

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA,
GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA I**

CLAUDIA MARIA BARBOSA

EUDES VITOR BEZERRA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

A174

Acesso à justiça: política judiciária, gestão e administração da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; Eudes Vitor Bezerra; Fernando Gustavo Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-893-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Acesso à justiça. 3. Política judiciária. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA I

Apresentação

O conjunto de pesquisas que são apresentadas neste livro faz parte do Grupo de Trabalho “ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA I”, reunido no âmbito do VII Encontro Virtual do CONPEDI, realizado por meio de plataformas digitais, entre os dias 24 e 28 de junho de 2024, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e que teve como temática central “A Pesquisa Jurídica na Perspectiva da Transdisciplinaridade”.

Os trabalhos expostos e debatidos abordaram de forma geral distintas temáticas atinentes ao acesso à justiça, dando base para uma análise aprofundada, além do acesso à justiça, a temas envoltos as políticas judiciárias, bem como gestão e administração da justiça.

O Grupo de Trabalho em comento ocorreu no terceiro dia do evento, ou seja, 26/06/2024, oportunidade na qual foram realizadas as comunicações orais, na ordem abaixo, dos seguintes temas e respectivos autores:

1º) A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Apresentado pelos Autores Amailton Rocha Santos e Wiane Joany Batalha Alves;

2º) A EXPERIÊNCIA DOS JUÍZES LEIGOS NO JUIZADO ESPECIAL NUMA PERSPECTIVA DE JURISDIÇÃO POPULAR: A POSSIBILIDADE DE ARBITRAGEM E A POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA. Apresentado pela Autora Simone Cristine Araújo Lopes;

3º) A INCORPORAÇÃO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS E A TEORIA DA PONDERAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO. Apresentado pelo Autor Jefferson David Asevedo Ramos;

4º) A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE REDUÇÃO DE DEMANDAS NO PODER JUDICIÁRIO. Apresentado pela Autora Talissa Maciel Melo;

5º) A MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL, SOLUÇÃO E PREVENÇÃO DE LITÍGIOS. Apresentado pelo Autor Thiago Luann Leão Nepomuceno;

6º) GESTÃO PROCESSUAL A PARTIR DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: TENDÊNCIAS, PERSPECTIVAS E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO JUDICIÁRIO MARANHENSE. Apresentado pelos Autores Maria José Carvalho de Sousa Milhomem e Gustavo Luis De Moura Chagas;

7º) ACESSO À JUSTIÇA E PRÁTICAS CONCILIATÓRIAS: DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA PESSOAS VULNERÁVEIS EM BRUMADINHO. Apresentado pelos Autores Fabiola Modena Carlos e Diego Bianchi de Oliveira;

8º) DESAFIOS E PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ATENDIMENTO CRIMINAL EM FAVOR DAS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. Apresentado pela Autora Larissa de Almeida Beltrão Rosas Tostes;

9º) UM SISTEMA EM CRISE: A POLISSEMIA DO ACESSO À JUSTIÇA E AS CONSEQUÊNCIAS SOBRE O JUDICIÁRIO. Apresentado pelos Autores Luciana dos Santos Lima e Dennys Damião Rodrigues Albino;

10º) ESTADO EM JUÍZO: A ADOÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO PARTE DE UMA POLÍTICA NACIONAL DE JUSTIÇA. Apresentado pelos Autores Paulo Vitor Gonçalves Vieira Kammers e Claudia Maria Barbosa;

11º) A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NA AUTOCOMPOSIÇÃO DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: CRÍTICAS E POSSIBILIDADES. Apresentado pela Autora Amanda Ferreira Nunes Rodrigues;

12º) JUSTIÇA GRATUITA NO BRASIL E NA ESPANHA: DIFERENÇAS E SIMILITUDES. Apresentado pela Autora Maria José Carvalho de Sousa Milhomem;

13º) IMITES PROFISSIONAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM ESTUDO SOBRE AS NORMAS QUE REGULAM OS JUÍZES E AS PROFISSÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA. Apresentado pelos Autores Gabriela Vidor Francisco, Vinny Pellegrino Pedro e Vladimir Brega Filho;

14º) O ACESSO À JUSTIÇA E O NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS PÓS PANDEMIA DO COVID-19. Apresentado pelo Autor Jolbe Andres pires mendes;

15º) O ATIVISMO JUDICIAL E A PRESERVAÇÃO DE DIREITOS. Apresentado pelo Autor Arthur Lachter;

16º) O ESTELIONATO NA ADVOCACIA MEDIANTE A PRÁTICA DA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA: violação ao código de ética e à integridade da profissão; um risco as Instituições do Sistema de Justiça. Apresentado pelos Autores Eudes Vitor Bezerra; Anna Carollina de Oliveira Abreu Melo e Gabriel Hapeccmann Farias Torres Costa;

17º) O MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DA JURISDIÇÃO SUSTENTÁVEL. Apresentado pelos Autores Joselito Corrêa Filho e Magno Federici Gomes;

18º) O PAPEL DO ADVOGADO NA PROMOÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS PARA A SOLUÇÃO ADEQUADA DOS CONFLITOS FAMILIARES. Apresentado pelas Autoras Sofia Brunheroto Nehmeh, Julio Cesar Franceschet e Aline Ouriques Freire Fernandes;

19º) OS JUDICIÁRIOS NA AMÉRICA LATINA: REFORMAS E INFLUÊNCIAS PARA FORMAÇÃO DE UM SISTEMA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. Apresentado pela Autora Teresa Helena Barros Sales;

20º) PERSPECTIVAS SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA: LITIGIOSIDADE REPETITIVA E DESJUDICIALIZAÇÃO NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO. Apresentado pelas Autoras Ana Clara Baggio Violada e Ana Claudia Rossaneis;

21º) TAXA DE REVERSIBILIDADE E GESTÃO JUDICIÁRIA: ESTUDO DE CASO NA ÁREA RECURSAL FISCAL. Apresentado pela Autora Luciana Yuki Fugishita Sorrentino; e,

22º) Desafios e Potenciais da Advocacia Pública no Aperfeiçoamento das Políticas Públicas. Apresentado pelo Autor Sérgio Laguna Pereira.

