoa humana, sendo esta constituída como um princípio que estabelece o critério que uniformiza todos estes direitos, pelos quais os Direitos do Homem se remontam. Todavia, salienta-se que tal critério não é absoluto, tendo em vista que existem Direitos Fundamentais que são admitidos às pessoas jurídicas, o que podemos constatar que nem sempre a dignidade da pessoa humana pode servir de parâmetro para determinar tais direitos. (CUNHA, 2012)

Em uma outra vertente, podemos identificar os Direitos Fundamentais, como direitos humanos positivados na Constituição Federal. Nesse sentido, é comum na doutrina a utilização da expressão “Direitos Fundamentais” para definir os direitos humanos positivados internamente, enquanto a expressão “Direitos Humanos” propriamente dita, como aqueles presentes, externamente, em declarações e convenções internacionais. (CUNHA, 2012)

Os Direitos Fundamentais não se restringem ao direito natural, uma vez que também estão inseridos em instituições, grupos ou pessoas coletivas e vários deles são elaborados pelo legislador positivo, que estabelecem-os segundo as suas próprias convicções, mas em obediência as determinações do Estado onde estão inseridos. (CUNHA, 2012)

Podem ser caracterizados ainda, como posições jurídicas reconhecidas e resguardadas na concepção do direito constitucional interno dos Países, podendo ter uma fundamentalidade formal ou material. A primeira, vincula-se ao direito constitucional positivo que se define segundo a própria Constituição, seja de caráter explícito ou implicitamente, dispondo de supremacia hierárquica das normas constitucionais, estando sujeitos aos limites formais e materiais e restringidos a proporcionalidade. A segunda, todavia, requer uma investigação do conteúdo do direito, analisando se possuem decisões fundamentais do Estado, como a sua estrutura. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2020)

Diante de tais premissas, deve-se identificar um direito como Fundamental, pela importância do bem jurídico protegido considerado em si mesmo, assim como pela relevância deste na visão do constituinte, complementada pela hierarquia normativa atribuídos a tais direitos. Dessa forma, pode-se utilizar como exemplo de Direito Fundamental, o direito a saúde, bem como os presentes no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988, que, muito

embora seja Direito Fundamental no Brasil, não o é, na Constituição espanhola de 1978, isso acontece também com os direitos dos trabalhadores, que na sociedade brasileira possui status de Direito Fundamental, mas em outras constituições não tem esse mesmo destaque. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2020)

Diante o exposto, os Direitos Fundamentais são definidos como todas as posições jurídicas relativas as pessoas, que estejam de forma clara ou implícita na Constituição, que não estejam no domínio dos Poderes Constituídos, e, que, por seu conteúdo e aceção, possam ser igualadas, possuindo ou não suporte constitucional. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2020)

Partindo da premissa arraigada na sociedade e fixada no artigo 1º da Constituição Federal de que todo poder emana do povo, o mesmo deveria ser constituído pela maioria geral. Dessa forma, os integrantes do Tribunal Constitucional, uma vez que não são eleitos pelo povo, não poderiam possuir legitimidade para exercer o poder soberano. (PEIXOTO, 2016)

Em que pese a linha de raciocínio anterior, importa-se salientar que nem sempre é possível vincular o caráter democrático de uma nação à forma como são eleitos os seus integrantes, já que não há um modelo absoluto de democracia. Neste sentido, não há como prosperar a ideia de que o Poder Judiciário é antidemocrático, uma vez que o Juiz não é menos órgão do povo do que os outros pertencentes ao Estado. (PEIXOTO, 2016)

Urge salientar ainda, que nem sempre os eleitos diretamente pelo povo representam a vontade geral, já que é cediço na história mundial, inumeros casos de restrição aos interesses de grupos pré-determinados e específicos. Partindo desse viés, um fator que assegura a legitimidade dos Tribunais Constitucionais é o fato de que os seus membros são escolhidos por representantes do povo. (PEIXOTO, 2016)

Entende-se que quanto mais pluralista uma sociedade é, mais aberta será a sua interpretação constitucional. Ademais, devido ao controle difuso, é assegurado uma maior legitimidade do Tribunal Constitucional a propiciar a garantia dos direitos fundamentais, facilitando o acesso a justiça. (PEIXOTO, 2016)

Nesse interím, a principal função de um Tribunal Constitucional é a garantia e preservação dos Direitos Fundamentais, funcionando como um verdadeiro inibidor da ditadura das maiorias, que violam os Direitos consagrados na Carta Magna bem como se utilizam de argumentos autoritários e abusivos. (PEIXOTO, 2016)

