

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACIG

ATIVISMO JUDICIAL NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Geisiene Diogo Mendes

MANHUAÇU
2020

GEISIENE DIOGO MENDES

ATIVISMO JUDICIAL NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Superior de Direito do Centro Universitário UNIFACIG, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional

Orientador(a): Prof^a Msc. Thaysa Kassis de Faria Alvim

MANHUAÇU
2020

GEISIENE DIOGO MENDES

ATIVISMO JUDICIAL NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho monográfico apresentado em defesa pública, avaliado e aprovado como requisito indispensável para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ciências Gerenciais de Manhuaçu- Unifacig.

Área de Concentração: Direito Constitucional

Orientadora: Thaysa Kassis de Faria Alvim

Banca Examinadora

Data de Aprovação: 08/12/2020

Membro da Banca: Milena Cirqueira temer e

Membro da Banca: Fernanda Franklin Seixas Arakaki

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa estudar o fenômeno do ativismo judicial na atuação do Supremo Tribunal Federal. O referido fenômeno trata da atuação do Supremo Tribunal Federal como forma de criar uma norma jurídica por meio de suas decisões, ou seja, uma vez que a Suprema Corte profere uma decisão, esta passa a ser aplicada pelos Tribunais inferiores como um tipo de normal. O assunto é de grande relevância para o meio jurídico, tendo em vista sua constante discussão na seara doutrinária. O trabalho estipula como principal objetivo então, analisar o fenômeno do ativismo judicial na Suprema Corte brasileira, realizando algumas análises de casos emblemáticos onde é possível verificar a presença do referido fenômeno. O trabalho se desenvolverá a partir de uma pesquisa bibliográfica, de caráter expositiva, onde serão abordados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema. É importante analisar e fiscalizar a atuação dos Poderes, especialmente quando tais atuações invadem o campo de ação de outros Poderes.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Suprema Corte; Funções típicas.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course aims to study the phenomenon of judicial activism in the performance of the Supreme Federal Court. This phenomenon deals with the performance of the Supreme Court as a way of creating a legal rule through its decisions, that is, once the Supreme Court issues a decision, it starts to be applied by the lower Courts as a type of normal. The subject is of great relevance to the legal environment, in view of its constant discussion in the doctrinal field. The work stipulates as its main objective, then, to analyze the phenomenon of judicial activism in the Brazilian Supreme Court, carrying out some analyzes of emblematic cases where it is possible to verify the presence of the referred phenomenon. The work will be developed from a bibliographic research, of an expository character, where doctrinal and jurisprudential positions on the theme will be approached. It is important to analyze and supervise the performance of the Powers, especially when such actions invade the field of action of other Powers.

Keywords: Judicial Activism; Supreme Court; Typical functions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 HISTÓRIA DO ATIVISMO JUDICIAL.....	8
2.1 O ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITUAÇÃO E ORIGEM.....	8
2.2 O ATIVISMO JUDICIAL PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA.....	10
2.3. DIFUSÃO DO PODER CONSTITUINTE.....	12
2.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	14
3 LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL.....	17
3.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	18
4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	22
5 CASOS EM QUE NÃO É POSSÍVEL IDENTIFICAR ATUAÇÃO ATIVISTA DO JUDICIÁRIO.....	25
6 CASOS FLAGRANTES DE ATIVISMO JUDICIAL.....	29
7 POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO ATIVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	33
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS.....	37

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial vem sendo discutido por grandes juristas de todo o país, representando importante marco nos estudos do Direito.

O ativismo judicial diz respeito a atuação do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de criar alguma norma jurídica através de suas sentenças. Em outras palavras, pode-se dizer que, quando a Suprema Corte profere determinada decisão, inicia-se um processo de aplicação da decisão com efeito de norma jurídica.

Esse fenômeno ocorre especialmente em situações onde a lei positivada é omissa, ou mesmo contraditória nos casos que são levados a julgamento pelos Ministros. Contudo, nem sempre o julgamento é nos estritos termos legais, podendo vir a contrariar dispositivo legal, ensejando, em contrapartida, na atuação positiva do Judiciário.

A atuação ativa do Judiciário encontra amparo e vai de encontro ao previsto pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), onde em seu artigo 2º, estabelece que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, ainda que, na prática, tal separação não exista, violando, pois, o princípio da separação de poderes.

Entretanto, ao nos depararmos com situações fáticas em que as razões legais de decidir se mostram ineficientes, omissas ou mesmo controversas, o Supremo Tribunal Federal, representante do Poder Judiciário na esfera Constitucional, utiliza-se do fenômeno conhecido como ativismo judicial para obter um julgamento mais justo e eficaz, sanando as lacunas porventura existentes na legislação aplicável ao caso concreto.

Porém, é necessário ressaltar que essa tendência de atuar de maneira mais ativa adotada pela Suprema Corte do país se apresenta como uma invasão das funções típicas do Poder Legislativo, que é legislar e criar leis, uma vez que uma sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal muitas vezes serve de parâmetro para todos os outros magistrados do país.

Certo ativismo na atividade desempenhada pelo Poder Judiciário através do Supremo Tribunal Federal pode ser justificado em razão da inércia do Poder Legislativo, tendo em vista que se apresenta de maneira ineficaz no desempenho de suas funções, e tem dificuldades em criar leis realmente efetivas em atenção aos anseios da sociedade, seja por conta do despreparo dos próprios legisladores, ou

pelo medo de se oporem a certos grupos sociais que possuam grande importância no cenário político.

É certo, de outro lado, que essa forma de atuar do Supremo Tribunal Federal atrapalha a atuação dos Poderes, tendo em vista a invasão do campo de atuação. Com isso, o presente trabalho busca responder ao seguinte questionamento: Quais os problemas trazidos por uma atuação positiva do Poder Judiciário ao ordenamento jurídico brasileiro?

Assim, a presente pesquisa tem como foco principal estudar o surgimento e a presença do fenômeno do ativismo judicial na atuação do Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que relaciona o assunto com o Princípio da Separação dos Poderes, demonstrando o impacto das decisões tomadas pela Corte Constitucional causa nas decisões proferidas na instâncias infraconstitucionais, bem como em toda a sociedade.

Como objetivos específicos, o trabalho buscará abordar o contexto histórico do ativismo judicial, além de apresentar o Princípio da Separação dos Poderes e quais são as funções típicas e atípicas de cada Poder e, por fim, demonstrará como tem sido a atuação da Suprema Corte judiciária brasileira em situações fáticas onde é possível identificar o ativismo judicial.

2. HISTÓRIA DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 O ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITUAÇÃO E ORIGEM

Podemos dizer que o ativismo judicial teve sua origem no direito estadunidense, onde apareceu pela primeira vez num emblemático caso do Judiciário dos Estados Unidos, onde a Suprema Corte Americana determinou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Nova Iorque que tratava de limitar a 60 horas semanais a carga horária de trabalho dos padeiros, ressaltando a importância do Princípio da Liberdade Individual de Contratar, e destacando que a referida Lei era limitante, arbitrária e desarrazoável.