Considerando todas essas temáticas de extrema relevância, não pode ser outro senão de satisfação o sentimento que nós coordenadores temos ao apresentar a presente obra. É necessário, igualmente, agradecer enormemente aos pesquisadores que estiveram envolvidos

tanto na confecção dos trabalhos quanto nos excelentes debates proporcionados neste Grupo de Trabalho. Outrossim, fica o reconhecimento ao CONPEDI pela organização e realização de mais um proeminente evento virtual.

A expectativa é de que esta obra possa contribuir com a compreensão das dores e possíveis soluções do cenário contemporâneo brasileiro e internacional, no que tange ao acesso à justiça, com a esperança de que as leituras dessas pesquisas ajudem na reflexão e compreensão da política judiciária, gestão e administração da justiça.

Atenciosamente;

Prof^a. Dra. Claudia Maria Barbosa (Pontifícia Universidade Católica do Paraná)

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (PPGDIR/UFMA e IDEA São Luís/MA)

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr (Centro Universitário Curitiba)

O ATIVISMO JUDICIAL E A PRESERVAÇÃO DE DIREITOS JUDICIAL ACTIVISM AND THE PRESERVATION OF RIGHTS

Arthur Lachter ¹

Resumo

O presente trabalho busca entender o conceito de ativismo judicial e a relação desse fenômeno com a atuação contemporânea do Poder Judiciário, a partir de uma visão histórico-jurídica da função primordial da magistratura nacional, com foco no Supremo Tribunal Federal. Para tanto, esse artigo científico começa identificando o que seria ativismo judicial, suas semelhanças e diferenças com demais institutos jurídicos. A partir daí, busca correlacioná-lo com os princípios constitucionais e processuais limitadores dessa atuação, como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio da inércia e princípio da separação dos poderes, para depois partir para análise de alguns casos concretos nos quais essa técnica vem sendo utilizada, notadamente casos difíceis, como o reconhecimento da união estável homoafetiva e a recepção da tipificação do crime de aborto. A ideia central é apresentar bases concretas, sem pré-julgamentos, acerca do ativismo judicial, se positivo ou negativo, para que se possa ter uma discussão centrada e técnica acerca dessa prática que é uma realidade na jurisdição brasileira.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Atuação do poder judiciário, Preservação de direitos, Separação de poderes, Omissão legislativa

Abstract/Resumen/Résumé

The article intends to understand the concept of judicial activism and his relation with the current Judiciary ruling, from a historical-legal perspective of the national's judiciary primary function, focusing on the Supreme Federal Court. To do that, this paper begins by identifying what would be judicial activism, his differences and similarities with other legal institutes. From there, chases to correlate with the main constitutional and procedural principles, such as principle of indefeasibility of jurisdiction, principle of inertia and principle of separation of powers, so that compare them with a few trial cases that this technique were used, notably at hard cases, such as the recognition of stable same-sex unions and the reception of the classification of the crime of abortion. The central idea is to present concrete bases, without pre-judgment, regarding judicial activism, whether positive or negative, so that a discussion can be centered and technical information about this practice, which is a reality in Brazilian jurisdiction.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Judiciary ruling, Preservation of rights, Separation of powers, Legislative omission

¹ Graduado e mestre em Direito. Doutorando em Direito.

INTRODUÇÃO

A história política brasileira está recheada de falta de estabilidade e tumultos institucionais. Desde a independência do Brasil em 1882, já tivemos sete¹ constituições, duas formas de governo (monarquia e república), duas formas de Estado (unitário e federal) e dois sistemas de governo (presidencialismo e por um curto período o parlamentarismo). Além desses vários arranjos institucionais, é pertinente lembrar que o Brasil vivenciou, além do poder moderador durante a monarquia, duas longas ditaduras², dois impeachment de presidentes democraticamente eleitos e teve como maior período de democracia a atual vigência da Constituição de 1988.

Tradicionalmente o Poder Executivo sempre foi prevalecente, tanto que infelizmente o fechamento do Congresso Nacional foi uma atitude relativamente comum, principalmente em tempos conturbados. De qualquer forma, até o advento da Constituição de 1988 o Poder Judiciário como um todo não exercia um papel de protagonista na vida política nacional. Isso não quer dizer que o Judiciário não tenha

¹ Alguns doutrinadores consideram como uma oitava Constituição a Emenda nº 1, outorgada pelo governo militar, à Constituição Federal de 1967, que teria sido a Constituição de 1969. Isso porque as alterações provocadas por tal emenda teriam sido tão profundas que descaracterizaram a própria essência da Carta de 1967. Nesse sentido, José Afonso da Silva que assim se manifesta sobre a Carta de 1969: “teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*. Ela foi modificada por outras vinte e cinco emendas, afora a de n. 26, que, a rigor, não é emenda constitucional. Em verdade, a EC n. 26, de 27.11.85, ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político.” (SILVA, 2005, pg. 87).

² Além das ditaduras da era Vargas e do regime militar, há casos de presidentes que tomaram atitudes ditatoriais como os dois primeiros chefes de governo. O marechal Deodoro da Fonseca chegou a fechar o Congresso Nacional, estabelecendo estado de sítio, sendo que seu sucessor, o também marechal Floriano Peixoto tomou atitudes semelhantes, perseguindo opositores, sendo conhecido como o “marechal de ferro”. Nesse sentido valorosa lição de Daniel Sarmiento: “Sob a perspectiva do constitucionalismo, a República começa muito mal. A Assembleia Constituinte elegeu para o primeiro mandato Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, respectivamente como Presidente e Vice-Presidente da República. Deodoro imediatamente entra em choque com o Congresso e decreta o seu fechamento ainda no ano de 1891, prometendo novas eleições e uma futura revisão da Constituição recém-aprovada, visando a fortalecer a União e o Poder Executivo. Instala-se uma crise política e militar, que leva Deodoro à renúncia, ainda antes da metade do seu período presidencial. (...) O autoritarismo foi o traço essencial do Governo Floriano, que violou direitos fundamentais, perseguiu opositores, censurou a imprensa e ignorou a Constituição. Foi um período conturbado, com graves incidentes políticos e militares, como a Revolução Federalista no Rio Grande do Sul e a Revolta da Armada. A decretação do estado de sítio e a intervenção federal foram rotineiras, sem observância dos seus limites constitucionais, com prisão e desterro de opositores, inclusive parlamentares.” (SOUZA NETO; e SARMENTO, 2012, Item 3.3.3).

contribuído para a melhoria da nação, como na concessão de *habeas corpus* durante a ditadura militar.

