

Ativismo judiciário: uma discussão acerca da nova postura do Poder Judiciário

Judiciary activism: a discussion on new position of the Judiciary Power

Monalisa Teixeira Silva

10.º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas.

e-mail: monalisateixeira@yahoo.com.br

Resumo: O ativismo judiciário tem se tornado um tema bastante polêmico entre a sociedade e os operadores do direito: questiona-se a atuação do Poder Judiciário frente às omissões deixadas pelo Legislador; procura-se entender se a atuação do Judiciário não estaria configurando uma ofensa ao princípio da Tripartição dos Poderes, formulado por Montesquieu. Assim, o presente artigo analisa o objeto da omissão legislativa no contexto da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, passando ao estudo das faces do ativismo judiciário e de uma das mais recentes amostras dessa atuação, que foi a questão da fidelidade partidária. Buscou-se analisar também os aspectos positivos e negativos que resultam dessa nova atuação, concluindo que o ativismo judiciário é necessário para que sejam efetivadas as aplicações das normas, e também para garantir os direitos da sociedade, podendo inclusive chegar a permitir um equilíbrio entre todos os poderes.

Palavras-chave: Ativismo Judiciário. Omissão legislativa. Poder Judiciário. Poder Legislativo.

Abstract: The judiciary activism showed to be a very polemic topic between society and the right operators: the actuation of the judiciary power behind the omissions left by the legislator are questioned; and one may try to understand if the actuation of the judiciary would not be an offense to the principle of the three powers formulated by Montesquieu. This way the present work analyzes the object of the legislative omission in the context of the declaratory action of unconstitutionality by omission and of the injunction mandate; and also proposes the study of the faces of the judiciary activism and of one of the most recent examples of this actuation: the matter of the party fidelity. We tried to analyze also the positive and negative aspects that come from this actuation, concluding that the judiciary activism is necessary to put the norms application into effect and also to guarantee the rights of society, what may promote a harmony among the powers.

Keywords: Judiciary activism. Legislative omission. Judiciary Power. Legislative Power.

1. Introdução

Recentemente uma questão polêmica ganhou espaço nos mais diversos meios de comunicação. O Congresso e o cenário político como um todo depararam com uma

série de escândalos e CPIs, que conturbaram a sua agenda, atrasando votações e projetos de leis que demandavam certa urgência. Em meio a tanta morosidade, o Poder Judiciário, representado pela sua corte maior, o Supremo Tribunal Federal, viu-se obrigado a decidir sobre algumas questões de responsabilidade do Poder Legislativo que clamavam por uma solução rápida e eficaz.

Essa nova postura do Poder Judiciário é denominada de “Ativismo Judiciário”, e ocorre quando o judiciário depara com uma omissão do Legislativo e é chamado para regulamentar determinada matéria que já deveria ter sido regulada pelo Poder Legislativo. Esse ativismo judiciário praticado pelo Poder Judiciário tem gerado algumas indagações, as quais serão objetos do presente trabalho.

Assim, buscaremos entender o termo denominado de “ativismo judiciário”, analisando a teoria da tripartição dos poderes, bem como os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, traçando considerações acerca da omissão legislativa e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Estudaremos também o instituto do mandado de injunção, contemplando as faces do ativismo judiciário e a fidelidade partidária à luz do que chamamos de ativismo judiciário, traçando aspectos positivos e negativos desta conduta.

2. Breves considerações acerca do Ativismo Judiciário

O ativismo judiciário pode ser entendido como um fenômeno de intensificação da ação do Poder Judiciário, pois está voltado para a concretização de direitos e demandas sociais, por meio da interpretação principiológica. O ativismo judiciário tem se mostrado como uma evolução natural das democracias modernas.

No sentido filosófico, o termo ativismo pode ser descrito como qualquer doutrina ou argumentação que privilegie a prática efetiva de transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa.

O ativismo judiciário ficou consagrado nos Estados Unidos, no início dos anos 1970; contudo, tal ideia veio da França, onde o ativismo judiciário já havia sido sufocado e nunca mais ressuscitou. De acordo com Luiz Guilherme Marques¹, a mais antiga manifestação de ativismo judiciário ocorreu na França, no período em que o Rei Luís XVI era questionado pelos membros do Judiciário da instância superior.

¹ MARQUES, Luiz Guilherme. *O ativismo Judiciário brasileiro e o modelo americano*. Disponível em http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=1056. Acessado em: 10 nov. 2007.

Nos Estados Unidos, a ideia destacou-se no período em que John Marshall foi presidente, pois o princípio do ativismo, de conceder certa autonomia ao Poder Judiciário, constituiu em seu estandarte.