Anderson Vichinkeski Teixeira (2012) esclarece que a decisão da Suprema Corte Americana acabou por inibir as interferências que o Estado realizava na economia, demonstrando este ser o primeiro caso onde é possível observar o fenômeno do ativismo judicial.

Contudo, a expressão ativismo judicial apareceu pela primeira vez somente no ano de 1947, num estudo realizado por Arthur Schlesinger. Esse estudo foi o primeiro a utilizar o termo ativismo judicial, onde foram expostos nomes de quatro magistrados da época que eram tidos como ativistas, e outros três que eram totalmente contrários ao ativismo judicial, entendendo que o poder Judiciário devia respeitar seus limites e se ater a atuar dentro deles, para evitar a invasão às áreas dos outros Poderes.

Anderson Vichinkeski Teixeira (2012) ainda demonstrou em um estudo em que analisou o trabalho de Arthur Schlesinger, que o ativismo judicial tinha um aspecto muito importante, que é a relação entre o Direito e a Política. Para demonstrar essa percepção, o autor (2012) esclarece que:

Um aspecto fundamental do ativismo judicial que Schlesinger detectou imediatamente foi a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade. Keenan D. Kmiec, ao comentar o artigo de Schlesinger, destaca que este já havia detectado que os judicial activists entendem como indissociáveis Direito e Política, o que impediria existir uma resposta "correta" em definitivo, pois toda decisão judicial importaria uma escolha política do julgador. Segundo essa perspectiva, o autocomedimento não passaria de um ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhoras sociais que devem nortear o julgador. (TEIXEIRA, 2012, p. 02)

Como pode se observar da exposição acima, é impossível separar o Direito e a Política, e por isso, é responsabilidade do julgador realizar uma ponderação política ao decidir sobre a demanda.

Anderson Vichinkeski Teixeira (2012) continua seu estudo sobre a obra de Arthur Schlesinger e identifica que o historiador deixou de abordar dois pontos importantes, sendo o primeiro, a respeito da expressão criada, ao dizer que o termo ativismo judicial possui um significado vago, e o outro, se refere a falta de questionamento acerca dos benefícios ou malefícios trazidos pela atuação ativista dos magistrados, e por isso, várias brechas acerca do assunto deveriam ser preenchidas por outros doutrinadores.

No que diz respeito aos benefícios ou malefícios trazidos pela atuação ativista dos Tribunais, são três posicionamentos doutrinários diferentes. A primeira corrente, favorável a uma atuação mais ativista do Poder Judiciário, tem como principal defensor Luís Roberto Barroso. Já a segunda corrente acredita que existem casos onde os magistrados devem sim atuar de maneira mais ativista, enquanto em outros casos, a atuação deve ser mais controlada. A terceira e última corrente já entende que uma atuação ativista do Poder Judiciário fere gravemente a separação dos Poderes, e são contrários a esse tipo de atuação, esse último posicionamento é bastante defendido por Lenio Streck.

No que diz respeito ao caráter impreciso da expressão ativismo judicial, a doutrina também diverge em alguns pontos, apresentando diversos conceitos para o fenômeno, mesmo que todos convirjam para um mesmo sentido. Vanice Regina Lirio do Valle (2009) traz várias definições para o termo, para demonstrar que o assunto carrega consigo um certo debate doutrinário:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas- de conceituação no Direito norte-americano, Merriam-Webster's Dictionary e Black's Law Dictionary, evidencia que, já de origem o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos. [...] a) a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar "das salas

das sessões”; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultados pré-determinados. (VALLE, 2009, p. 21)

Luis Roberto Barroso (2010) ainda demonstra que existe uma expressão contrária ao ativismo judicial, que é a “auto-contenção judicial”, que significa que o Poder Judiciário deve buscar diminuir sua interferência nas áreas de atuação dos outros poderes, limitando-se a cumprir somente suas funções determinadas pela Constituição Federal de 1988.

Anderson Vichinkeski Teixeira (2012) relata que no ordenamento jurídico brasileiro, o ativismo judicial começou a ser amplamente abordado após a Constituição Federal de 1988, onde a Carta Maior conferiu aos julgadores uma liberdade maior de atuação, além do controle de constitucionalidade que deveria ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, numa evidente atuação mais ativa do Poder Judiciário.

Esse tipo de atuação está em destaque em nosso ordenamento jurídico, especialmente por conta da queda na credibilidade que a política vem enfrentando, muitas pessoas acabam depositando suas esperanças no Poder Judiciário para a solução dos problemas do país, fazendo uma espécie de judicialização da política.

De acordo com Roberto Basillone Leite (2011), esse fenômeno pode ser visto como um “[...] processo social por meio do qual o próprio poder constituinte ou parlamentar amplia a área de atuação dos Tribunais, juridicizando setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos à ação judicial”. (LEITE, 2011, p. 179)

2.2. O ATIVISMO JUDICIAL PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA

A doutrina traz uma espécie de categorização para a conduta dos juízes dentro do fenômeno do ativismo judicial, onde é possível identificar duas categorias diferentes, a procedimentalista e a substancialista.

No que diz respeito à teoria procedimentalista, ela defende que a atuação do Judiciário não invada a seara política, defendendo que a Constituição Federal de 1988 não traz nenhum tipo de derivação valorativa, ou seja, não carrega um conteúdo ideológico. André Ramos Tavares (1998) entende que,

De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui

qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes. (TAVARES, 1998, p. 338)

Essa teoria entende que as decisões judiciais devem ter como principal fundamento a moral e os princípios, o que pode se apresentar como uma forma de criticar o sistema positivista puro. Assim, se o magistrado julgar ultrapassando os limites impostos pela legislação, pelo texto legal ou pela letra de lei, este estará desempenhando uma função de legislação, e não mais de julgador.

De acordo com Kátia Kozicki e Estefânia Maria de Queiroz Barbosa (2008), não é responsabilidade do Poder Judiciário realizar uma interpretação dicotômica da lei, garantindo às normas expressas uma interpretação diferente da que foi imaginada pelo legislador ao elaborar a lei, tendo em vista que cada Poder – Legislativo, Judiciário e Executivo – tem suas próprias funções dentro de um Estado Democrático de Direito, e as funções políticas e legislativas cabem aos Poderes com membros eleitos democraticamente pelo povo, como o Poder Legislativo e Executivo.

Kátia Kozicki e Estefânia Maria de Queiroz Barbosa (2008) destacam que,

Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. (KOZICKI; BARBOSA, 2008, p. 17)

De acordo com John Hart Ely (2010), os magistrados não devem utilizar-se de valores substancialistas para fundamentarem suas decisões, devendo estes se limitarem a aplicação do Direito. Além da interferência no direito processual, o Poder Judiciário deve buscar somente as correções no que diz respeito ao processo democrático.