O fato é que a partir da Constituição de 1988 cada vez mais o Poder Judiciário passou a exercer um papel de protagonista dentre as forças da república, seja pelos seus órgãos de cúpula, seja nas instâncias ordinárias. O artigo 102 da Constituição de 1988 é claro ao estipular que: “*compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”. Na verdade essa missão é estendida a todos os membros da magistratura nacional, cabendo ao STF a prerrogativa de decidir por último, de forma definitiva.

O STF é o intérprete máximo da Constituição³, sendo normalmente provocado a resolver as grandes questões nacionais⁴. Uma vez provocado, passa a ser dever da Corte (como seria de qualquer juiz) resolver todos os aspectos do caso levado a Juízo, não podendo decidir somente o que for conveniente ou os casos fáceis, mas principalmente os casos difíceis (*hard cases*), que não apresentam solução pronta.

Ao longo da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário como um todo não tem se omitido na sua missão de proteger a Constituição e garantir a eficácia dos direitos fundamentais. Nesse plano, surgiu o termo “ativismo judicial”, que parece trazer a ideia de um judiciário ativo, ao contrário do judiciário inerte.

A sociedade não quer um juiz superpoderoso ou uma ditadura do Poder Judiciário⁵, mas confia e espera deste uma proteção quando seus direitos não estão sendo respeitados, mesmo que não haja Lei própria ou vontade política. Deve o magistrado ignorar os anseios da população ou de parte da população (principalmente das minorias) quando percebe que há uma omissão indevida por parte de um Poder, seja o Executivo ou Legislativo, que politicamente resolve não agir?

É claro que os limites da atuação do magistrado devem ser bem definidos, inclusive com ampla possibilidade de controle recursal e eventualmente até disciplinar,

³ É comum no meio jurídico o seguinte jargão, que retrata bem a autoridade do STF: “*a Constituição é o que o Supremo diz que ela é*”.

⁴ Recentemente coube ao STF decidir sobre a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos, a pesquisa com células tronco de embriões congelados e ainda a constitucionalidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Poder-se-ia argumentar que em muitos temas sensíveis, como os acima expostos, a classe política deliberadamente se omite, normalmente para evitar antagonismo com os seus eleitores, “deixando” o ônus da decisão para o Judiciário, que por sua vez deve decidir para não criar um vazio normativo.

⁵ Essa expressão serve para designar eventuais juízes autoritários, que poderiam acabar controlando os outros Poderes da República, já que a “última palavra” cabe ao Poder Judiciário, efetivo protetor da ordem jurídica e guardião da Constituição. Realmente como diria Rui Barbosa: “*A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer.*”

sendo que esse trabalho tem como objetivo primordial definir o que seria o ativismo judicial, qual seu alcance, benefícios e prejuízos que pode causar.

O ativismo judicial ou a atuação de liderança do Poder Judiciário é igualmente criticada e aplaudida, apesar que muitas vezes as manifestações se limitam a analisar o caso concreto e não as balizas ou fundamentos teóricos desse tipo de atuação jurisdicional. Por outro lado, esse tipo de atuação dos julgadores deve resguardar a ordem jurídica. A aplicação do ativismo judicial de forma indiscriminada pode gerar uma verdadeira insegurança jurídica e até mesmo revolta e não aceitação das decisões por parte dos jurisdicionados.

A ideia do presente artigo é analisar o instituto do ativismo judicial sob um ponto de vista processual, levando em consideração as novas disposições do Código de Processo Civil de 2015, além de casos práticos nos quais o ativismo se mostra mais evidente. Isso sem esquecer a limitação imposta pelo próprio direito material à atuação do magistrado, por exemplo para proteger o núcleo duro (mínimo) de algum direito fundamental sob ataque.

1. ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é uma realidade na prática de nossos Tribunais⁶ e apesar da colocação muitas vezes pejorativa ou de desaprovação, a atuação afirmativa e progressista do Poder Judiciário muitas vezes é a única chance que um cidadão tem de ver seu direito resguardado.

Apesar do princípio da demanda ou inércia da jurisdição (que será abordado mais adiante), em alguns casos cabe ao Poder Judiciário tomar a iniciativa de aplicar o direito para além do caso concreto, inclusive estabelecendo precedentes. Pelo contrário, na própria Constituição há previsão das chamadas súmulas vinculantes, podendo ser editadas de ofício pelo STF e que terão: *“por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança*

⁶ O Ministro Luís Roberto Barroso inclusive preparou uma série de artigos sobre o Supremo Tribunal Federal no ano de 2008 denominado: “Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, nos quais se percebe que o fenômeno do ativismo judicial não é exclusivo do cenário jurídico brasileiro e vem sendo cada vez mais ampliado e aprofundado. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 12 de abril de 2024.

jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.” (art. 103-A, § 1º da CF).

Além de não haver proibição normativa expressa, parece que há uma certa inclinação constitucional para o Poder Judiciário se negar a tomar a iniciativa de efetivar direitos, desde que regularmente instado a tanto pela parte. Me refiro ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (que também será abordado mais adiante), segundo o qual: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Se nem a lei pode excluir a apreciação de lesão ou simples ameaça a direito, parece que é dever do Poder Judiciário agir, inclusive para efetivar tal direito.

Considerando a atuação na preservação de direitos, importante indagação é saber se o Poder Judiciário pode também criar direitos ou simplesmente os declara/interpreta/aplica. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido que o julgador não pode atuar como legislador positivo⁷, porém também é certo que quando o juiz julga qualquer caso, ele transforma o enunciado normativo em norma e a aplica ao caso concreto⁸, o que não deixa de ser criação de direito.

A diferença (tênue, diga-se de passagem) entre criação de direito (agir como legislador positivo) e simplesmente explicitar ou regular um direito já existente e que simplesmente estaria sendo impedido de ser exercitado é essencial para o conceito de ativismo judicial, pois define sua própria identidade.