A atividade do Legislativo nos Estados Unidos é restringida ao mínimo, sendo que a sua atividade de legislar só é exercida nos assuntos relevantíssimos; do contrário, tudo é deixado por conta do Judiciário, sendo que ele é o responsável pela criação e modificação do Direito quando se diz respeito a temas de importância não tão grave.

No entanto, no Brasil, acredita-se que a atuação do Poder Judiciário e sobretudo do Supremo Tribunal Federal, sua cúpula maior, não passa de uma adesão ao modelo americano da *Common Law*, em que não há a intenção declarada de disfarçar ou desmerecer o Legislativo. Para melhor entender um pouco do que chamamos de “ativismo judiciário”, far-se-á necessário tecer algumas considerações, conforme veremos adiante.

3. A Teoria da Tripartição dos Poderes

A separação dos poderes, também chamada de tripartição dos poderes, segundo muitos autores, foi primeiramente formulada por Aristóteles (DALLARI, 1995. p.186), que isolou o funcionamento do complexo estatal em tipos de atos: deliberações sobre assuntos de interesse comum, organização de cargos e magistraturas e atos judiciais. A teoria de Aristóteles posteriormente foi reformulada por Montesquieu (2000), que pregava que qualquer atividade estatal deveria estar precedida de normas abstratas e gerais, chamadas de leis. Para Montesquieu os atos concretos só seriam legítimos se fossem embasados com fundamento nas normas gerais.

Também foi prevista uma terceira função, denominada de função judiciária, que deveria apontar soluções para as divergências oriundas da aplicação das leis. Para Montesquieu, as funções deveriam corresponder a órgãos distintos e autônomos, de forma que um não recebesse ordens do outro, mas que todos fossem encarregados tão-somente de desempenhar a função que lhe emprestou o nome.

No entanto, hoje, vivenciamos uma flexibilização na teoria elaborada por Montesquieu, pois é visível a interferência de determinado poder no exercício de funções que deveriam caber a outro.

O princípio da separação dos poderes está presente em nosso ordenamento desde o Código Político de 1824, sendo que a Constituição do Império adotava a separação quadripartita de poderes, segundo a formulação de Benjamim Constant (BONAVIDES, 1993, pp. 228 e ss.), que divide os poderes em Moderador, Legislativo, Executivo

e Judiciário. As demais constituições assumiram a teoria tripartida de Montesquieu, sendo que a Constituição de 1988 diz no artigo 2.º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Para ressaltar a importância deste princípio e a sua insuprimibilidade, a Carta Magna vigente ainda trata da separação dos poderes no seu artigo 60, §4º, III como uma das matérias insuscetíveis de serem objetos de emenda constitucional.

A separação dos poderes tornou-se um dogma constitucional. Até mesmo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16, declara que não seria possível uma sociedade que não assegurasse a separação de poderes ter uma constituição.

José Afonso da Silva (2006, p. 109) preceitua que hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs uma nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e deste com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *harmonia dos poderes*.

A harmonia entre os poderes é regida por normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. Cabe ressaltar ainda que a divisão de funções entre órgãos do poder não são absolutas. Existem interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema que busca o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, indispensável para evitar o arbítrio de um e o desmando de outro.

4. A divisão dos Poderes

4.1. O Poder Legislativo

O Poder Legislativo teve origem na Inglaterra, quando os representantes da nobreza e do povo procuravam limitar a autoridade absoluta dos reis. Rousseau (1978b, p. 15-145) teve uma importante contribuição com a sua teoria da soberania, que dizia que a soberania residia no povo, que a exprimia por meio da lei. Não podendo votá-la diretamente, a comunidade elege representantes, ou parlamentares, que atuam em seu nome.

No Brasil, vigora o bicameralismo federativo, ou seja, o Poder Legislativo em âmbito federal é bicameral, isto é, composto por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. A Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo

e o Senado Federal é composto por representantes dos Estados-membros e do Distrito Federal.

O artigo 44 da Constituição Federal dispõe que “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”. A função primordial do Poder Legislativo é a de legislar. O Legislativo é encarregado da elaboração de normas genéricas e abstratas dotadas de força proeminente dentro do ordenamento jurídico, que se denominam leis.

Contudo, cabe ressaltar que nem todos os atos produzidos pelo Legislativo são leis. Este Poder, secundariamente administra e julga, sendo tais funções denominadas de atípicas. A função de administrar ocorre quando promove cargos de sua estrutura ou atua no poder de polícia. A função de julgar ocorre quando são decididos sobre os crimes de responsabilidade (exemplo: artigo 52 e 86 da CF, quando julga os Ministros do STF e membros dos Conselhos Nacionais de Justiça). Muito embora tais funções sejam denominadas de atípicas, elas encontram previsão no artigo 52 da Constituição Federal, e são assim denominadas porque não são próprias nem inerentes à atribuição do Legislativo.