Já no que diz respeito à teoria substancialista, acredita que o Poder Judiciário possui sim a liberdade de criar o Direito através de suas decisões. Thellen Aparecida Balestrin e Paulo Junior Trindade dos Santos (2011) entendem que

[...] o Poder Judiciário por meio de suas decisões possa criar direito, ou seja, usando-se de uma interpretação construtiva (Dworkin), havendo assim de se analisar que tanto o processo legislativo, quanto ao judiciário detém natureza substancial, onde ambos são legitimados para com a atividade construtivo-criadora de direito, onde a criação de direito por parte do judiciário nasce de suas decisões. (BALESTRIN; SANTOS, 2011, p. 476)

Essa teoria entende que o Poder Judiciário é tão competente para criar normas quanto o Poder Legislativo.

Thellen Aparecida Balestrin e Paulo Junior Trindade dos Santos (2011) defendem que a criação de normas pelo Poder Judiciário acontece através da jurisprudência, súmulas e precedentes, que possui uma grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre os precedentes, Hans Kelsen (2000) entende que

A função criadora de Direito dos Tribunais é especificamente manifestada quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os tribunais estão autorizados não apenas em aplicar Direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também a criar Direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo. (KELSEN, 2000, p. 216)

Assim, verifica-se pela possibilidade de o Poder Judiciário invadir o campo de atuação do Poder Legislativo e também pelo envolvimento do Direito com a política, diferente do posicionamento defendido pela teoria procedimentalista.

2.3. DIFUSÃO DO PODER CONSTITUINTE

A expressão Poder Constituinte pode ser compreendida como a capacidade de elaborar ou editar a Constituição Federal, por meio de eliminação ou alteração de normas ou termos, e até mesmo acrescentando artigos.

Esse poder pertence ao povo, como determina o próprio artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988: “Art. 1º. [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL, 1988). Contudo, diferente da ideia de ser titular do direito, é a capacidade de exercê-lo, que na verdade, é pertencente aos indivíduos eleitos democraticamente pelo próprio povo, para representa-lo, compondo o Poder Legislativo.

O Poder Constituinte é dividido em categorias, sendo que delas, duas são de grande importância para o presente trabalho, sendo elas o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado.

No que diz respeito ao Poder Constituinte Originário, este é caracterizado especialmente pela responsabilidade de estabelecer uma nova Constituição, ou seja, é responsável pela criação de uma nova Constituição Federal. Essa forma do Poder Constituinte pode ser observada quando a própria sociedade evolui de tal maneira que torna necessária uma nova Constituição, tendo em vista as alterações de valores, garantias, perspectivas políticas e outras mudanças.

Já no que tange ao Poder Constituinte Derivado, este deve respeitar as normas impostas pelo Poder Constituinte Originário, tendo em vista que essa forma apenas traz mudanças pontuais no texto da Constituição, com a função de adequá-la às pequenas mudanças na sociedade ou visão jurídico-política.

Entretanto, mesmo que essas categorias demonstradas acima sejam as mais importantes, o ativismo judicial trouxe consigo a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer essa função de alterar a Constituição Federal.

Antes de seguir com o desenvolvimento do presente tópico, é importante ressaltar que existe uma diferença entre reformas constitucionais e alterações constitucionais, pois só assim é possível identificar a possibilidade de o STF exercer a função de Poder Constituinte.

As reformas constitucionais dizem respeito às mudanças textuais, ou seja, no próprio texto da Constituição, enquanto que as alterações na verdade possuem um caráter interpretativo, em outras palavras, é a mudança na forma de interpretar o texto da Constituição, sem modifica-lo, o que pode ensejar na criação de uma nova abordagem interpretativa sobre determinado assunto.

Dessa forma, depois dessa distinção entre os termos reformas constitucionais e alterações constitucionais, percebe-se claramente a capacidade de o Supremo Tribunal Federal exercer sua o Poder Constituinte, tendo em vista que este pode modificar a forma com que a Constituição Federal é interpretada. Nesse sentido, a Suprema Corte é tida como Poder Constituinte Difuso, se caracterizando exatamente por trazer alterações interpretativas ao texto constitucional.

Com isso, verificamos que o Poder Constituinte Derivado realiza mudanças textuais na Constituição, por meio de emendas, ou seja, alterações expressas, enquanto o Poder Constituinte Difuso é caracterizado por mudanças interpretativas, na forma com que se interpreta as determinações expressas em nossa Constituição, para se adequar às novas realidades sociais, políticas e econômicas do país.

Atualmente, o ativismo judicial se apresente num estágio evolutivo que não

era possível de ser imaginado anteriormente, garantindo ao Poder Judiciário diversos direitos mesmo que o Princípio da Separação dos Poderes estabeleça limites de atuação bastante específicos, e determine que as mudanças legislativas devam ser feitas pelo Poder Legislativo.

2.4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Inicialmente é importante abordar o conceito de controle de constitucionalidade, que de acordo com Luís Roberto Barroso e Marcelo Alexandrino (2008),

O controle de constitucionalidade caracteriza-se, em princípio, como um mecanismo de correção presente em determinado ordenamento jurídico, consistindo em um sistema de verificação da conformidade de um ato (lei, decreto etc.) em relação à Constituição. Não se admite que um ato hierarquicamente inferior à Constituição confronte suas premissas, caso em que não haveria harmonia das próprias normas, gerando insegurança jurídica para os destinatários do sistema jurídico. (BARROSO; ALEXANDRINO, 2008, p. 83)

A Constituição Federal de 1988 é bastante inflexível, e dessa forma, qualquer modificação que se deseja fazer no texto constitucional deve ser realizada com bastante cautela, respeitando todo o procedimento determinado e expresso pelo próprio texto constitucional.

Contudo, vale destacar que o Brasil é adepto do Princípio da Supremacia da Constituição, em outras palavras, é dizer que a Constituição Federal é dotada de um grupo de normas a que se submetem todos os indivíduos e Poderes. Por conta desse princípio, todas as leis infraconstitucionais devem estar de acordo com as determinações presentes na Constituição, sob pena de ser considerada como inconstitucional.

Com isso, não tem muita utilidade um procedimento tão cheio de normas e princípios como o necessário para fazer alguma mudança no texto constitucional se não existir um órgão competente pela fiscalização do cumprimento de tal procedimento. E dessa forma, a própria Constituição estabelece a competência de fiscalização do rito.

Em outras palavras, para abordar o controle de constitucionalidade, é muito importante que a Constituição seja mesmo inflexível e apresente maneiras de fiscalizar as leis infraconstitucionais.

Além disso, é importante abordar aqui também o conceito de inconstitucionalidade, que pode ser vista, grosseiramente, como uma conduta omissiva ou comissiva contrária as normas presentes na Constituição Federal.

É certo que a análise deste conceito carece de um maior estudo, especialmente por conta de existirem várias formas de inconstitucionalidade.