### 3.3 AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Devido as suas decisões com efeitos altamente vinculantes e abrangentes, que podem ocasionar diversos danos a uma infinidade de pessoas, tais decisões merecem uma atenção peculiar, devendo os integrantes do Tribunal avaliar as suas consequências práticas. Nesse sentido, é possível evidenciar a importância das técnicas de decisão de inconstitucionalidade, a modulação dos efeitos, etc. (PEIXOTO, 2016)

Neste sentido, o Tribunal Constitucional deve adotar uma postura jurídico-política, preservando os valores substanciais contidos na Carta Magna, devendo estar atento as consequências políticas de suas decisões, mas em hipótese nenhuma decidir contra o direito, sendo que em caso de conflito entre a política e direito, o julgador deve sempre privilegiar este último. (PEIXOTO, 2016)

Para verificar a harmonia entre a legislação infraconstitucional com as normas previstas na Constituição, existem algumas espécies de controles, podendo diferenciá-los em controle preventivo e controle repressivo. O primeiro é anterior a publicação da lei ou ato normativo, se encontrando na fase do processo legislativo e possui embasamento no direito subjetivo do Parlamentar de evitar com que sejam criadas legislações com inconstitucionalidades presentes. Já o segundo, é efetuado após a criação da lei, sendo mais típico e usual, responsável pela filtragem de grande parte dos atos legislativos eivados de inconstitucionalidades. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2020)

Há ainda duas formas de garantir o controle das normas infraconstitucionais, que pode ser pelo Controle abstrato ou pelo Controle concreto. O primeiro interpreta a norma em si mesma, não estando vinculada ao direito subjetivo e nem a uma situação concreta, já que a sua intenção é verificar a validade constitucional da norma. Enquanto que o segundo, faz-se um exame da constitucionalidade da norma, sendo necessário para a resolução da demanda no caso concreto e precisando analisar o direito subjetivo. Neste, a constitucionalidade da norma não é o principal intuito, já que o objetivo intrínseco é a resolução da demanda. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2020)

O controle concentrado das leis é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e pode ser provocado por intermédio das seguintes ações: ação direta de inconstitucionalidade propriamente dita, a por omissão, a interventiva, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. (CUNHA, 2012)

### 3.4 EXISTE INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES ESTATAIS?

Em decorrência da desconfiança em relação aos Poderes Executivo e Legislativo,

além do sentimento de ausência de participação democrática dos cidadãos, foi propiciada uma atuação cada vez mais expansiva do Tribunal Constitucional, principalmente no que concerne a proteção dos direitos fundamentais, quando não é dada a devida importância a estes, pelo poder público. (PEIXOTO, 2016)

Muito embora o Tribunal Constitucional tenha sido criado pelo Poder Constituinte Originário, este é limitado pelo princípio da Separação dos Poderes, consagrado na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Todavia, o Poder Legislativo é o que é mais afetado pela atuação expansiva do Tribunal Constitucional, já que uma das principais áreas de atuação deste, é a promoção do controle de constitucionalidade das leis. (PEIXOTO, 2016)

No Brasil, a atuação do Supremo Tribunal Federal através do Controle Concentrado de Constitucionalidade não vincula o Poder Legislativo, mas sim, apenas o Poder Executivo e Judiciário. Dessa forma, pode o Legislativo criar leis com entendimento diverso do quanto estabelecido nas decisões do Supremo, o que pode gerar inúmeros conflitos entre os Poderes, quando essa discrepância for muito elevada. (PEIXOTO, 2016)

Neste mesmo sentido, o Poder executivo sofre larga influência do Poder Judiciário e suas decisões vinculantes, principalmente quando este atua fiscalizando a constitucionalidade das leis e concretização das normas constitucionais programáticas. Uma vez que o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais está limitado ao princípio da reserva do possível, já que todo direito provoca certos custos. Todavia, o Executivo não pode se utilizar deste princípio para não cumprir suas obrigações constitucionais. (PEIXOTO, 2016)

### 3.5 ESTRUTURA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO COMPARADO.

Ao adentrar neste tema, busca-se tecer algumas semelhanças e diferenças de como é a distribuição de competências e a estrutura dos órgãos da justiça constitucional entre os países. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional é formado pelo Plenário e por dois Senados com 8 integrantes cada, sendo que o Plenário possui 16 componentes com a função de padronizar as decisões. O Vice-presidente preside o primeiro Senado e o Presidente preside o segundo, sendo que ambos tem a incumbência para as queixas constitucionais bem como para análise de compatibilidade de uma lei federal. (PEIXOTO, 2016)