Algumas normas, conforme explica Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 359), por não serem provenientes do Poder Legislativo, não podem ser chamadas de leis, como é o caso das medidas provisórias (art. 62 da CF) e regulamentos (art. 84, IV da CF). Tais normas são consideradas gerais e abstratas.

4.2. O Poder Executivo

O Poder Executivo é o poder encarregado de praticar atos de chefia de Estado, governo e atos de administração. De forma bem atípica, o Poder Executivo também legisla, por meio de medida provisória, e julga quando necessário, como por exemplo, no “contencioso administrativo”, exercido em caso de defesa de multa de trânsito.

As atribuições do Poder Executivo devem estar sempre em harmonia com os demais poderes. Gilmar Mendes *et al.* (2008, p. 905) expõem que a designação de Poder Executivo acaba por descrever uma forma acanhada: as funções desempenhadas transcendem a mera execução da lei, uma vez que além de executar a lei, o Poder Executivo ainda exerce certo predomínio na vida política nacional, abrangendo funções de administração e governo.

Hoje, diante das exigências do Estado, o Poder Executivo ocupa uma posição

ímpar frente aos demais poderes. Cabe ao Executivo tomar decisões com celeridade e governar, sempre atento a que o termo “governar” vai além de simplesmente administrar.

4.3. O Poder Judiciário

O Poder Judiciário é o poder que mais se singulariza com referência aos demais Poderes; sua função típica é aplicar a lei ao caso concreto, usando da autoridade e coisa julgada, o que torna as decisões judiciais imutáveis. O Poder Judiciário encontra-se disciplinado na Constituição Federal nos artigos 92 a 126, e é o Poder incumbido de compor os conflitos de interesses em cada caso concreto.

A atuação do Poder Judiciário se dá através da jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial. Grosso modo, podemos dizer que o Poder Judiciário é quem aplica os critérios e leis que foram elaboradas pelo legislador. A lei dirige-se indistintamente a todas as pessoas, não dá nada a ninguém especificamente, confere a todos um direito abstrato, sendo que o que se encontrar na situação de fato descrita na lei terá um direito subjetivo ao objeto nela encontrado.

Com já dito quanto aos outros Poderes, o Poder Judiciário também exerce funções atípicas, quando, por exemplo, edita atos de conteúdos normativos, como portarias e resoluções, para suprir as suas necessidades internas.

Dentro de todo o contexto que envolve a teoria da Tripartição dos Poderes, é necessário compreender que o Estado se adapta às necessidades que vão surgindo, de forma que em muita das vezes, para se ter uma solução rápida, é necessário que um poder atue paralelamente junto a outro, colaborando no sentido de que as necessidades sejam supridas com a maior rapidez possível. Foi dentro de todo esse contexto que surgiu o chamado “ativismo judiciário”, que visa a suprir uma lacuna ou omissão deixada pelo legislador.

5. Algumas considerações acerca da Omissão Legislativa e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão envolve o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões que estão ligadas à eficácia das normais constitucionais. No entanto, deve ser ressaltado que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ainda desafia a angústia do jurista,

que busca uma solução do problema por intermédio do processo constitucional.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o mandado de injunção, este último inovação da Constituição Federal de 88, não foram precedidos de estudos criteriosos, embora já exista um grande esforço para descobrir a real utilidade de tais institutos.

A Corte Constitucional alemã reconhece que o legislador haveria de dispor de um prazo razoável para adaptar o direito ordinário à nova ordem constitucional, reconhecendo como ainda constitucional o direito anterior, que deveria ser aplicado nessa fase de transição. No Brasil, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ainda tem uma aplicação muito restrita.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão se destina à defesa da ordem jurídica. Os órgãos incumbidos de propor essa ação agem como um “advogado do interesse público” (MENDES, *Op. Cit.*, p. 1181), uma vez que defendem um interesse da coletividade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa a controlar a morosidade dos órgãos legislativos, sendo que o artigo 103, §2.º da CF, estabelece que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa a dar ciência ao Poder competente, para que este possa efetivar uma norma constitucional, tomando as providências necessárias. Ressalte-se ainda que se a omissão for proveniente de um órgão administrativo, será concedido um prazo de 30 dias, para que este tome as providências necessárias, editando a norma necessária para suprir a omissão existente.