De acordo com Gabriel Castro,

1) Inconstitucionalidade por ação x por omissão: A primeira dessas duas formas de inconstitucionalidade se apresenta por meio de uma conduta positiva do Poder Público. Ocorre com a edição de uma lei ou resolução, por exemplo, que afrontem a sistemática constitucional. A segunda advém, por seu turno, de uma abstenção. O Poder Público, no momento em que deveria agir, silencia. Ocorre em face das normas de eficácia limitada, ou seja, aquelas cuja força normativa depende da edição de ato infraconstitucional. Para sanar tal inconstitucionalidade há a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

2) Inconstitucionalidade material x formal: A material se apresenta quando a violação é ao conteúdo da Constituição. Uma norma que, por exemplo, permitisse a exploração do trabalho em condições próximas à degradante seria materialmente inconstitucional por afronta ao conteúdo de um dos fundamentos da República, qual seja o valor social do trabalho. Tal inconstitucionalidade persistiria mesmo que a norma seguisse todas as etapas formais do processo legislativo. Já a inconstitucionalidade formal se configura quando algum dos requisitos procedimentais da elaboração normativa é desrespeitado, seja a competência para disciplinar a matéria, seja um quórum específico ou mesmo um pressuposto objetivo para editar o ato normativo. Um exemplo é o pressuposto de relevância e urgência da Medida Provisória, constantemente desrespeitado hodiernamente.

3) Inconstitucionalidade total x parcial: Neste caso, a classificação é quase auto-explicativa. A total atinge a integralidade da norma, enquanto a parcial atinge um trecho, um artigo ou, até mesmo, uma expressão ou palavra mal colocada, eivando a norma de vício constitucional (CASTRO, 2017).

A constituição federal de 1988 estabelece as atribuições de cada Poder, onde o Judiciário fica responsável por determinar a inconstitucionalidade das leis, caracterizando uma espécie de sistema jurisdicional de controle.

Entretanto, a Carta Magna prevê duas maneiras de controle de constitucionalidade, o controle difuso, e o controle abstrato ou concentrado. Isso significa que todos os órgãos possuem capacidade de identificar a inconstitucionalidade de certas normas, entretanto, em casos específicos, somente o

Supremo Tribunal Federal poderá estabelecer tal inconstitucionalidade.

Além disso, o controle de constitucionalidade pode ser ainda preventivo, que ocorre antes da criação da norma inconstitucional, evitando o surgimento de leis que vão contra a Constituição.

3. LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo por si só já é bastante criticado ao ser utilizado, tendo em vista que pode se referir a condutas impulsivas e precipitadas, indo contra o Princípio da Inércia da Jurisdição, que estabelece que o processo deve ser iniciado pela parte, e somente após esse início, é que o Judiciário pode agir, respeitando as determinações legais.

Através do princípio referido acima, é imprescindível que o magistrado seja imparcial, tendo em vista que o próprio início do processo fica sob responsabilidade das partes.

Alexandre Sturion de Paula esclarece que:

Não bastasse a crítica no que atine a acepção, o ativismo também é definido negativamente por parcela doutrinária que o concebe como sendo uma forma atípica e desenfreada de criação de normas pelos membros do Judiciário, usurpando a função legítima conferida pela Carta Magna ao Legislativo e muitas vezes influenciando em competências próprias do Executivo. (PAULA, 2012, p. 147)

O ativismo judicial não quer dizer que o juiz está auxiliando o direito ou o cumprimento das normas, pelo contrário, pode trazer grande insegurança jurídica, ao utilizar-se em seus julgamentos, determinações gerais ao caso concreto, legislando onde existem lacunas na lei.

Ou seja, com essa insegurança jurídica, é difícil prever e compreender como se dará a atuação do juiz ao analisar o caso fático, sendo possível até mesmo que o magistrado, ao proferir sua sentença, se afaste das normas expressas.

Dessa forma, atuando na área do Poder Legislativo, o Judiciário apresenta uma característica ruim do ativismo, de acordo com o lecionado por Leonardo Alves de Oliveira:

Na democracia os Poderes se controlam mutuamente, sendo indesejável que haja um Poder mais hegemônico que outro. Em verdade, todavia, se deve ter em mente é que o ativismo é uma atuação proativa e expansiva do Judiciário com vistas à salvaguarda da Constituição e efetivação dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA, 2017, p. 73)

O Poder Legislativo não tem capacidade de agir e atender a todas as solicitações da sociedade em tempo hábil, contudo, isso não pode ser justificativa para que o Poder Judiciário se adiante e comece a estabelecer normas por meio de

uma atuação ativista, especialmente porque para o regime democrático, é importante que as competências de cada Poder sejam respeitadas.

Vale destacar então que o ativismo não pode permitir que o Judiciário cresça de maneira ilimitada, se sobrepondo aos outros Poderes.

Além disso, é dever do Judiciário se limitar a atuar dentro dos limites da razoabilidade e sempre obedecendo as determinações da Constituição Federal de 1988.

3.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A carta Magna de 1988 traz, em seu artigo 2º, o Princípio da separação dos poderes: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988)

Mesmo havendo essa separação, a Constituição ainda determina que um Poder exerça a função que seria atribuída a outro Poder, através da divisão entre tarefas típicas e atípicas de cada Poder.

Com isso, através dessa separação um tanto ajustável, é onde se verifica uma falha na estrutura desses poderes, tendo em vista que é possível identificar o Poder Judiciário legislando, o Poder Executivo julgando e o Poder Legislativo desempenhando funções administrativas.

Contudo, é importante que haja, de fato, uma certa maleabilidade nas funções dos Poderes, para que o Estado continue funcionando de maneira certa.

Além disso, existe um sistema de freios e contrapesos que possuem a função de equilibrar os poderes entre si, evitando abusos por parte de um determinado poder.

Assim estabelece o artigo 66, § 4º da Constituição Federal:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

[...]

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (BRASIL, 1988)

Da inteligência do artigo acima transcrito verifica-se que o Poder Legislativo pode rejeitar o veto do Chefe do Executivo a determinado projeto de lei.

Outro artigo bastante importante é o artigo 102, inciso I, alínea a, da Carta Magna de 1988:

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]* (BRASIL, 1988)

Verifica-se da leitura do artigo supracitado que o Poder Judiciário pode determinar que uma norma ou ato normativo é inconstitucional.

Destaca-se, contudo, que a própria doutrina não apoia o uso da expressão separação de poderes, tendo em vista que o Estado deve ser uno e, portanto, indivisível.

Assim elucidam Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino: “ao que tradicionalmente se denomina ‘separação de poderes’ representa, na realidade, a distribuição de certas funções a diferentes órgãos do Estado, ou seja, ‘a divisão de funções estatais’”. (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 388).

Então o poder é indivisível, e cabe à União exclusivamente, que delega aos Poderes determinadas funções, utilizando-se de um método de freios e contrapesos para garantir o correto funcionamento do sistema.

Neste sentido, será abordado agora as funções típicas e atípicas do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo.

No que diz respeito ao Poder Executivo, sua função típica é desempenhar as funções de chefia do Estado, por meio de práticas administrativas. Em tais práticas incluem-se a edição e execução de políticas públicas, no âmbito federal, estadual ou municipal. Este é o Poder que é o responsável por representar o Estado.

Além disso, exerce como função atípica ações de caráter legislativo e jurisdicional.