Com o intuito de diminuir a carga processual na Corte Superior, faz-se um exame

anterior, em que é analisado o cabimento dos recursos constitucionais em cada senado, por três câmaras e três juízes, em que cada presidente do senado é componente de duas câmaras de forma simultânea. O quorum de deliberação nos Senados, são de seis juízes, em que deve ser formado pela maioria, sendo que é permitido a publicação do voto vencido. Em caso de empate, não poderá identificar quaisquer violação a Lei Fundamental da Alemanha. (PEIXOTO, 2016)

Em sentido contrário, é o Tribunal Constitucional de Portugal, uma vez que este é formado por um Plenário e por Três Seções. Ao primeiro cabe a fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas e ao segundo, fica a incumbência do controle de constitucionalidade dos recursos individuais. As Três Seções são formadas, cada uma, por um Presidente ou pelo Vice-Presidente do Tribunal e por mais quatro Juízes. A distribuição destes são feitas pelo tribunal ao começo de cada ano judicial. (PEIXOTO, 2016)

O Tribunal Constitucional de Portugal só pode estar em atividade se possuir a presença da maioria dos integrantes, sendo que as determinações acontecem com a multiplicidade de votos dos presentes. Possui um voto cada juiz, que tem o direito de lavrar o voto de vencido. De forma distinta de Portugal, o Tribunal Constitucional da Bolívia é composto por salas especializadas, sendo uma Plena, outra Cível, duas penais e duas salas sociais, evidenciando o caráter de ultima instância do Tribunal, sendo este considerado o guardião da Constituição. (PEIXOTO, 2016)

Já na Argentina, houve um grande dilema, uma vez que o artigo 23 do Decreto Lei número 1285/58 permitia que a Corte Superior fosse fracionada em salas. Todavia, nunca foi aplicada tal norma e, por isso, foi considerada inconstitucional pelo Tribunal Supremo em 1989. Sendo considerada uma decisão correta, já que caso ocorresse essa divisão, poderia promover uma multiplicidade de Tribunais que não se adequava a Corte Suprema desse país. Além de que, poderia provocar uma interpretação divergente das normas constitucionais e gerar assim, insegurança jurídica. (PEIXOTO, 2016)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, tem a sua sede em Brasília e possui jurisdição em todo território nacional, conforme previsão expressa do art. 2º do seu Regulamento Interno. O Presidente e vice são eleitos pelo próprio Tribunal, dentre os Ministros (§ 1º art. 2º), possuindo como órgãos o Plenário, as Turmas e o Presidente (art. 3º). Cada Turma é constituída por cinco Ministros (art. 4º), sendo que é presidida pelo Ministro mais antigo dentre os seus membros, pelo tempo de um ano, sendo proibida a recondução até que todos exerçam a presidência, atentando a ordem decrescente de antiguidade (§ 1º art. 4º).

É competência do Plenário processar e julgar, de forma originária, nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os deputados e senadores, os Ministros

de Estado, os seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República (art. 5º I). Compete, ainda, julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunais de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 5º II). O Presidente e o Vice Presidente do Supremo possui mandato de dois anos, sendo que é proibida a reeleição para o período imediato.

As Turmas possuem a competência de processar e julgar, de forma originária, o Habeas Corpus, quando o coator ou paciente for Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam subordinados ao STF (art. 9º, I, a), incidentes de execução (art. 9º, I, b), a reclamação (art. 9º, I, c), os Mandados de Segurança em face de atos do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 9º, I, d), Mandados de Injunção contra atos do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais Superiores (art. 9º, I, e), dentre outros.

Muito embora não tenha previsão expressa nesse sentido, deve ser observado na escolha dos Membros da Corte, a diversidade cultural, já que os integrantes devem sempre priorizar pelas soluções que se adequem a realidade social brasileira, atualizando a interpretação normativa de acordo com o contexto histórico atual, assegurando uma maior efetividade da norma constitucional. O Supremo corresponde a imagem do país e por isso deve agir no sentido de solucionar os conflitos jurídicos, políticos e sociais nele existentes. (PEIXOTO, 2016)

#### **4 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL NA VISÃO DA DOUTRINA.**

A primeira utilização da terminologia “Ativismo Judicial” foi reconhecida pela doutrina norte-americana como primeiro uso, pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr em um artigo de nome “the Supreme Court: 1947”, que foi publicado na Revista Fortune. No referido texto, o autor estabeleceu uma análise crítica, entendendo que os julgadores ficam sujeitos a um julgamento crítico de forma proporcional a importância dada a Corte de um país. (CAMPOS, 2014)