Então como decidir se um julgado simplesmente explicitou um direito já previsto ou efetivamente criou outro (o que poderia ser visto como usurpação do Poder Legislativo)? Infelizmente não existem critérios seguros para corretamente identificar essas duas situações, o que acaba por contribuir para, na prática, se confundirem. E é exatamente essa falta de parâmetros que permite a atuação “ativista” por parte do Poder

⁷ Por todos ver: “Agravo regimental no recurso extraordinário. Precedente do Plenário. Ausência de trânsito em julgado. Possibilidade de aplicação. Tributário. Imposto de importação. Artigo 5º, da Lei nº 10.182/01. Extensão de benefício fiscal com base no princípio da isonomia. Impossibilidade de atuação do judiciário como legislador positivo. 1. A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. 2. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de conceder tratamento isonômico, atuar como legislador positivo para estabelecer benefícios tributários não previstos em lei, sob pena de afronta ao princípio fundamental da separação dos poderes. Aplicação da orientação firmada no RE nº 405.579/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 4/8/11. 3. Agravo regimental não provido” (STF, RE 606171 AgR/PR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 07/02/2017, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 02-03-2017 PUBLIC 03-03-2017).

⁸ Nesse sentido a sentença judicial pode ser vista como um silogismo, sendo a premissa maior o enunciado normativo, a premissa menor o caso concreto a ser revolido, ambas descritas no relatório e explicitadas na fundamentação e a conclusão a resposta do julgador vinda no dispositivo da sentença.

Judiciário sempre que entender devido, o que muitas vezes acaba realmente criando direitos, inclusive com base no princípio da isonomia.

Frise-se que essa atuação do Poder Judiciário deve ser excepcional, quando não há outra forma eficaz de garantir o direito. Por exemplo, quando um direito reconhecidamente constitucional deixar de ser efetuado diante da inércia indevida dos Poderes Executivo ou Legislativo, cabe ao Poder Judiciário entregar a prestação jurisdicional completa.

É o que se verifica com o mandado de injunção, ação constitucional que tem como objetivo concretizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais diante da falta de norma regulamentadora (art. 5º, LXXI CF). Há várias posições doutrinárias acerca dos efeitos da decisão que reconhece a omissão, se somente serve para reconhecer a omissão, sem nenhum efeito concreto, se o julgador pode fixar regras para efetivação do direito naquele caso concreto ou se pode fazê-lo de forma geral, para todos que estão na mesma situação⁹.

Há que se diferenciar também a judicialização da política do ativismo judicial. O primeiro diz respeito a um fenômeno de tornar judicial, ou seja, trazer para o Judiciário, as principais questões políticas. Infelizmente, é um fenômeno muito comum no Brasil contemporâneo, no qual grupos políticos “perdedores” tentam reverter as decisões tomadas politicamente através do Judiciário. Ao judicializar a questão, os julgadores podem tomar decisão de forma ativista, mas isso não necessariamente irá ocorrer.

Se considerarmos o termo ativismo judicial em sua expressão literal, poderíamos entendê-lo como uma atuação pró-ativa, protagonizada pelo Poder Judiciário. Esse termo realmente apresenta um certo sentido quando compreendemos que a função primordial do Poder Judiciário é dar a palavra final em conflitos existentes já trazidos a ele e não tomar a iniciativa. Em outras palavras, pode-se dizer que historicamente o Poder Judiciário foi pensado como uma reação e não como uma ação (um ativista), logo essa última é vista como uma atuação não tradicional.

⁹ “Alguns nomes da literatura jurídica sustentam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, ficava sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras. Outros doutrinadores afirmam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão. Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos” (MENDES, e BRANCO, 2013, pgs. 1179-1180).

Se o ativismo judicial não é o meio regular de atuação do Poder Judiciário, para se valer dessa forma de agir, o julgador deve ter uma justificativa especial, no caso a proteção de algum direito como última *ratio*. De forma mais restritiva, podemos pensar nessa justificativa como a proteção de algum direito ou garantia fundamental¹⁰. Note-se que além de uma atuação direta de um princípio ou valor constitucional o julgador também pode efetivar o direito através de uma declaração de inconstitucionalidade, por exemplo¹¹.

Feita essa digressão, é possível definir o ativismo judicial em uma ação não tradicional do Poder Judiciário, normalmente ao resolver um caso concreto, com a intenção de efetivar direitos ou garantias, mesmo que em detrimento da atuação típica de um dos outros Poderes da República, inclusive aplicando diretamente a Constituição para solucionar a questão.

O ativismo judicial em muitos casos pode representar o papel contra-majoritário por parte dos Tribunais. Sabe-se que no Brasil não existem Juízes eleitos e por isso mesmo é cabível o questionamento da legitimidade do Poder Judiciário em ir de encontro a eventual ação (ou inação) dos legítimos representantes do povo (políticos eleitos). Ocorre que a legitimidade do Poder Judiciário está enraizada na própria Constituição e em cada decisão proferida tem seu próprio grau de legitimidade através da fundamentação e da publicidade (em regra) do julgado, sendo que muitas vezes há que se defender a minoria em face de uma maioria eventual, principalmente quando essa vai contra o disposto na Constituição. É a chamada jurisdição constitucional em seu papel contra-majoritário que evita o desrespeito de direitos e opressão do jurisdicionado em detrimento da vontade da maioria legislativa.

¹⁰ Não há necessidade que esse direito ou garantia esteja necessariamente previsto na Constituição, já que é perfeitamente possível uma atuação direta do Poder Judiciário para eventualmente resguardar um direito legal, tendo apenas como base um valor constitucional, mas que a própria lei restrinja indevidamente sua aplicação. Foi exatamente isso que fez o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ao estatuir que: “Concurso público. PMDF. Oficial médico. Estatura mínima. É desprovida de razoabilidade a reprovação de candidato ao cargo de oficial médico em razão da sua estatura, critério irrelevante para o bom desempenho da função pública disputada.” (Acórdão n. 916930, 20130111057460APC, Relator: FERNANDO HABIBE, Revisor: ARNOLDO CAMANHO, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 21/10/2015, Publicado no DJE: 11/02/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.).