No que diz respeito à sua função legislativa, assim estabelece o artigo 62 da Constituição Federal de 1988: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, o chefe do executivo – Presidente da República – pode efetivar medidas provisórias, que possuem força de lei, em situações específicas.

Enquanto sua função de caráter jurisdicional está relacionada à sua

capacidade de julgar recursos administrativos.

A respeito do Poder Legislativo, este tem como função típica elaborar, votar, aprovar ou rejeitar as leis do país. É também o Poder responsável por fiscalizar a contabilidade do país, analisando os orçamentos para a execução das ações por parte do Poder Executivo.

Suas funções atípicas estão relacionadas a funções executivas e jurisdicionais.

Tratando-se de suas funções de caráter executivo, o Poder Legislativo as executa por meio de sua própria organização, concedendo cargos, férias, licenças etc.

E no que diz respeito à sua função jurisdicional, assim esclarece o artigo 52, inciso I, da Constituição Federal de 1988:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; [...]. (BRASIL, 1988)

Já o Poder Judiciário é tem como típica, realizar julgamentos e exercer a função jurisdicional do Estado, aplicando as leis elaboradas pelo Poder Legislativo nos casos concretos, visando solucionar os conflitos que são levados à sua análise pelas partes.

Além disso, o Poder Judiciário executa ainda funções atípicas de caráter legislativo e executivo.

No que diz respeito à sua função atípica de caráter executivo, deve-se observar o que é determinado pelo artigo 92, inciso I, alínea f, da Constituição Federal de 1988: “Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: [...] f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados; [...]”. (BRASIL, 1988).

Assim, se auto administra concedendo licenças e férias aos servidores e magistrados.

Além disso, executa sua função de caráter legislativo conforme o artigo 96, inciso I, da Constituição Federal, que determina:

Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais

das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; [...]". (BRASIL, 1988)

Ou seja, sua função legislativa diz respeito à elaboração de seu regimento interno, e de seus tribunais.

4. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal representa a instância máxima do Poder Judiciário do país, sendo o responsável por interpretar e aplicar a Constituição Federal nos mais variados casos que lhes são apresentados. Neste sentido, toda vez que a Suprema Corte profere alguma decisão em virtude do controle concentrado de constitucionalidade, todo o ordenamento jurídico brasileiro é impactado.

Neste sentido explica Karla Vieira Alves Gama:

É de grande importância estudar se o Supremo Tribunal Federal faz uso do ativismo judicial ao proferir suas decisões. E para que seja possível tal estudo, é necessário que sejam analisadas as posições adotadas por alguns Ministros de seu plenário em seus julgados. (GAMA, 2019, p. 22)

Verifica-se então que o Supremo Tribunal Federal não é totalmente ativista, porém, a Corte tem consciência que uma atuação mais ativa acaba por garantir a aplicação das normas presentes na Constituição Federal, especialmente por conta da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo.

A Constituição Federal foi responsável por adotar o Estado Democrático de Direito no Brasil, onde suas normas são profundas e pormenorizadas. Destaca-se que na época de sua edição, o país era tomado por um sentimento de liberdade por conta do contexto histórico e político do país. Com isso, o texto da Constituição Federal foi elaborado com o intuito de proteger o povo e a democracia, o que acarretou numa espécie de judicialização da política.

Assim ensina Karla Vieira Alves Gama:

Entretanto, como consta na Constituição Federal, é dever do Supremo Tribunal Federal zelar por esses temas, efetivando-os. Uma Constituição que não funciona, não opera, não deve ser tratada como uma Constituição cuidada. E para que isso não aconteça, o Supremo Tribunal Federal tende a preencher as lacunas que foram deixadas pelo constituinte e cuida da Constituição Federal, fazendo com que ela seja cada vez mais efetiva. (GAMA, 2019, p. 22)

Entretanto, a situação é diferente quando se trata de direitos e princípios individuais já previstos pela Constituição, mas que para serem efetivados precisando ainda da elaboração de determinadas políticas públicas.

Dessa maneira, quando o Poder Executivo ou Legislativo se faz omissos, o Supremo Tribunal Federal, se provocado, tende a efetivar esses direitos de alguma

maneira, mesmo que para isso, tenha que atuar de maneira ativa, invadindo a área de atuação de outros Poderes.

É certo que o Supremo Tribunal Federal é independente, e deve garantir a efetivação dos direitos e princípios presentes na Constituição Federal, mesmo que para isso, tenha que fazer uso do ativismo judicial.

Karla Vieira Alves Gama esclarece que:

Entende-se que o ativismo judicial aparece como justificativa para que a Constituição Federal tenha eficiência. E em temas políticos tutelados pela Carta Magna, é importante que o Supremo Tribunal Federal se manifesta observando as determinações constitucionais. (GAMA, 2019, p. 23)

Verifica-se então que o Supremo Tribunal Federal utiliza-se do ativismo judicial com o objetivo de garantir mais eficácia às normas constitucionais.

Percebe-se que a Suprema Corte vem adotando então uma postura com o objetivo de garantir a eficácia das normas constitucionais, o que nem sempre é possível em virtude da omissão dos outros poderes, cabendo ao STF realizar essa atuação.

Luís Roberto Barroso esclarece ainda que:

O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da Sociedade com as instituições judiciais. É certo que os métodos de atuação e argumentação empregados por juízes e tribunais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político. (BARROSO, 2010, p. 83)

Com isso, é possível dizer que o Poder Judiciário não atua analisando somente a letra fria da lei, mas também utiliza-se sempre que necessário, de interpretações extensivas do texto normativo, sempre com o intuito de garantir a eficiência do texto constitucional, e preencher as lacunas existentes em nosso ordenamento jurídico, pautando-se pelos direitos, garantias e princípios previstos pela Constituição Federal.

Assim, é possível identificar o teor ativista de várias decisões proferidas pela

Suprema Corte do país, sempre visando garantir à população todos os direitos aos quais lhes são assegurados pela Constituição Federal.

5 CASOS EM QUE NÃO É POSSÍVEL IDENTIFICAR ATUAÇÃO ATIVISTA DO JUDICIÁRIO

É importante ressaltar que, muitas das vezes, a atuação do Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, pode ir contra alguma determinação infraconstitucional, sem que haja, contudo, a caracterização de uma atuação mais ativista.

De acordo com Karla Vieira Alves Gama,

O que acontece nessas situações é que o Poder Judiciário percebe que a lei não é suficiente para tratar determinados casos concretos, ou possui alguma determinação que dificulta sua aplicação. Ressalta-se que essa produção de normas legais acontece em questões secundárias, na maioria das vezes processuais e procedimentos, tendo em vista a vasta experiência do Poder Judiciário dos fatos ligados ao processo. (GAMA, 2019, p. 26)

A própria Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, determina em seu artigo 6º, § 4º, um prazo de cento e oitenta dias para a suspensão das ações e execuções contra a empresa que está buscando a recuperação. A referida lei estabelece que o prazo seja contado a partir do deferimento do processo de recuperação judicial, e declara ainda seu caráter improrrogável:

Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. [...]