Para Schlesinger, o significado de ativismo judicial é contrário a terminologia “autorrestrrição judicial”. Para ele, os juízes considerados ativistas substituem a determinação do Poder Legislativo, tendo em vista que pensam que devem desempenhar diretamente o fomento das liberdades civis. Todavia, aqueles que atuam com autorrestrrição judicial, apresentam uma imagem distinta no que concerne os encargos da Corte, trazendo uma visão de que a mesma não deve interceder na política e, sim, agir em consonância com a determinação

do legislador. (CAMPOS, 2014)

Para Hugo Black, a Constituição e a Bill of Rights, produziram uma forma de governo que atuava de forma limitada, incumbindo ao Judiciário a responsabilidade de garantia das liberdades constitucionais, restringindo os Poderes Executivo e Legislativo. Segundo o autor, a Bill of Rights eliminou do Congresso qualquer poder relacionado aos direitos e liberdades individuais, confiando na Corte a responsabilidade de proteção dos direitos. (CAMPOS, 2014)

Já Frankfurter, todavia, apresentava ideais totalmente contrários ao ativismo judicial, e mais próximo da autorrestrrição judicial, já que ele tinha a visão de um órgão julgador totalmente antiativismo. Para ele, o juiz deveria desapegar de convicções pessoais, sendo taxado na época como conservador. Ele seguiu a mesma linha de nomes como Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis e Learned Hand (CAMPOS, 2014)

Frankfurter apresentava ideais céticos quanto a supremacia judicial e imaginava que os julgadores deveriam decidir os casos concretos e não produzir uma realidade nova, sendo que tal incumbência seria do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Segundo ele, só caberia ao Poder Judiciário a interpretação das leis e os significados das palavras utilizadas pelo legislador. Neste sentido, segundo ele, o julgador não pode reeditar a lei, devendo apenas exercer sua responsabilidade com cautela. (CAMPOS, 2014)

O ativismo judicial, preambularmente, significa uma alteração na função jurisdicional em prejuízo da função legislativa, o que condiciona ao entendimento do porque os ordenamentos jurídicos que adotam o sistema do common law é muito mais complicado a caracterização de uma atuação ativista dos julgadores do que os que adotam o sistema civil law. Isso se deve ao fato de que no primeiro sistema já há uma proximidade muito grande entre as funções do juiz e do legislador em relação a criação de leis. (RAMOS, 2015)

É possível observar, que no sistema do common law os julgadores já estabelecem atos que orientam os comportamentos corretos em uma sociedade, que não ficam restritos apenas aos casos concretos, dando uma maior atuação aos tribunais ingleses e estadunidenses, que exercem, por si só, a função normativa, podendo revogar precedentes já ultrapassados. Nesse sentido, já há uma visão mais abrangente na forma como o Poder Judiciário enxerga e considera o direito legislado. (RAMOS, 2015)

Pode-se constatar, partindo das premissas abordadas anteriormente, que nas sociedades onde se faz presente o sistema do common law, como é o caso da Inglaterra e dos Estados Unidos, na visão de Cappelletti, as leis são fontes excepcionais do direito, uma vez que somente são integradas no direito quando a sua dimensão for estabelecida nas decisões

judiciárias. (RAMOS, 2015)

Dessa forma, se compreende o porquê nos sistemas anglo-saxônicos se utiliza uma conceituação mais abrangente do ativismo judicial, incorporando o uso de uma interpretação de cunho teleológico a uma integração de lacunas, em que o judiciário age de forma confiável. Neste sentido, não é atribuído um sentido negativo para a palavra “ativismo judicial”, muito pelo contrário, ela é vista de uma forma positiva, por proporcionar a readequação do direito as novas realidades da sociedade. (RAMOS, 2015)

Diante o exposto, na visão do professor Elival da Silva Ramos, o ativismo se conceitua como o exercício de uma função jurisdicional que ultrapassa os limites exigidos pelo ordenamento jurídico de incumbência do Poder Judiciário, quais sejam, a resolução dos litígios de uma sociedade. Já para Saul Tourinho Amaral, o termo “ativismo judicial” está relacionado a ideia de exorbitância de competência por parte do Judiciário, e, por isso, caso um Tribunal seja considerado ativista, seria atribuído ao mesmo um caráter negativo. Para muitos autores, o ativismo do judiciário está associado a algo negativo, em que representa uma falta de consciência acerca da sua função no sistema de separação dos poderes. (SANDOVAL, 2018)