Deve-se ter em mente que a função da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não é apenas de editar normas que regulamentem as mais diversas situações, mas sim, de proporcionar que tais normas sejam legitimadas, mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos.

Para que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão exista, é essencial que antes haja uma omissão legislativa, pois o Poder Legislativo é o destinatário final de tal ação, que deverá desencadear o processo legislativo. Desencadeado o processo legislativo, o Supremo Tribunal Federal entende que não poderá se cogitar em omissão inconstitucional do legislador².

Contudo, é necessário entender que apesar de alguns casos exigirem um pouco mais de complexidade, tal motivo não pode justificar a conduta desonrosa e negligente que muitas vezes é praticada pelo Poder Legislativo.

² Nesse sentido, ADI 2.495, Rel. Ilmar Galvão, julgada em 02.05.2002, DJ de 02.08.2002.

A inconstitucionalidade por omissão ocorrerá quando a mora do legislador for reconhecida. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão existe porque um dever de legislar não foi cumprindo com a observância que determinou a Carta Magna.

A omissão do legislador pode ser absoluta, que ocorre quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada; ou parcial, que ocorre quando atender parcialmente a vontade constitucional. Portanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão limita-se tão-somente a reconhecer a inadimplência do dever constitucional de legislar, apesar de estar sendo verificado que se os requisitos para a concessão da cautelar estiverem presentes, a medida cautelar poderá ser deferida pelo julgador.

Quando a morosidade do legislador for reconhecida, o Tribunal deverá dar ciência da decisão ao órgão que se mostrou moroso, conforme estabelece o artigo 103, §2.º da CF. Se a omissão parcial de uma norma for reconhecida, a decisão que a reconhecer terá efeito *erga omnes*, ou seja, todos estarão sujeitos aos efeitos da decisão e conseqüentemente, será retirada a obrigatoriedade e aplicação da norma.

6. Considerações sobre o Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção é uma inovação da Constituição de 88, que prevê em seu artigo 5.º, LXXI, “a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Quando for reconhecida a procedência do Mandado de Injunção, o órgão legislativo deverá ser informado da decisão para tomar as providências cabíveis, sendo que, se a omissão for de órgão administrativo, este estará obrigado a suprir a lacuna no prazo de 30 dias.

O Mandado de Injunção tem sido objeto de grandes divergências na doutrina: alguns sustentam que as regras que instituíram o Mandado de Injunção não são suficientes para possibilitar a sua aplicação, pois a sua utilização fica condicionada à regulamentação de regras processuais regulamentadoras; já outros doutrinadores, como José Afonso da Silva (*Op. Cit.* p. 450-452), acreditam que competiria ao juiz proferir a decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão. Porém, ainda existem outros doutrinadores que acreditam que a decisão proferida pelo juiz ainda poderia conter uma regra geral, que pudesse ser apli-

cada a todos os casos semelhantes. No entanto, se adotada, essa corrente teria fortes semelhanças com a atividade legislativa, uma vez que o Tribunal poderia vir a editar normas abstratas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 321-322) entende que o mandado de injunção destina-se tão-somente a aferir a existência de omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado. Sendo assim, as decisões que o Supremo Tribunal Federal profere no mandado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão são de caráter obrigatório ou mandamental.

Foram propostas inúmeras ações de Mandado de Injunção perante o STF, fazendo com que este não só apreciasse a questão relativa à imediata aplicação desse instituto, independentemente da promulgação de regras processuais próprias, como também que decidisse sobre o significado e a natureza desse instituto na ordem constitucional brasileira.

É certo que o Mandado de Injunção é o não-cumprimento de um dever constitucional de legislar que, direta ou indiretamente, afeta direitos constitucionalmente assegurados.

Qualquer pessoa física ou jurídica é parte legítima para impetrar mandado de Injunção, desde que, em razão da omissão normativa, esteja impossibilitada de exercer um dos direitos protegidos pelo inciso LXXI do artigo 5.º da Constituição Federal. É possível, inclusive, o Mandado de Injunção coletivo, quando proposto por entidade associativa na defesa dos interesses de seus filiados.

O que tem acontecido atualmente é que mesmo sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o STF afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, quando o assunto é o Mandado de Injunção. Antes o STF se limitava apenas a reconhecer a omissão do legislador, sem se interessar em efetivar soluções; hoje o Mandado de Injunção tem a sua real utilidade aplicada, ou seja, os magistrados estão criando normas provisórias e suprimindo a ineficiência do Poder Legislativo.

Tem surgido uma nova compreensão desse instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial, que pode ser percebida por meio das decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello). Tais decisões indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, como essa denominação é utilizada no direito italiano.