§ 4º. Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial. (BRASIL, 2005)

Entretanto, mesmo diante do determinado pela lei, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é em sentido diferente, conforme se observa a partir do julgado:

FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. AJUIZAMENTO. ANTERIOR. LEI “11.101/05. SUSPENSÃO. PRAZO. 180 (CENTO E OITENTA) DIAS. PLANO. APROVAÇÃO. IMPROVIMENTO. I- Salvo exceções legais, o deferimento do pedido de recuperação judicial suspende as execuções individuais, ainda que manejadas anteriormente ao advento da Lei 11.101/05. II- Em homenagem ao princípio da continuidade da sociedade empresarial, o simples decurso do prazo

de 180 (cento e oitenta) dias entre o deferimento e a aprovação do plano de recuperação judicial não enseja retomada das execuções individuais quando à pessoa jurídica, ou seus sócios e administradores, não se atribui causa da demora. Recurso Especial improvido. (BRASILIA, 2010)

O Enunciado nº 42, da Jornada de Direito Comercial ainda prevê o contrário do que está estabelecido pela lei acima citada: “42. O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”. (BRASILIA, 2012)

Nas palavras de Karla Vieira Alves Gama:

Este entendimento é mais flexível e coerente do que o intransigente texto legal constante do artigo 6º, § 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal, ficando claro esse entendimento se considerar o sobrecarregado judiciário brasileiro, que traz morosidade aos julgamentos.

O objetivo do Poder Judiciário ao proferir tal entendimento jurisprudencial antagônico ao texto legal é trazer mais efetividade à Lei nº 11.101 de 2005, pois na maioria das situações, não é plausível que a sociedade empresária aprove um plano de recuperação judicial dentre desse prazo por questões que estão fora de sua alçada. (GAMA, 2019, p. 28)

Acerca da mesma Lei, importante analisar o artigo 52, inciso II, para observar uma nova situação:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: [...]

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei. (BRASIL, 2005)

Mesmo com a determinação legal, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é divergente da letra da lei:

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. Hipótese em que o Tribunal local decidiu que no caso dos autos a empresa em Recuperação Judicial estava dispensada de apresentar certidões negativas, inclusive para contratação com Poder Público. 2. O STJ vem entendendo ser inexigível, pelo menos por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade (já dispensado pela norma), seja para contratar ou

continuar executando contrato com o Poder Público. Nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizarem procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase. Nesse sentido: REsp 1.173.735/RN, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 9.5.2014; AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19.12.2014. 3. Registro que o novo regime trazido pela Lei 13.043/2014, que instituiu o parcelamento específico para débitos de empresas em recuperação judicial, não foi analisado no acórdão a quo, uma vez que foi proferido em data anterior à vigência do mencionado normativo legal. 4. Agravo Regimental não provido. (BRASILIA, 2006)

Verifica-se então que o objetivo do posicionamento divergente da determinação legal é defender a recuperação da empresa, por meio do não reconhecimento de um inciso, tendo em vista que, se uma empresa depender de contratos com o poder público para garantir sua saúde financeira, o determinado pela lei poderia lhe trazer problemas em sua recuperação.

Karla Vieira Alves Gama entende que:

O que se percebe dessas situações fáticas é que é possível que o Poder Judiciário, ao exercer sua atividade, anule a aplicação de determinados dispositivos de lei específicos, sempre com a intenção de proteger direitos, institutos e relações jurídicas maiores, sem que tal atitude possa ser caracterizada como ativismo judicial, tendo em vista que não são situações de grande embate social, onde podem existir grandes repercussões para o Poder Legislativo. (GAMA, 2019, p. 28)

Não há nenhum clamor social, ou algo do tipo no que tange ao prazo que o Poder Judiciário concede à uma empresa para a aprovação do seu plano de recuperação judicial.

Contudo, destaca-se que atuações desse tipo, contrárias as determinações legais, não é o caminho correto a se seguir pelas decisões jurisprudenciais, tendo em vista que isso pode acabar por gerar grande insegurança jurídica, ao mesmo tempo que faz com que o Poder Legislativo se omita em regulamentar assuntos polêmicos, uma vez que o deixará a cargo o Judiciário posicionar-se.

Ou seja, é sempre importante que os Poderes tenham ciência da importância de sua atuação para o bom funcionamento do Estado, e dessa forma, cumpra com suas funções típicas sem nenhum tipo de omissão.

Os casos abordados no presente tópico são situações em que, mesmo com decisões contrárias às determinações legais, não é possível identificar uma atuação ativista do Poder Judiciário.

No próximo capítulo, serão abordadas situações em que é possível identificar claramente um posicionamento ativista do Judiciário através de suas decisões.

6 CASOS FLAGRANTES DE ATIVISMO JUDICIAL

Por conta do ativismo judicial, é possível que o Poder Judiciário profira decisões contrárias às determinações legais expressas, sem que fique caracterizado o ativismo judicial.

Contudo, existem situações onde claramente é possível identificar uma atuação ativista do Judiciário, conforme se observa no presente capítulo.

Nas palavras de Karla Vieira Alves Gama,

Um exemplo dessa situação é o caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, onde o Supremo Tribunal Federal permitiu o aborto de fetos anencéfalos, tendo considerado que esta atitude não se encaixaria nos tipos penais elencados nos artigos 125 e 126 do Código Penal brasileiro, mesmo que o artigo 128 do mesmo diploma legal não autorize esta conduta, permitindo o aborto somente nos casos em que há risco de vida para a gestante ou quando a gravidez é fruto de estupro e mesmo assim, há a necessidade da autorização da gestante ou se incapaz, de seu representante legal. (GAMA, 2019, p. 29)

Acerca da decisão proferida na ação relatada acima, é possível identificar que a discussão do assunto tem essência política, tendo em vista que muitas das alegações invocadas pelas partes diziam respeito a atuação do Poder Legislativo. Entretanto, através do julgamento pelo STF, foi criada uma espécie de norma jurídica abstrata, que excluiu a ilicitude da conduta ali discutida.

É importante então analisar o voto do Ministro Lewandowski, que foi contrário à procedência da ação:

Cumpra sublinhar que essa propositura, a qual busca estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos seja isento de punição – tarefa, seja-me permitido insistir, totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional -, continua sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional. (BRASILIA, 2012)

O julgador deixou claro que a discussão pautava-se especialmente por perspectivas políticas, e devia ocorrer no campo de atuação do Poder Legislativo, pois é o Poder competente para tal. Neste sentido, destaca-se o Projeto de Lei nº 4.403, de 2004, que tinha por objetivo extinguir a pena do indivíduo que praticasse aborto terapêutico nos casos em que era constatada algum tipo de anomalia do feto, desde que tal anomalia impedisse a vida extra uterina, incluindo-se aí a anencefalia.