Há inúmeras interpretações que podem ser feitas ao Ativismo Judicial, podendo destacar dessa terminologia tanto aspectos positivos quanto efeitos negativos. Impede salientar, desse modo, que o Ativismo possui efeitos apenas paliativos, já que não resolve, de forma eficiente, a crise política e jurídica de um país, conforme brilhante entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso:

“o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.”<sup>24</sup> Cf. Luís Roberto Barroso. Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. . Acesso em: 29.09.2018

Em que pese as inúmeras variações que podemos verificar na terminologia “Ativismo Judicial”, a mesma possui um núcleo rígido, imutável e bastante preciso em seu significado, uma vez que mesmo quando utilizada para apontar termos com sentidos totalmente diversos, como é o caso do “liberalismo” e do “conservadorismo”, é utilizada para indicar algum sobrepujamento ou até mesmo um desvirtuamento da responsabilidade jurisdicional. (MACHADO, 2008)

Nesse sentido, mesmo diante de inumeráveis variações que se apresenta o sentido

e abrangência da palavra “Ativismo Judicial”, entende-se que a mesma constrói o seu entendimento em volta dos limites da operação jurisdicional. Dessa forma, é possível estabelecer a premissa de que quanto mais dilatada for a função jurisdicional, mas restrita será a definição de ativismo judicial, já que terá pouco espaço para excedentes. (MACHADO, 2008)

Paulo Bonavides explica que o Supremo Tribunal Federal não pode fazer qualquer tipo de alteração no texto constitucional, pois caso isso ocorra, o mesmo estaria se sobrepondo acima dos outros Poderes. Com isso, não é atribuído ao Supremo ser fiscal das regras constitucionais, não podendo ele anulá-las ao seu bel-prazer. (SANDOVAL, 2018)

Por fim, segundo Canotilho, o modo mais recorrente de integração de lacunas na lei é a analogia, que conforme sua doutrina, representa um deslocamento da regulamentação de certos casos a outros com a mesma igualdade jurídica. Já para Jorge Miranda, lacunas constitucionais e omissões legislativas são coisas distintas, uma vez que a primeira se traduz como situações importantes sem previsão na constituição, enquanto que a segunda revela-se como situações com previsão expressa, mas que faltam imediata exigibilidade. (SANDOVAL, 2018)

## **5 A LINHA TÊNUE ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

É nitido e incontroverso a atuação expansiva e ativista do Supremo Tribunal Federal na realidade contemporânea brasileira. Cada vez mais é possível observar do Supremo, uma modificação em sua postura hermenêutica, produzindo decisões mais criativas, valorativas e inovadoras. Tal postura se atribui ao fato de que o contexto atual traz consigo transformações do papel do direito e da corte dentro de uma nova ordem política e democrática que se inseriu com a Constituição Federal de 1988. (CAMPOS, 2014)

A florescente postura hermenêutica do STF, juntamente com a eficácia vinculante de suas decisões, tem sido determinante para a expansão do ativismo judicial no Brasil, que surgiu em decorrência da necessidade de guarda da Constituição e dos Direitos Fundamentais. Tal expansão vem superando, cada vez mais, o dogma kelseniano, transformando o Juiz de “legislador negativo” para “legislador positivo”, considerado um avanço para a nossa sociedade. (CAMPOS, 2014)

O ativismo judicial no Brasil surgiu para acabar integralmente com o Dogma Kelseniano. Os ideais de Kelsen não podem mais ser considerados legítimos em constituições do pós guerra, como é o caso da nossa Constituição Cidadã de 1988. A jurisprudência do

Supremo vem se fortalecendo no sentido mais ativista e incisivo no contexto social brasileiro. (CAMPOS, 2014)

Vislumbra-se a partir da resolução dos casos concretos julgados pelo Supremo, um ativismo judicial mais que evidente, haja vista a eficácia erga omnes que foi atribuída a tais julgamentos, trazendo uma superação a omissão legislativa e consolidando uma nova era no sistema jurisdicional brasileiro. (CAMPOS, 2014)

Há na contemporaneidade, uma crise sistêmica no direito criminal. A busca desenfreada por segurança jurídica bem como as transformações em diversos aspectos da sociedade moderna, oportunizaram a ciência criminal um processo de ampliação de seus efeitos, chegando a ideia consagrada pela terminologia: direito penal do inimigo. (POZZEBON, FALAVIGNO, 2016)

Atualmente se observa um direito penal que viola as garantias individuais com o intuito exclusivo de promover a realização dos critérios de política criminal. Isso acaba por provocar diversos danos na sociedade, especialmente aos menos favorecidos socialmente, tidos como não necessários para o sistema. (POZZEBON, FALAVIGNO, 2016)