¹¹ A declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo por parte do Poder Judiciário é uma medida regular, prevista na própria Constituição da República (artigos 102, 103 e 125) e na Lei 9868/1999. Por outro lado, se no caso de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão através de um mandado de injunção, o STF, por exemplo, regulasse a questão até a atuação legislativa chegar, poder-se-ia falar em ativismo judicial e atuação não tradicional do Poder Judiciário. É o que se pode constatar com as decisões proferidas nos MI's 670, 708 e 712, em que o STF, ante a falta de norma regulamentadora, por unanimidade, determinou a aplicação da legislação do direito de greve da iniciativa privada para todos os servidores públicos, apesar do fato da impetração ter sido efetuada por sindicatos, individualmente

Pode-se conceituar o ativismo judicial a partir de um conceito negativo, ou seja, toda atuação do Poder Judiciário fora dos limites tradicionalmente impostos pelo ordenamento jurídico (RAMOS, 2010, p. 129). O problema desse conceito é a premissa que, ao ser ativista, o Judiciário estaria agindo fora de seus limites legais e constitucionais, opinião que não se comunga, diante do narrado acima.

Há que se preferir o conceito elaborado pelo Ministro Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2015, pgs. 40-442), que assim ensina o instituto:

“Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicium. Todavia, depurada dessa crítica ideológica - até porque pode ser progressista ou conservadora - , a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.”

Vale a pena frisar a parte final do texto acima colacionado: “em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”. A tônica é exatamente essa. O Judiciário não pode deixar de agir simplesmente porque outro Poder, originalmente competente para tanto, se omite na efetivação ou preservação de algum direito. O titular do direito não pode sofrer as consequências da inércia do Estado, mas isso não quer dizer que o Poder Judiciário estaria agindo além dos seus limites legais e constitucionais.

Passaremos agora a analisar alguns princípios limitadores da atuação ativista dos julgadores.

2. PRINCÍPIOS PERTINENTES AO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

O artigo 5º, XXXV da Constituição Federal assim preceitua: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Já o artigo 3º do Código de Processo Civil tem redação semelhante, que dispõe que: “*não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito*”¹².

O princípio em questão apresenta duas dimensões: a desnecessidade de buscar a via administrativa (ou seu esgotamento) antes de se valer do meio jurisdicional¹³ e o livre acesso¹⁴ à ordem jurídica justa. Esse último aspecto reflete uma visão mais moderna do princípio, com a criação de mecanismos que ajudem os menos favorecidos economicamente a buscarem o Judiciário, seja através da assistência judiciária ou a gratuidade de justiça. Outra forma de acesso efetivo à justiça se deu com a criação e

¹² “Do texto do dispositivo constrói-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. É possível que o legislador não tenha imaginado determinado problema que se apresente, não estabelecendo a técnica processual adequada à sua solução. Nesse caso, cabe ao juiz encontrar a técnica processual idônea à proteção do direito material. A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional reclama sejam conferidos poderes ao juiz para suprir a omissão legislativa e conferir a devida proteção judicial. Não é sem razão que o art. 536 contém uma cláusula geral, permitindo que o juiz, ao aplicar seu § 1º, estabeleça medida coercitiva adequada e suficiente à satisfação do direito material. Tal poder é igualmente conferido ao juiz pelo art. 497” (STRECK, e NUNES, 2017, pg. 33).

¹³ A própria Constituição Federal excepciona essa regra no caso do artigo 217, § 1º que estabelece que: “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. Por se tratar de texto constitucional originário, não há questionamento acerca da constitucionalidade de tal excepcionalidade.

¹⁴ É entendimento jurisprudencial pacificado que o preenchimento de pressupostos processuais e condições da ação para análise da questão e do mérito não violam o citado princípio. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE PETIÇÃO E PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ART. 5º, XXXIV, “A”, E XXXV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. SÚMULAS VINCULANTES. EDIÇÃO, REVISÃO E CANCELAMENTO. ART. 103-A DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DA CONSTITUIÇÃO. IMPUGNAÇÃO MEDIANTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. LEI N. 11.417/06. AGRAVO IMPROVIDO. 1. As garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual [art. 5º, XXXIV, “a”, e XXXV da CB/88]. 2. A Lei n. 11.417/06 define os legitimados para a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante [art. 3º]. O rito estabelecido nesse texto normativo não prevê a impugnação dos enunciados mediante recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, Pet 4556 AgR/ DF, Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 25/06/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-02 PP-00345).

incentivo da tutela coletiva e por fim uma verdadeira reforma processual que privilegie a efetividade, com ampla garantia do contraditório¹⁵.

Como se vê, a ideia principal desse princípio é que a população brasileira pode e deve se valer do Poder Judiciário, com amplo acesso, sempre que entender pertinente, cabendo àquele resolver a questão. Mas se analisarmos o princípio sob a ótica do Poder Judiciário, há implicitamente uma exigência dos magistrados em garantir o acesso efetivo a jurisdição, devendo garantir a efetivação dos direitos, através do processo judicial.

Em outras palavras, o acesso à justiça é tanto um direito da parte como uma obrigação dos julgadores, cabendo a esses se preocupar também com a efetivação dos direitos em discussão, mesmo que para tanto tenham que agir de forma menos conservadora.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição/acesso à justiça parece impor uma atuação positiva, ativista do Judiciário na efetivação de direitos, seja por ausência de proibição expressa, seja pela própria missão e razão de existir do Poder Judiciário, qual seja a pacificação da sociedade. Esse papel ativo, na análise do caso concreto, traz predominância ao Judiciário, claro, partindo do pressuposto que os demais Poderes da República não lograram êxito em resolver a questão adequadamente ou em sua inteireza.

2.2 Princípio da inércia

O primeiro limite à atuação ativista do juiz é o princípio da inércia, já que o julgador só pode analisar as questões uma vez provocado pela parte autora e somente nos limites da petição inicial¹⁶, salvo exceções legais. Esse princípio da jurisdição significa

¹⁵ Mauro Cappelletti identificou três ondas renovatórias de acesso à justiça. A primeira se iniciou com o advento da assistência judiciária aos mais pobres, quebrando o obstáculo financeiro de acesso ao Poder Judiciário e materializada na Lei 1.060/50. A segunda, através do foco na representação dos interesses difusos em Juízo, com intuito de contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça e materializado na Lei 7.347/85, bem como na importância que passou a ter o Ministério Público, mormente a partir da Constituição de 1988. Por fim, a terceira onda renovatória prioriza uma reforma interna no processo, na busca da efetividade da tutela jurisdicional, materializada em diversas reformas pontuais do Código de Processo Civil de 1973 até culminar no CPC/2015, tendo também como expressão a ideia de juízes ativistas e preocupados com a entrega efetiva da prestação jurisdicional. (CAPPELLETTI, 1988, pgs. 31-73).