O Supremo Tribunal Federal, quando se pronunciou acerca dos primeiros man-

dados de Injunção que foram impetrados, equiparou este à inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2.º da CF). Logo após, no julgamento do Mandado de Injunção 107, surgiu uma grande indagação sobre a aplicabilidade do Mandado de Injunção, mas a Corte acabou decidindo que a Constituição Federal não é expressa no dizer que cabe ao Judiciário suprir a omissão da norma regulamentadora, legislando, ainda que provisoriamente.

7. As faces do Ativismo Judiciário

O ativismo judiciário seria o resultado de uma evolução social, política e cultural de nossa época, dado que este processo tem sido sempre reflexo das sociedades em certos períodos. Hoje, após o enfraquecimento da teoria de Montesquieu, muitos sustentam que os Poderes somente se definem sob o ponto de vista formal ou orgânico, pela estruturação e competência que lhes tenha dado determinada organização constitucional.

Tem-se acreditado que as constantes oscilações do Judiciário, através do ativismo judicial, poderão levar à falência de certos institutos, como o mandado de injunção, uma vez que o mesmo tem índole meramente mandamental de fazer com que o legislador ou a autoridade competente do Legislativo ou Executivo providencie a edição da norma regulamentadora no prazo assinado sob pena de mora legislativa, ou do contrário, em caso de omissão, a regulamentação será suprida pelo próprio judiciário, de acordo com o caso concreto.

Evandro Gueiros Leite (1999, p. 25-55) esclarece que muito se tem especulado sobre o papel do Judiciário, que estaria deixando de ser intérprete e aplicador das normas para ser o feitor das normas, confundindo-se a função judiciária com a legislativa. O certo é que o Poder Judiciário como um todo passou a adotar uma postura ativa, buscando aplicar e interpretar o direito, dando concretude aos princípios que regem o ordenamento e fornecendo uma resposta que atenda à sociedade, em suas questões mais relevantes.

Leandro Fortes³ assinala em seu artigo a opinião do jurista Dalmo Dallari, que afirma que a maior presença do Supremo no cenário político hoje é consequência de “falhas graves” do Poder Legislativo. Afirma ainda que o Legislativo é omissivo, muitas

³ FORTES, Leandro. *O parlamento de Toga*.

Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/imprensa>. Acesso em 07 mar. 2008.

das leis criadas são inconstitucionais e decisões são tomadas por critérios políticos, em função de interesses imediatos.

Muitas das vezes o Supremo Tribunal Federal tem abandonado a sua postura conservadora e se antecipado ao legislador, como foi o caso da oficialização da união estável entre homem e mulher, mesmo sem a necessidade de se casarem formalmente, como a lei ordena. Foi o Supremo que reconheceu primeiro essa união, que posteriormente foi aprovada pelo Congresso.

Outros casos também ocorreram quando STF ordenou ao Congresso que instalasse uma CPI sobre a polêmica que provocou grandes danos políticos ao governo. Mesmo com todas as assinaturas necessárias para instalar a CPI dos Bingos, a oposição teve de recorrer ao Supremo Tribunal Federal para garantir as investigações. Alguns meses após ter ocorrido tal fato, a base do governo tentou impedir a instalação da CPI do Apagão Aéreo. Novamente, oposição e governo não chegaram a um acordo, tendo sido necessária nova intervenção do Supremo Tribunal Federal.

Há quem sustente que toda essa mudança no Poder Judiciário se deve ao fato de que, com a eleição do presidente Lula, houve uma grande mudança no perfil político-ideológico do STF, uma vez que o presidente Lula indicou 7 ministros em apenas quatro anos e meio de mandato.

Torna-se evidente que todas essas mudanças ocorreram depois de passados vinte anos da promulgação da Constituição Federal. Após a promulgação da Constituição fazia-se necessária a regulamentação de inúmeras leis; no entanto, passado tanto tempo, o Congresso nada fez. Como certas leis são imprescindíveis ao bom desenvolvimento da sociedade, e nada foi feito, o Poder Judiciário se viu obrigado a preencher as lacunas deixadas pelo legislador.

Acredita-se que o ativismo judiciário seja mais um dos frutos do Estado Democrático de Direito, uma vez que o vínculo existente entre a democracia e o ativismo vem sendo denominado de “judicialização da política”, que nada mais é que a expansão dos Tribunais, conforme expõe Gisele Cittadino (2004, p. 106).