No âmbito criminal, a interpretação da lei busca realizar o seu conteúdo e significado. Por não possuir regras específicas, se orienta sob os pilares dos mesmos princípios de outros ramos do direito, com as delimitações do princípio da reserva legal e da analogia. Diante disso, o julgador pode interpretar criticamente as normas legais, observada, no entanto, a nossa Carta Magna, devido ao direito penal de risco hoje vigente. (POZZEBON, FALAVIGNO, 2016)

Conforme todo o exposto na presente pesquisa, verifica-se que o tema “ativismo judicial” está bastante presente na realidade brasileira, principalmente na seara criminal, mais também no direito constitucional sob o enfoque do Supremo Tribunal Federal. Busca analisar criticamente a contribuição dessa nova hermenêutica na aplicação eficiente e constitucionalizada do direito penal moderno. (POZZEBON, FALAVIGNO, 2016)

O ativismo judicial é, portanto, o papel criativo do judiciário brasileiro que contribui para formação do direito, formando precedentes jurisprudenciais anteriormente a lei. De origem nos Estados Unidos onde adota-se a jurisprudência como fonte primária do direito. Foi citado pela primeira vez pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr em um artigo publicado na Revista *Fortune*, ficou denominada a conduta ativista pela Corte Suprema dos EUA, as posturas menos contidas dos juízes em suas decisões. (POZZEBON, FALAVIGNO, 2016)

Segundo CANOTILHO, existem duas correntes hermenêuticas: as interpretativistas e as não interpretativistas. A segunda define que o julgador capta o sentido expresso da norma

constitucional, já a primeira invoca princípios substantivos como a liberdade e a justiça. Dessa forma, o juiz ativista utiliza-se somente dos textos legais quando estes são úteis e de acordo com a Constituição. Dessa forma, o ativismo judicial só pode ser aplicado na seara criminal em um único sentido, levando em conta o princípio da legalidade como teto da norma punitiva. (POZZEBON, FALAVIGNO, 2016)

## 5.1 EXEMPLOS DE ATIVISMO NO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO. DECISÕES DO STF.

Diante da inércia legislativa, foi necessário a manifestação do Poder Judiciário brasileiro sobre alguns temas centrais de nossa sociedade, buscando a garantia dos princípios constitucionais da igualdade e liberdade. Nesse sentido, houve o julgamento simultâneo da ADPF 132 e da ADI 4277, simbolizando um avanço imensurável para o Direito das Famílias, seara que abarca os direitos mais íntimos do indivíduo. (CHAVES, 2011)

Nesse interím, com o julgamento das ações constitucionais destacadas, o Supremo Tribunal Federal produziu sua decisão no sentido de que a união homoafetiva é uma entidade familiar e que, por isso, possui todos os direitos que emanam da união estável de um casal hetero. Tais ações foram julgadas procedentes, por unanimidade, em que a maioria dos Ministros acompanharam, em toda plenitude, o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. (CHAVES, 2011)

Dessa forma, estando presentes os requisitos legais para a caracterização da união estável, a convivência pública, continuada e duradoura, com o objetivo de formação de família, os casais homoafetivos também podem usufruir de todos os direitos e deveres concernentes da união estável heterossexual. (CHAVES, 2011)

Todavia, muito embora o grande avanço que o STF proporcionou para a sociedade brasileira, restaram algumas dúvidas sobre tais julgamentos, no sentido de que o Supremo também julgou sobre o casamento civil. E a resposta é negativa, tendo em vista que o Tribunal Extraordinário Brasileiro apenas atribuiu uma interpretação constitucional ao art. 1.723 do Código Civil, igualando as duas entidades familiares. Entretanto, o casamento homoafetivo também é permitido como efeito direto da decisão do STF, já que o código civil deixa claro que a união estável pode ser convertida em casamento. (CHAVES, 2011)

No julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, houve inúmeras críticas em relação ao ativismo judiciário brasileiro, muito embora o mesmo tenha sido extremamente justificável e necessário, devido a inércia legislativa sobre as questões da homoafetividade. Para comprovar

tal afirmação, é válido citar projetos de lei que tratam sobre a questão da década de 90. Há inúmeros projetos de leis em tramitação na casa legislativa, bem como propostas de emenda a constituição e nada foi feito para suprir a lacuna legislativa sobre a igualdade humana. (CHAVES, 2011)