¹⁶ “Segundo previsão do art. 2º do Novo CPC, se confirma Legislativamente o princípio da inércia da jurisdição. Pela previsão contida no art. 492 do Novo CPC, que consagra o princípio da congruência (correlação/adstrição), nota-se que não só a jurisdição depende de provocação para se movimentar, como o fará nos estritos limites definidos pelo objeto da demanda, que em regra é determinado pelo autor e excepcionalmente também pelo réu (reconvenção/pedido contraposto). Quanto ao que ficar fora do objeto da demanda, a jurisdição continuará inerte, não podendo haver prestação de tutela jurisdicional, salvo nas excepcionais hipóteses de “pedidos implícitos” e de aplicação da regra da “fungibilidade”, circunstâncias previstas por lei que autorizam a concessão de tutela não pedida” (NEVES, 2017, pg. 83).

que o juiz não poderá iniciar um processo de ofício (“*ne procedat iudex ex officio*”), porém uma vez provocado o andamento processual é regido pelo impulso oficial (art. 2º do CPC).

O objetivo principal de tal mandado de otimização é preservar a imparcialidade do juiz, evitando um maior envolvimento com o caso que pudesse levar a suspeita de sua objetividade no julgamento. Isso sem mencionar que no processo civil, estamos diante (em regra) de direitos disponíveis, cabendo ao interessado decidir se realmente gostaria de levar a controvérsia ao Judiciário¹⁷.

Parece um contrassenso pensar em um juiz ativista e ao mesmo tempo impossibilitado de agir de ofício, mas devemos compreender a questão a partir do ajuizamento da ação. Isso porque uma vez provocado, o magistrado tem o dever constitucional de solucionar a matéria da forma correta, com efetividade e proteção dos direitos eventualmente violados.

Questão interessante é dimensionar a inércia a partir do conceito de omissão. Omissão é um não agir, sendo que no caso do juiz que verifica uma ilegalidade ou injustiça no caso sob julgamento é uma omissão específica, já que tem o dever de agir. A inércia não pode ser considerada um cheque em branco para balizar um não agir do Judiciário, uma omissão indevida.

Em outras palavras, se a questão levada a Juízo conter, pelo menos implicitamente, parte que deve ser decidida, sob pena de tornar inócua a solução da controvérsia (principal), é imperioso que o julgador assim o faça. O problema é saber quais parâmetros devem ser utilizados para tal atuação, já que reconhecidamente vai depender das circunstâncias e características de cada caso concreto.

Outro inconveniente reside na própria estrutura do Poder Judiciário. Os juízes tem independência funcional para decidir, sendo que apesar da possibilidade de recurso, eles não estão sujeitos a subordinação hierárquica, o que num primeiro momento faz com que

¹⁷ “É certo que existem situações nas quais há o interesse do próprio Estado em que o conflito seja levado ao Judiciário. É o que ocorre quando estão em jogo determinados direitos, como por exemplo, na área penal, na área de direitos indisponíveis cíveis protegidos pela Constituição (v.g., idosos e menores), no caso de direitos coletivos, entre outros. Todavia, mesmo nestas hipóteses, a intervenção do Estado se dá através de órgãos próprios, não integrantes da estrutura do Poder Judiciário, como o Ministério Público, as Procuradorias e a Defensoria Pública. Também na esfera privada resguarda-se a proteção dos direitos por entidades outras que não são efetivos titulares, caso das associações, dos curadores, dos tutores, e assim por diante. Nestes casos, a legitimidade extraordinária, prevista no atual art. 18 do novo CPC, longe de ferir a autonomia da vontade das partes, assegura o acesso à justiça; a propósito veja-se as previsões do art. 8º, III da CF, art. 5º da Lei 7.347 (Lei da Ação Civil Pública) e o art. 82, da Lei 8.078 (CDC) (WAMBIER, DIDIER, TALAMINI, e DANTAS, 2015, pg. 60)”.

se exija a autolimitação de cada julgador para não ultrapassar seu dever e eventualmente praticar arbitrariedade.

Ora, é óbvio que na grande maioria dos casos, o julgador não estará convencido de que pratica um ato indevido, uma ilegalidade, pois na sua compreensão age de forma correta, porém esse autocontrole é o mais falho, já que retira perspectiva do controlador que é a mesma pessoa do controlado. Não se está a defender um controle hierárquico de decisões judiciais (fora os recursos), mas é necessário frisar que esse primeiro controle é carente de objetividade.

2.3 Princípio da Separação de Poderes

O princípio da separação de poderes é um dos enunciados normativos mais importantes da nossa Constituição. A ideia principal não é nova¹⁸ e pressupõe a repartição do Poder do Estado em seus três braços, o Executivo, Legislativo e o Judiciário. O artigo 2º da Carta Magna estabelece que: “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. Essa disposição é tão cara ao texto constitucional, que é considerada cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III da CF).

A separação de poderes é uma das características primordiais do Estado Democrático, impondo também um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), através do qual apesar de independentes, um Poder tem o dever de controlar o outro, para evitar que extrapole suas funções, conferindo também harmonia entre eles. Um exemplo seria o controle de constitucionalidade de Leis, cujo processo se dá perante o Legislativo e Executivo, pelo Poder Judiciário.

Sob a ótica deste trabalho nos interesse perquirir qual o alcance da função do Poder Judiciário. Como se sabe, esse Poder não age de ofício (em regra) e uma vez provocado, profere decisão com aptidão de definitividade (coisa julgada). E pode o Judiciário interferir em questões de outros Poderes da República? A resposta varia de acordo com o caso concreto.

¹⁸ “Em que pesem as referências corriqueiras a John Locke e a Montesquieu, o segundo ainda mais citado que o primeiro como elaboradores da doutrina da separação de poderes, órgãos e funções, e sem embargo da primazia destes pensadores, paradigmas na formulação da ideia, a noção da divisão orgânico-funcional da estrutura e das atividades do Estado remonta, em especial, à Grã-Bretanha do século XVII, associada, umbilicalmente, a compreensão de *rule of law*. Conquanto seja possível observar traços em Aristóteles e em Cícero, v.g., o conceito é, a rigor, delineado no contexto inglês caracterizado pela disputa entre a monarquia e o parlamento, notadamente a partir do reinado de Jaime I (1603-1625) (CANOTILHO, 2013, pg. 142).”