A ministra do Supremo Tribunal Federal, Hellen Gracie Northfleet⁴, disse em recente entrevista que a judicialização da política resulta da dificuldade de obter consenso no Legislativo. A ministra disse ainda que seria mais confortável para o STF não ter que lidar com esse tipo de dificuldade, mas às vezes as questões que se arrastam no

⁴ GRAIEB, Carlos. Fé na Justiça. *Revista Veja*. São Paulo, ed. 2051, ano 41, n. 10, p. 11-15, mar. 2008.

Congresso deságuam no Judiciário. Na visão da ministra, o Judiciário ainda continua sendo um poder inerte, que só age quando provocado pelas vias legais, e o ativismo seria o resultado da dificuldade de se obter consenso sobre certos temas no plano do Legislativo.

8. A legitimidade das decisões do Poder Judiciário

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que legitimidade e legalidade são institutos diferentes, muito embora estejam diretamente ligados. Na legitimidade existe a presunção de que o povo já autorizou o Estado a elaborar determinadas leis e as impor ao grupo social. Portanto, os atos praticados em conformidade com a lei possuem presunção de legitimidade.

Bem sabemos que no nosso ordenamento jurídico, o titular do poder político é o povo (CF art. 1.º, parágrafo único), sendo que é o povo que atribui ao Estado, mediante seus órgãos, a capacidade de criar e impor as condutas. Porém, todos os atos praticados pelo Estado devem estar de acordo com o que prevê a Constituição Federal, sob pena de não serem válidos. Se tal penalidade não existisse, a vontade do povo, que é o detentor do poder, estaria sendo afastada. Assim, a atuação do Poder Judiciário será legítima na medida em que este atuar em conformidade com a vontade do povo.

O Poder Político é uno, decorrente da soberania popular, pois os membros dos Poderes Executivo e Legislativo chegam ao poder por meio de eleição direta, sendo que de tempos em tempos ocorrem novas eleições para que o povo possa escolher novos representantes.

No que tange ao Poder Judiciário, a indicação dos representantes não se dá da mesma forma, não há a participação popular. Contudo, a falta de participação do titular do poder não retira totalmente do Judiciário a legitimidade, pois este modo de escolha está definido no texto constitucional. Trata-se de um modo de indicação totalmente legal.

Os juízes de primeiro grau ingressam no cargo por meio de concurso público, ou seja, através de mérito no acesso (art. 93, I da CF). Nos Tribunais, também não há a participação popular na escolha de seus integrantes, os mesmos são escolhidos por pequenas castas sociais, sendo que tal composição também tem amparo legal na Constituição.

A escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal se dá por interferência do Executivo e Legislativo. O Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 101 da

Constituição Federal, é composto por onze ministros, que são escolhidos dentre os cidadãos com mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Os ministros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, embora bem saibamos que ultimamente o Senado apenas vem homologando tais indicações. Portanto, todas as decisões do Poder Judiciário possuem “menor carga” de legitimidade do que as decisões dos Poderes Executivo e Legislativo, devido à forma de escolha dos representantes que ocupam os cargos do Poder Judiciário.

Segundo Agapito Machado Júnior⁵, a decisão judicial é fruto da função jurisdicional, de forma que o Poder Judiciário deverá dar ao jurisdicionado aquilo que o ordenamento jurídico lhe proporciona, mas impede que consiga com as próprias forças.

Acredita-se que a missão principal do Supremo Tribunal Federal em suas decisões é assegurar a efetividade das normas constitucionais. As decisões só serão legítimas quando assegurarem os direitos fundamentais e a eficácia constitucional. Todos os critérios que forem embasar as decisões a serem tomadas pelo Poder Judiciário devem ser jurídicos, pois do contrário, se tais critérios forem estranhos à Constituição ou ao ordenamento jurídico, haverá uma distorção na missão do STF e conseqüentemente, o afastamento da legitimidade que acompanhará a decisão.

9. O Ativismo Judiciário e a Fidelidade Partidária

Após deparar com mais uma omissão do Legislativo, o Poder Judiciário se viu obrigado a se pronunciar acerca da fidelidade partidária, que surgiu após um período conturbado e com muitos escândalos no meio político.

Consultado pelo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje atual Democratas, o Tribunal Superior Eleitoral se viu obrigado a editar em 2007, a Resolução n.º 22.610, que regulamenta as hipóteses de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Frente à consulta formulada pelo partido, o TSE não teve alternativa a não ser solucionar de uma vez por todas esse problema que havia estado em debate anteriormente no Judiciário. Na consulta que foi formulada ao TSE, o Partido Democratas buscava saber se, no caso das eleições proporcionais (deputados estaduais e federais), os mandatos pertenceriam aos partidos ou aos candidatos eleitos.