Houve um total desrespeito aos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, sendo que o papel do Supremo Tribunal Federal é exatamente a proteção de tais direitos. Nas palavras do ilustre Luís Roberto Barroso: “eventual atuação contra majoritária do judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia.” (CHAVES, 2011)

No mesmo sentido, houve o entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, de que ocorreu omissão legislativa do Congresso Nacional, por não criar leis no intuito de criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas. Dessa forma, no julgamento da ADO 26, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello bem como do Mandado de Injunção 4733, de relatoria do Ministro Edson Fachin, o STF reconheceu a mora do Poder Legislativo em incriminar atos violadores de direitos fundamentais contra indivíduos LGBT e a partir desse reconhecimento, enquadrando a homofobia e a transfobia ao crime de racismo. (ARAUJO, 2019)

No dia 13 de junho de 2019, o STF finalizou o julgamento da Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26), sendo que a partir de tal data, a homofobia e a transfobia foram enquadradas ao crime de racismo, conforme preceitua a Lei 7.716/89. Os crimes decorrentes dessa Lei, são penalizados quando provenientes do preconceito em relação a raça, cor, etnia e religião. Dessa forma, o Supremo abrangeu o significado da expressão “raça”, adequando-a conforme o que determina a constituição, abarcando determinados atos que se caracterizam como atitudes homofóbicas ou transfóbicas. (ARAUJO, 2019)

O Tribunal entendeu ainda, que a nova interpretação dada a palavra “raça”, ocasionando o enquadramento dos atos homofóbicos e transfóbicos ao crime de racismo, terá como termo inicial a data em que o julgamento foi finalizado, ou seja, a partir do dia 13 de junho de 2019, poderão ser devidamente punidos os indivíduos que praticarem tais atos discriminatórios. (ARAUJO, 2019)

A jurisprudência do Tribunal Superior entende pela ausência de necessidade do trânsito em julgado ou da publicação do acórdão para que a decisão possa produzir os seus efeitos vinculantes e erga omnes. É possível observar, diante das inúmeras decisões deste Tribunal Extraordinário, que a publicação da ata do julgamento foi tida como marco inicial para a produção dos efeitos das referidas decisões. (ARAUJO, 2019)

O entendimento de que o marco inicial para a produção dos efeitos da decisão seria

a partir da publicação da ata do julgamento, todavia, trouxe algumas críticas e reflexões, tendo em vista se tratar de uma decisão inédita que criminaliza condutas anteriormente atípicas. Os atos judiciais e administrativos do STF são publicados através do Diário de Justiça Eletrônico, sendo este voltado, basicamente, para os operadores do direito. (ARAUJO, 2019)

Dessa forma, é inconcebível que os cidadãos acompanhem um veículo exclusivo do Tribunal Extraordinário. Nesse sentido, entende-se como imprescindível que o novo tipo penal seja publicado no Diário Oficial da União, para que possa produzir os seus efeitos. (ARAUJO, 2019)

Cumprir relatar que o art 28 da Lei 9.868/99, que aborda sobre o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, delibera que o dispositivo do acórdão deve ser publicado no Diário Oficial da União. Com isso, entende-se que a decisão que abarcou a homofobia e transfobia ao crime de racismo só teve eficácia com a publicação da parte dispositiva no Diário Oficial da União. (ARAUJO, 2019)

Uma outra questão que induz ao questionamento, é se o novo conceito de racismo será exclusivo das normas penais ligadas a Lei 7.716/89 ou se poderá abarcar quaisquer normas penais que estejam centralizadas na expressão "raça". Pode-se citar como exemplo a qualificação do crime de injúria por esta expressão. (ARAUJO, 2019)

Foi devidamente expressa, a decisão do Supremo, no sentido de que a nova interpretação estava restrita a Lei 7.716/89, muito embora houve pedido do Partido Popular Socialista, autor da ADO-26, de que tal decisão alcançasse outros tipos penais. Diante disso, as normas penais do Código Penal bem como das legislações extravagantes não sofreram nenhuma alteração na sua interpretação com a decisão do supremo, com exceção apenas da Lei do Racismo. (ARAUJO, 2019)

Diante disso, ficou referendado que até que o Congresso crie uma lei específica, as condutas de cunho homofóbico e transfóbico serão enquadradas na Lei 7.716/2018. Ademais, há a previsão no sentido de que esta repressão penal não abarca nem limita a liberdade religiosa, desde que não configurem discurso de ódio. Tal julgamento evidencia que o conceito de racismo está muito além de características biológicas, abarcando também a dignidade de grupos minoritários. (ARAUJO, 2019)