Karla Vieira Alves Gama, a respeito do julgado acima apresentado, destaca que:

O ministro fora voto vencido, e a ação foi julgada como procedente, tendo como fundamento para tal fontes materiais do direito, principalmente, tendo prevalecido argumentos humanitários, sociológicos, filosóficos e também biológicos. Essa percepção deu-se através do voto do Ministro Marco Aurélio, que foi no sentido de se manter o Estado laico, expôs ainda conceitos e compreensões do que seria anencefalia bem como diversos princípios do direito, como a liberdade, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, utilizando-os de maneira abstrata. Dessa forma a Suprema Corte atuou no sentido de criar uma norma jurídica. (GAMA, 2019, p. 30)

Assim, percebe-se que o Poder Judiciário discutiu um assunto que deveria ser matéria de discussão legislativa, tendo em vista o grande impacto que alguma decisão no tema debatido causaria em toda a sociedade.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é de fato o guardião da Constituição Federal, e deve fazer valer sua aplicação ao proferir suas sentenças, entretanto, é preciso protegê-la de seus próprios defensores em algum momento?

Nesse sentido, Fernando Facury Scaff destaca:

O grande risco de qualquer desses sistemas ocorre quando o guardião muda de posição e se compreende como dono da Constituição. Aqui reside o perigo. Aos guardiões é incumbida uma função, qual seja, a de guardar algo em proveito de outrem. Isto é, o exercício de uma função. Os servidores públicos incumbidos de guardar a Constituição a devem guardar em proveito da sociedade que lhes atribuiu essa função pública, e não se tornar donos dela. Ninguém deu aos guardiões a propriedade da Constituição, apenas sua guarda. [...] Se as normas constitucionais não estão mais adequadas, vamos mudá-las. O Direito e a Constituição não são produtos hauridos do céu ou construídos por sábios trancados em torres empoeiradas. É algo vivo. Se é necessário mudar, mudemos — ouvindo o povo, no qual reside a soberania (artigo 1º, I, CF), e não por meio de uma interpretação constitucional composta de seis dentre 11 pessoas, cuja função é guardar a Constituição, e não alterá-la. Eles não nos representam para isso. [...] É comum se dizer que o STF tem a última palavra sobre o Direito e a Constituição. Não concordo. O STF tem a última palavra no processo, nos autos, mas não se pode estudar o Direito e a Constituição apenas pela jurisprudência. Fosse assim, deveriam ser rasgados todos os livros doutrinários e fechadas as faculdades de Direito; passaríamos todos a estudar nas escolas de magistratura. (SCAFF, 2016)

Ainda de acordo com Karla Vieira Alves Gama:

Outro caso emblemático diz respeito à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 461. Nesta situação, o Ministro Luís

Roberto Barroso declarou inconstitucional, liminarmente, a lei que institui o plano municipal da educação, que proibiu a ideologia de gênero nas escolas. (GAMA, 2019, p. 30)

Luís Barroso, como elucidado, entendeu que o município não possui competência para determinar as bases e diretrizes da educação, fundamentando-se no artigo 22 inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, a decisão do ministro ocorreu dentro dos limites político-pedagógico, conforme se observa de um trecho de seu voto:

Para que se compreenda adequadamente o objeto da controvérsia, é importante esclarecer o significado das expressões "sexo", "gênero" e "orientação sexual", as duas últimas proscritas pelo dispositivo legal que é objeto desta ação. Como já tive a oportunidade de esclarecer, a palavra sexo, de modo geral, é utilizada para referir-se à distinção entre homens e mulheres com base em características orgânico-biológicas, baseadas em cromossomos, genitais e órgãos reprodutivos. Gênero designa o autoconceito que o indivíduo faz de si mesmo como masculino ou feminino. E orientação sexual refere-se à atração afetiva e emocional de um indivíduo por determinado gênero. 5. As pessoas cisgênero são aquelas que se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo e que se encontram nas fronteiras convencionais culturalmente construídas sobre o tema. As pessoas transgênero são aquelas que não se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo biológico, incluindo-se entre as últimas os transexuais, indivíduos que se reconhecem no gênero oposto a seu sexo biológico. Quanto à orientação sexual, são heterossexuais os que se atraem afetiva e sexualmente pelo gênero oposto; homossexuais, os que se atraem pelo mesmo gênero; bissexuais, os que se atraem por ambos os sexos etc. 6. Vedar a adoção de políticas de ensino que tratem de gênero, de orientação sexual ou que utilizem tais expressões significa impedir que as escolas abordem essa temática, que esclareçam tais diferenças e que orientem seus alunos a respeito do assunto, ainda que a diversidade de identidades de gênero e de orientação sexual seja um fato da vida, um dado presente na sociedade que integram e com o qual terão, portanto, de lidar. 7. Esclarecidos tais pontos, o exame do caso impõe que se examinem as seguintes questões: 1. Os municípios detêm competência para legislar sobre políticas de ensino com o alcance aqui examinado? 2. É possível suprimir conteúdos sobre gênero e orientação sexual da educação escolar, à luz dos mandamentos constitucionais que tratam do direito à educação? 3. Tal supressão é compatível com o direito à igualdade e com a doutrina da proteção integral, aplicável a crianças, jovens e adolescentes? (BRASILIA. 2017)

Fica claro então que a decisão é pautada no posicionamento político-pedagógico do Ministro, que é contrário ao posicionamento da Câmara Municipal de Paranaguá, no Estado do Paraná.

Isso acontece porque os dispositivos normativos utilizados para fundamentar

a decisão não trazem a proibição de maneira objetiva da elaboração de um plano de ensino municipal.

Em contrapartida, alguns dispositivos poderiam ser utilizados com o objetivo de garantir a legalidade da lei municipal, como por exemplo, o artigo 211, *caput* e seu § 2º, da Constituição Federal de 1988: “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. [...] § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. (BRASIL, 1988)

Além disso, o artigo 214 da Constituição Federal trazido pelo julgador não veda a ideologia de gênero nas escolas públicas, e a decisão não aborda o plano nacional da educação com o objetivo de demonstrar sua contrariedade ao plano elaborado pelo município.

7 POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO ATIVISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Constatando-se a presença do ativismo judicial nas decisões da Suprema Corte, é importante fazer um breve estudo acerca dos limites e possibilidades dessa atuação mais ativa do Poder Judiciário.

De acordo com Karla Vieira Alves Gama, “O controle de constitucionalidade dos atos normativos se refere a ferramentas criadas pela Constituição Federal que possuem o objetivo de defender sua supremacia”. (GAMA, 2019, p. 32)

O Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável por exercer o controle de constitucionalidade, e assim pode invalidar atos do Poder Legislativo, ao determinar que tais normas (regulamentadas pelo Legislativo) não estão de em comunhão com a determinação da Constituição Federal, realizando uma espécie de trabalho de legislador negativo.

Nas palavras de Karla Vieira Alves Gama:

Contudo, a tendência ao ativismo judicial desse órgão judiciário se faz mais presente onde existe uma omissão da lei. É nessa situação que, conforme verificado no presente trabalho através de jurisprudências da Suprema Corte, que o controle de constitucionalidade pode aparecer de maneira mais clara, demonstrando uma certa intromissão do Poder Judiciário na área de atuação do Poder Legislativo, sendo possível que aquele atue como um real legislador, o que não faz parte de sua função típica. (GAMA, 2019, p. 32)

Destaca-se que não é simples definir limites e possibilidades para que a Suprema Corte atue de maneira ativa, e por isso, não é possível aqui esgotar o assunto.