⁵ MACHADO JÚNIOR, Agapito. A legitimidade do Poder Judiciário e a função de constitucional do Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n.965, 23 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/testo.asp?id=7992>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

O TSE, pela Resolução n.º 22.610, entendeu que os mandatos pertenciam ao partido, uma vez que para ser eleito, o cálculo utilizado é o do quociente eleitoral, que considera a votação total das siglas, ou seja, o cálculo de quantas cadeiras serão ocupadas pelo partido se dá com base nos votos obtidos pelo partido. O TSE ainda esclareceu que o motivo de tal decisão era porque para que um candidato seja eleito, primeiro se faz necessária a filiação em um partido, ademais, o mandato para o partido significa a sua representação na casa onde obteve o número suficiente de votos para ocupar a cadeira.

O TSE alegou ainda que tal entendimento não era nenhuma inovação, pois a decisão teria amparo legal e constitucional, no artigo 14, §3.º, V e art. 17, §1.º, contando ainda, com amparo legal no artigo 2.º, art. 108, art. 175, §4.º, art. 176 do Código Eleitoral, art. 26 da Lei 9.096/95, art. 11, II da Lei 9.504/97.

Respondida a consulta, os partidos PPS, PSDB e DEM fizeram um requerimento ao Presidente da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia, requerendo a vacância de 23 deputados que mudaram de partido a partir das eleições de 2006, até maio de 2007, requerendo ainda que tais cadeiras fossem ocupadas imediatamente pelos suplentes. O Presidente da Câmara dos Deputados indeferiu tal pedido. Então, os partidos recorreram ao STF, para que este decidisse sobre a polêmica levantada.

O STF confirmou a decisão proferida pelo TSE, entendendo que no caso das eleições proporcionais, o mandato pertenceria ao partido, dizendo ainda que o direito dos partidos e das coligações à vaga no Poder Legislativo é extraído da própria Carta Magna e que a fidelidade partidária deveria ser aplicada somente aos que trocaram de partido a partir de 27/03/2007.

Tais decisões ainda continuaram causando grande polêmica, uma vez que alguns defendiam que o Tribunal Superior Eleitoral não tinha competência para editar tal regulamentação, e que estaria violado o princípio da separação dos poderes expresso no artigo 2.º da Constituição Federal.

Apesar de o artigo 23 do Código Eleitoral permitir a atuação do TSE no sentido de responder questões que afetam o direito eleitoral e expedir instruções para a execução da referida lei, alguns entendimentos foram categóricos em declarar que houve uma invasão na competência privativa da União estampada no artigo 22, I da Constituição Federal. No entanto, existe outro posicionamento que entende que a decisão tomada não trata de invasão de competência, mas, sim, de uma decisão que veio para fortalecer a democracia, pois o tribunal ainda executou o seu poder normativo legal-

mente garantido.

Letícia Pimenta Madeira Santos⁶ expõe que, no caso da decisão tomada pelo TSE e STF, o ativismo judiciário não significa de maneira alguma uma lesão à separação dos poderes, já que a atuação do Poder Judiciário se deu no sentido de conjugar a sua qualidade de destinatário dos comandos constitucionais e, ao mesmo tempo, de aplicador das mesmas, uma vez que estas condutas foram submetidas à sua análise e caberia ao Judiciário solucionar tais questionamentos.

Mesmo com diferentes posicionamentos, o que não é negado entre todos é que a regulamentação da fidelidade partidária foi mais um fruto do ativismo judiciário, e que tal medida se fazia necessária, pois se tratava de uma preocupação da população brasileira, que ainda não tinha sido resolvida devido à inércia do Poder Legislativo.

10. Aspectos positivos e negativos do Ativismo Judiciário

Muito embora ainda se trate de um tema novo no cenário do Judiciário e em toda conjuntura que envolve o processo de elaboração de normas e omissões do Poder Legislativo, já é perfeitamente possível traçar alguns aspectos positivos e negativos das condutas oriundas do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário se faz representar por sua cúpula maior, que é o Supremo Tribunal Federal, que não tem dado sinais de cansaço da sua postura ativista; pelo contrário, o ativismo judiciário continua crescendo em cada Tribunal. Isto pode até ser benéfico, uma vez que agindo assim, o Judiciário tem a possibilidade de encobrir as lacunas e deficiências deixadas pelos encarregados de legislar e fazer com que estes se atentem para o fato de que é necessário levar mais em conta a Constituição. Enquanto o Legislativo tarda no processo de elaboração das leis, o Poder Judiciário se encarrega da aplicação das leis e as adapta de acordo com os reclamos da sociedade e em conformidade com a modernidade.