Diante de tais julgamentos, pode-se concluir que enquanto o Legislativo se manteve inerte ao longo de tantos anos, o Judiciário procurou cumprir com o seu papel e resguardou os princípios constitucionais da igualdade e liberdade, consagrados na Constituição Federal de 1988, procurando respeitar a dignidade de todos os seres humanos. (ARAUJO, 2019)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do inegável destaque que a Constituição Federal de 1988 teve ao longo de todos esses anos de existência, a sociedade brasileira passou por diversas transformações jamais vistas anteriormente, onde a visibilidade dos princípios tomou frente às decisões judiciais, provocando o estabelecimento de um sistema híbrido, pelo qual há uma maior discricionariedade nas decisões judiciais, mas sempre limitada a observância dos preceitos fundamentais estabelecidos na CRFB.

Em tempos tão sombrios, onde as divergências partidárias e os interesses pessoais se sobrepõem muitas vezes ao interesse coletivo, a necessidade de proteção e resguardo de direitos das mazelas esquecidas historicamente, privadas de exercerem os seus direitos simplesmente por uma inércia legislativa, houve a necessidade de um judiciário mais ativo visando a efetivação dos direitos fundamentais a todos, indistintamente.

Todavia, é possível constatar também, através da presente pesquisa, a necessidade de uma ponderação de interesses visando balizar duas situações antagônicas: De um lado a preservação dos direitos fundamentais consagrados na nossa Carta Magna e do outro o respeito e observância a princípios comezinhos da jurisdição pátria, como é o caso do princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade.

Inferese, nesse sentido, a noção de que o direito penal pode oferecer riscos para os direitos fundamentais. Algumas situações acabaram por suprimir garantias, como é o caso dos ideais de segurança pública, o desenvolvimento tecnológico e a criação de novos bens jurídicos antes regulados pelo direito civil e administrativo. Deve-se, portanto, criar uma diferenciação entre o legislado e o direito aplicado pelos magistrados, sendo que este último deve priorizar a efetivação da Carta Magna.

O julgador, deve, portanto, utiliza-se de uma postura ativista, através de uma interpretação crítica ou criativa, buscando afastar textos legais que reduzem as garantias do acusado, preservando o princípio da legalidade, mas também a teologia da Constituição Federal de 1988 e do sistema criminal, que só admite a hermenêutica se benéfica a garantia dos Direitos Fundamentais.

Portanto, conclui-se a presente pesquisa com a constatação de que a postura ativista do Judiciário brasileiro é imprescindível na contemporaneidade, desde que utilizada de forma moderada, com a exclusiva finalidade da proteção dos direitos e garantias fundamentais presentes na Carta Magna de 1988, a fim de evitar violações aos direitos mais intrínsecos do ser humano, como o direito a igualdade e liberdade entre os cidadãos.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Douglas Balbi. **Marco inicial da eficácia vinculante da decisão na ADO-26 e ampliação do conceito de racismo somente no âmbito da Lei 7.716/89**. 2019. Disponível na internet: ADO-26 e ampliação do conceito de racismo somente no âmbito da Lei 7.716/89 - Jus.com.br | Jus Navigandi.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2017. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. São Paulo: Forense, 2014.

CHAVES, Marianna. **O Julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Artigo publicado no JusBrasil.2011. Disponível na internet: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da Hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica, Fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Juspodium, 2012.

DAMASCENO, PLS. **Coleção Gilmar Mendes-Supremo Tribunal Federal-Composição e Indicação de seus Ministros-Vol 16**. Grupo GEN; 2012.

LAMUNDO, Eduardo. **Hermenêutica e Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Artigo publicado no ano de 2008. Disponível em: <Microsoft Word - Pretextual.doc (dominiopublico.gov.br)>

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva e NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **Reflexões Sobre Ativismo Judicial**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da UERJ. 2015. Disponível na internet: <reflexões sobre o ativismo judicial | nelson | rfd- revista da faculdade de direito da uerj>.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. (36ª edição): Grupo GEN; 2020.

POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila, FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **Ativismo judicial e direito penal do risco: novos desafios**. Arquivo Jurídico – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 3 – n. 1 – p. 105-115. Jan./Jun. de 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?** In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes;

SANDOVAL, Ovidio Rocha Barros. **O ativismo judicial**. 2018. Disponível em: O ativismo judicial (migalhas.com.br).

Sarlet IW, Mitidiero, DANIEL, Marinoni LG. **Curso de Direito Constitucional**. (9ª edição). Editora Saraiva; 2020.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo**. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.