Em questões *interna corporis*, aquelas atinentes à própria essência do Poder, não cabe interferência por parte de órgãos do Poder Judiciário¹⁹. O detalhe é que quem vai decidir se a questão é interna ou não é o próprio Poder Judiciário. E esse é um ponto muito interessante, que revela o grande Poder exercido pelos julgadores, o que não escapa de crítica da doutrina especializada²⁰.

Ocorre que o arranjo constitucional da magistratura privilegia o Poder Judiciário no que tange à tomada de decisão final, cabendo ao mesmo e notadamente ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de “dar a última palavra”²¹. Não se trata de um super Poder ou de revisitação do Poder Moderador, mas na ideia de pesos e contrapesos, sempre algum Poder deve fazer o último controle e como na Inglaterra é o parlamento, no Brasil é o Poder Judiciário.

Outra questão que merece ser discutida é a nova abordagem da teoria da separação de poderes. Isso porque segundo autores clássicos, a referida separação deve se dar de

¹⁹ “Ato do presidente da Câmara que, tendo em vista a impossibilidade, pelo critério proporcional, defere, para fins de registro, a candidatura para o cargo de presidente e indefere para o de membro titular da Mesa. Mandado de segurança impetrado para o fim de anular a eleição da Mesa da Câmara e validar o registro da candidatura ao cargo de 3º secretário. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente à composição da Mesa e indicação de candidaturas para seus cargos (art. 8º). O fundamento regimental, por ser matéria *interna corporis*, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário. Inexistência de fundamento constitucional (art. 58, § 1º), caso em que a questão poderia ser submetida ao Judiciário”. (STF, MS 22183/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 05/04/1995, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 12-12-1997 PP-65569 EMENT VOL-01895-02 PP-00184).

²⁰ “Esse crescimento de seu papel não significa que o judiciário se venha mostrando à altura da sobrecarga, muito pelo contrário. Mesmo em países com menos problemas estruturais do que o Brasil, juristas e filósofos, como Ingeborg Maus, vêm clamando sobre o perigo de uma ‘moral do judiciário’ e advertindo sobre a inviabilidade de este poder exercer o papel de ‘superego da sociedade órfã’ (MAUS, 2000). Tornar o juiz mais adstrito ao texto da lei e fiscalizar suas decisões, mais à francesa, tem sido apontado como caminho viável, num interessante olhar de volta, embora em outro contexto, à aurora do positivismo. O crescimento mais recente de mediação, arbitragem e outros procedimentos extrajudiciais de controle de conflitos também aponta para as disfunções que atormentam os que precisam da atuação do judiciário” (BONAVIDES, MIRANDA, AGRA e MOURA (org.), 2009, pg. 32).

²¹ “(...) A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional - que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição - põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.” (STF ADI 3345/DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 25/08/2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010, EMENT VOL-02411-01 PP-00110, RTJ VOL-00217-01 PP-00162).

forma rígida, estanque. Na atualidade percebe-se que a independência de um Poder em relação ao outro não está na atuação exclusiva de uma função, mas na sua predominância. Daí utilizamos os termos de funções típicas e atípicas de cada Poder, o que propicia uma maior interação e harmonia entre poderes²².

Essa nova visão da separação de poderes permite uma maior intervenção do Poder Judiciário em assuntos que seriam atinentes aos demais Poderes. Essa “invasão” dos julgadores, claro nos limites explícitos e implícitos do processo, essa atuação positiva nada mais é do que o ativismo judicial. Ao contrário de quem alega que essa atuação dos julgadores viola a separação de poderes, como visto acima, na verdade é a própria manifestação do novo formato daquela separação.

Essa aplicação poderá ser melhor visualizada com a análise de alguns casos concretos em que a prática do chamado ativismo judicial foi efetivamente implementada, na busca de preservação dos direitos das partes.

3. CASOS CONCRETOS DE ATUAÇÃO ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO

Apesar de não haver um conceito rígido de ativismo judicial e nem o termo ser normalmente utilizado pelos Tribunais (mesmo porque como visto acima é usado por muitos de forma pejorativa), é possível identificar os principais casos de atuação positiva²³, principalmente aqueles julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos.

²² “Isso indica, inevitavelmente, que a doutrina clássica da separação de Poderes deve ser submetida a uma revisão teórica para melhor ajustá-la às novas tendências e exigências do sistema jurídico, sobretudo em razão de certas mudanças paradigmáticas de que os fenômenos jurídicos têm-se ressentido. A doutrina da separação de Poderes, concebida como uma divisão rígida entre as funções estatais, não se coaduna com o moderno Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. Assim, o princípio da separação de Poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado seu núcleo essencial” (CUNHA, 2011, pg. 541).

²³ O Ministro Luís Roberto Barroso apresenta parâmetros para identificar a postura ativista do próprio STF e, guardadas as devidas proporções, podem servir para identificar qualquer ativismo judicial em instâncias inferiores: “No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à

Nesse ponto também merece ressalva que com o sistema de precedentes persuasivos no direito brasileiro, reforçado pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 926 e seguintes), em regra, os julgadores locais ou até de Tribunais Superiores, deverão obedecer o precedente fixado pelo órgão judicial superior. Em relação ao ativismo judicial, os precedentes podem servir para limitá-lo (quando eventualmente for contrário ao precedente) ou expandi-lo (quando a decisão que deverá ser seguida for tomada de forma ativista).

3.1 O caso da União Homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132)

Nesses julgados, o STF foi chamado a resolver se o conceito de união estável, previsto no Código Civil (art. 1.723) e na própria Constituição Federal (art. 226, § 3º) deveriam ser interpretados de forma literal quando mencionam a união entre “homem e mulher” ou a interpretação poderia ser ampliada para incluir casais do mesmo sexo. Esse foi um caso clássico de omissão proposital do Poder Legislativo. É sabido que a sociedade brasileira, é extremamente conservadora, situação que se reflete nos seus representantes eleitos. Os políticos, nesse caso, decidiram não decidir e deixar a questão em aberto, porém milhares de casais do mesmo sexo buscavam igualdade, seja para efetivar direitos, como sucessão ou a própria isonomia e dignidade. Nesse caso concreto, o STF entendeu que havia sim um preconceito dirigido a casais do mesmo sexo e que a previsão de união estável contida no Código Civil não poderia se limitar a casais heterossexuais por estar privando esse grupo da referida entidade familiar.