Acredita-se também que as decisões do Poder Judiciário podem ser mais benéficas por não se apresentarem com o intuito de conquistar votos. O Poder Judiciário não exerce função política, mas, sim, a de assegurar a todos os cidadãos a efetivação das normas e direitos assegurados constitucionalmente.

⁶ SANTOS, Letícia Pimenta Madeira. A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1748, 14 abr. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aps?id=11156>. Acesso em: 11 ago. 2008.

No entanto, apesar do ativismo judiciário apresentar benefícios, também sobram espaços para as críticas. Muitos se manifestam no sentido de que essa nova postura do Judiciário pode contaminar os membros do Poder Judiciário, fazendo com que atuem com base em critérios estranhos à Constituição, invadindo a competência dos demais poderes, podendo tornar a atuação totalmente ilegítima, inclusive chegando a corromper o julgador. Ademais, ainda existe quem acredite que, por não ser um Poder eleito, as decisões do Judiciário nem sempre conseguirão atingir e agradar a todos os anseios da população.

Outro aspecto que alguns doutrinadores consideram como extremamente negativo é que quando o Judiciário é chamado para responder às emergências do Congresso, faz com que julgamentos importantes, que dizem respeito à vida extraparlamentar, sejam adiados, aumentando ainda mais a sensação de morosidade da justiça.

11. Considerações finais

O ativismo judiciário é mais um dos frutos do estado democrático de direito, pois permite que seja exercida uma conduta positiva, garantindo a aplicação do texto constitucional de maneira a evitar abusos deixados pela omissão.

Apesar de inúmeras críticas, o ativismo judiciário tem sido bem aceito pela sociedade, principalmente nos casos em que há uma omissão do Congresso, pois a conduta ativista supre as lacunas deixadas pelo legislador e coloca freio na feitura de normas mal elaboradas. A postura adotada pelo Poder Judiciário busca completar a Constituição, exercendo assim, a sua função mais nobre.

Diante do novo contexto da Teoria da Tripartição dos Poderes, em que já é possível falar até em harmonia entre os poderes, o ativismo não apresenta lesão ao referido princípio; pelo contrário, o Judiciário procura é efetivar a aplicação das normas de acordo com as condutas concretas que são submetidas a sua análise, chegando até a proporcionar um equilíbrio entre os poderes.

A Constituição não veda expressamente a conduta dos julgadores como legisladores positivos, mas também não traz nenhuma previsão expressa que autorize ao Poder Judiciário suprir omissões deixadas pelo legislador, a não ser no caso do mandado de injunção, em que o julgador é autorizado a criar normas provisórias para suprir a omissão do legislador.

Entendemos que a conduta do Poder Judiciário é totalmente legal e não interfere na competência dos demais poderes, desde que aquele atue em conformidade com o

princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, agindo somente dentro do caso concreto em que for chamado para se manifestar.

Ademais, é necessário ressaltar que a sociedade não pode ser prejudicada em virtude da omissão e da incompetência de certas autoridades públicas, por causa da uma visão arcaica do princípio da separação dos poderes. Portanto, quando o Judiciário se deparar com uma lacuna, se a mesma não for suprida pelo Poder competente, é papel do judiciário suprir a omissão, uma vez que o Poder competente para legislar depois de passados 20 anos da promulgação da Constituição ainda não conseguiu suprir todas as lacunas deixadas pelo constituinte.

A criatividade judicial não pode ser vista como um defeito, mas como uma qualidade e obrigação do Poder Judiciário que, além de garantir a aplicação da lei, ainda deve atuar de forma que atenda aos reclamos da sociedade.

Referências Bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo, Malheiros, 1993.
- BRASIL, Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 1988.
- CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia*. *Alceu*, vol. 5, n. 9, p. 105-113, dez. 2004.
- DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FORTES, Leandro. *O parlamento de Toga*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/imprensa>. Acesso em 07 mar. 2008.
- GRAIEB, Carlos. Fé na Justiça. *Revista Veja*. São Paulo, ed. 2051, ano 41. n. 10, p. 11-15, mar. 2008.
- LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*, in: *STJ: dez anos a serviço da justiça: doutrina*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 55.
- LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MACHADO JÚNIOR, Agapito. A legitimidade do Poder Judiciário e a função de constitucional do Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 965, 23 fev.

2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/testo.asp?id=7992>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

MARQUES, Luiz Guilherme. *O ativismo Judiciário brasileiro e o modelo americano*. Disponível em http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=1056. Acessado em: 10 nov. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, J.-J. 1978b. *Do contrato social*. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, pp. 15-145. (Col. "Os Pensadores").

SANTOS, Letícia Pimenta Madeira. A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1748, 14 abr. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11156>. Acesso em: 11 ago. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.