No que diz respeito a essa dificuldade, Elival da Silva Ramos ensina que: “Existe uma linha tênue entre a ousadia e criatividade no exercício da jurisdição constitucional, indispensáveis à rápida adaptação do sistema jurídico, diante de novas necessidades sociais, e o insidioso descaminho do ativismo judicial”. (RAMOS, 2010, p. 313)

Analisando as decisões proferidas pela Suprema Corte, observa-se que o ativismo judicial possui características negativas. Ao atuar de maneira ativa, o Poder Judiciário acaba por beneficiar determinadas situações, ao passo em prejudica outras.

Segundo o exposto pelo presente trabalho, pode-se verificar que o ativismo judicial somente se faz presente nos casos onde existe alguma lacuna da lei, e situações em que os direitos e garantias previstos pela Constituição Federal não estão sendo efetivados.

Assim é o posicionamento de Sérgio Fernando Moro: “Defendo uma atuação mais afirmativa do Poder Judiciário quando se tratar da concretização de direitos fundamentais”. (MORO, 2004:257)

Segundo as palavras de Vanice Regina Lirio do Valle,

O ativismo, nos casos desarrazoados de omissão legislativa, justifica-se em virtude da tese da força normativa da Constituição, segundo a qual o texto constitucional é um documento jurídico imperativo, dotado de eficácia jurídica. Em razão dessa força normativa, a concretização da Constituição não pode ficar reservada exclusivamente à discricionariedade do legislador ordinário. (VALLE, 2009, p. 131)

Assim, uma atuação mais ativa do Poder Judiciário pode ser importante diante de tais situações, mesmo que isso acabe por adentrar na área de atuação de outro Poder.

Entretanto, as decisões não podem se mostrar injustas, como é o caso da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, que estabelece certas imposições ao nepotismo.

Karla Vieira Alves Gama esclarece que:

O Supremo Tribunal Federal, como uma corte constitucional que é, ao atuar deveria respeitar certos limites, pois o ativismo judicial que não possui critérios rigorosos em sua aplicação pode trazer certo insulto ao Princípio da Separação dos Poderes e também à democracia. (GAMA, 2019, p. 33)

André Ramos Tavares ensina que:

As escolhas políticas feitas pelo legislador, no uso de sua discricionariedade legislativa, desde que mantenham coerência com o restante do sistema constitucional, não podem ser objeto de invalidação pelo Poder Judiciário. Nesses casos, deve prevalecer o poder da maioria democraticamente eleita. (TAVARES, 1998, p. 114)

Com isso, verifica-se que, para regulamentar alguma matéria que ofenda os direitos e garantias constitucionais necessite de uma intervenção legislativa, e que o Poder Legislativo não cumpra sua função, o Supremo Tribunal Federal deve ter uma atuação mais ativa e proferir decisões no intuito de suprir a carência legislativa, garantindo a eficácia das normas previstas pela Constituição Federal.

Em sentido contrário, onde a omissão da lei não fira algum direito ou garantia constitucional, deve o Poder Judiciário respeitar a atuação do Legislativo, a fim de garantir a harmonia entre os poderes.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, o sistema de freios e contrapesos usado para manter a harmonia dos três Poderes encontra-se cada vez mais enredado, especialmente se for feita uma análise no sentido de que cada um dos Poderes exerce a função dos outros três, alterando somente as funções típicas e atípicas de cada um.

Por conta da evolução da sociedade, as responsabilidades do Estado aumentaram, e dessa forma, diante de toda essa responsabilidade direcionada a Administração Pública, teve origem uma nova espécie de competência legislativa, secundária, uma vez que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário possuem o objetivo de preencher lacunas na legislação pátria, efetivando os direitos e garantias presentes na Constituição Federal.

Durante o desenvolvimento do trabalho, buscou-se verificar como acontece a atuação ativa do Poder Judiciário, conhecida como o fenômeno do ativismo judicial, quando o Poder Legislativo se omite em regulamentar determinada matéria que pode ferir alguma determinação constitucional.

Assim, é preocupante ver a posição que o Poder Judiciário ocupa nas discussões da sociedade, tendo em vista que é acionado toda vez que é necessário um posicionamento acerca de um assunto que o Poder Legislativo se omite em regulamentar, preenchendo as lacunas da lei através de suas decisões, que muitas das vezes possuem força de lei, configurando-se assim o ativismo judicial.

A atitude adotada pelo Poder Legislativo, diante da necessidade de regulamentar temas polêmicos pode se apresentar como uma espécie de estratégia dos políticos, tendo em vista que temas polêmicos sempre dividem o povo, e independente do posicionamento tomado, parte da população sairá insatisfeita.

Restou demonstrado durante o desenvolvimento do trabalho, que existem situações em que é possível identificar o ativismo judicial na atuação do Judiciário, ao mesmo tempo em que outras situações, mesmo que sejam proferidas decisões contrárias ao texto da lei, não se configura o referido fenômeno.

Por fim, percebe-se que o ativismo judicial pode ser bastante útil, a fim de efetivar os direitos presentes na Constituição Federal, entretanto, deve haver bom senso em sua aplicação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; ALEXANDRINO, Marcelo. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. 2010. Disponível em: <http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-nobrasil-contemporaneo>. Acesso em: 28 de julho de 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 de set. de 2020.

BRASIL. Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 30 de jul. de 2020.

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1193480 SP 2010/0085399-1. 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17059237/recurso-especial-resp-1193480-sp-2010-0085399-1>. Acesso em: 02 de ago. de 2020.

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça - STJ: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 709719/RJ 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861621401/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-709719-rj-2015-0108222-9>. Acesso em: 22 de set. de 2020.

BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 06 de ago. de 2020.

BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 461. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204906>. Acesso em: 08 de ag. de 2020.

CASTRO, Gabriel. Tipos de inconstitucionalidade: você sabe quais são? 2017. Disponível em: <https://direitodiario.jusbrasil.com.br/artigos/444600467/tipos-de-inconstitucionalidade-voce-sabe-quais-sao>. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GAMA, Karla Vieira Alves. O ativismo judicial na atuação do supremo tribunal federal: uma forma de usurpação da função típica do poder legislativo? 2019. Trabalho de Conclusão de Curso.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOZICKI, Kátia. BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/2177-7055.2008v29n56p151/13675>. Acesso em: 12 de out. de 2020.

LEITE, Roberto Basilone. Déficit político do poder judiciário brasileiro: A falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo judicial: qual o limite do poder judiciário? 2017. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/ativismo-judicial-qual-o-limite-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 17 de set. de 2019

PAULA, Alexandre Sturion de. Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais. Campinas: Servanda, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; BALESTRIN, Thelleen Aparecida. Ativismo Judicial. Revista da ESMESC, v. 18, n. 24, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao>. Acesso em: 14 de set. de 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. Tribunal e jurisdição constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, On-line version ISSN 2317-6172, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2009.