O julgamento revelou uma atuação progressista e por que não contra-majoritária do STF e o fez em respeito à verdadeira democracia, na qual os direitos das minorias são preservados.

Questão interessante foi o desdobramento (lógico) dessa decisão. Se pessoas do mesmo sexo podem formar união estável e a própria Constituição incentiva a transformação da união estável em casamento, por que não aceitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo? Foi exatamente esse o raciocínio do Conselho Nacional de

verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município - como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito.” (BARROSO, 2015, pg. 442).

Justiça ao editar a Resolução 175/2013, que determina que todos os Cartórios deverão proceder à celebração do referido casamento²⁴.

Esse é um grande exemplo das consequências do ativismo judicial, que muitas vezes não são imaginadas no julgamento, mas podem potencialmente se tornar tão ou mais importantes que a própria decisão, o que parece ser o caso, no qual a possibilidade de casamento ganha mais notoriedade e importância do que a possibilidade de união estável.

3.2 O caso da descriminalização do aborto (ADPF 442)

A ação de descumprimento de preceito fundamental 442, que ainda se encontra pendente de julgamento, discute recepção ou não dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República. Na prática, o objeto da ação é descriminalizar o aborto. A ideia central pode ser resumida no sentido que na época da elaboração do Código Penal a criminalização do aborto era condizente com a sociedade, mas na atual evolução da sociedade brasileira e das democracias ocidentais não faria sentido criminalizar essa conduta, o que prejudicaria a dignidade da pessoa humana, principalmente da mulher.

Esse estudo não visa opinar sobre essa importante questão que vai ser decidida pelo STF²⁵, mas analisar se a decisão sobre esse assunto pode ser considerada uma

²⁴ Art. 1º da Resolução 175/2013 do CNJ: “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

²⁵ Em sede de Habeas Corpus, a 1ª Turma do STF afastou a prisão preventiva de acusada do crime de aborto, realizado nos três primeiros meses de gravidez, conferindo interpretação conforme à Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal. A ementa do julgado tem a seguinte redação: “Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a

atuação “ativista”. Parece ser o caso. O caminho natural para esse tipo de discussão seria através do Congresso Nacional. Porém, exatamente como visto acima na questão das uniões homoafetivas, os políticos, preocupados com o voto conservador, deixam de agir em relação a esse tema.

Ocorre que nesse caso a “omissão” não é tão facilmente verificada quanto no caso anterior, já que efetivamente existe Lei sobre o assunto, ou seja, em tese a não alteração da mesma já é uma decisão.

Apesar de delicada, salvo melhor juízo, a questão não pode ser analisada de forma tão simples. Desde a edição do Código Penal, vários dispositivos legais já foram alterados, revogados e adicionados, sendo que a questão do aborto realmente ganhou uma maior importância nas últimas décadas em todo mundo ocidental, inclusive no Brasil através de movimentos da sociedade civil.

De qualquer forma, os temas sensíveis da nossa sociedade não podem ser esquecidos ou a proteção de eventual direito das mulheres em realizar o aborto ou pelo menos não criminalizar a conduta, ao menos merece ser considerado pelo Estado, nem que seja para reafirmar a proibição.

4. CONCLUSÃO

Como se viu acima, o ativismo judicial não pode ser considerado algo nefasto ou prejudicial ao sistema de justiça, já que sua aplicação é necessariamente voltada para a proteção de direitos, muitos deles fundamentais.

A simples discussão da questão, quando omissos os outros Poderes do Estado já pode ser benéfica para esclarecer o tema ou até auxiliá-los na elaboração de políticas

médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.” (HC 124306/RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 09/08/2016, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017).

públicas. É o que parece estar acontecendo em relação a política de enfrentamento ao tráfico e uso de drogas, que notadamente está seguindo um processo de descriminalização.

O ponto central parece ser uma discussão séria sobre qual tipo de juiz queremos ou precisamos ter em nossa sociedade. Os franceses criaram um modelo restritivo de magistratura, talvez pelos ensinamentos gerados pela revolução francesa. Já os norte americanos conferem notadamente amplos poderes aos magistrados. Considerando que o Poder Judiciário normalmente é o último amparo de parte da população, em geral a mais necessitada, me parece que o magistrado não só pode como dever analisar todas as questões inerentes à proteção de seus direitos.

A necessidade de controle é inerente a todo ser humano e os juízes não podem ser imunes a isso, mas submissão do Poder Judiciário a outro Poder é inaceitável, cabendo a ele, como guardião da Constituição a prerrogativa de errar por último, de resolver a questão definitivamente.

O que devemos fazer é investir na formação dos juízes²⁶, levar pessoas mais humanas e conscientes dos problemas meta jurídicos à magistratura, com o constante aperfeiçoamento, seja para melhor identificar a real violação de direitos, seja para atuar, mesmo que de forma “ativista” na proteção deles.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (organizadores). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

²⁶ “No Brasil de agora, não pode o juiz aplicar, simplesmente, os dados normativos residentes, por exemplo, no Código Civil, sem procurar adequá-los aos novos tempos e, mais, à ideia de direito consagrada na Constituição. Esse trabalho de adequação (negativa de aplicação de determinados dispositivos e interpretação de outros conforme a Constituição) não é fácil. E, neste ponto, nem todos estão preparados para levá-lo adiante (...) A análise séria, interdisciplinar e consciente, da concepção de direito subjacente às decisões judiciais é fundamental para a realização de uma justiça atualizada. A discussão do direito aplicável (os dados normativos) bem como do direito aplicado (as decisões judiciais) deve ser urgentemente retomada pelas escolas de direito, pelos operadores jurídicos e também pela sociedade (CLÉVE e BARROSO, 2011, pgs. 670-671)”

CANOTILHO, J.J. GOMES [et al.]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Juspodivm: Salvador, 2011.

CLÉVE, Clémerson Merlin e BARROSO, Luís Roberto (organizadores). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Volume IV Organização dos Poderes da República. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição. Revista e atualizada. Saraiva: São Paulo, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Manual de Direito Processual Civil, 9ª ed. revista e atualizada Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. (versão eletrônica). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil, 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JUNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coordenadores). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.