

Ativismo judicial

Judicial Activism

DIOVANE GOMES CAIXETA

Aluno do 3º Período do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
e-mail: diovane_diou@hotmail.com

Resumo: O artigo tem por objetivo visualizar e questionar os aspectos positivos e negativos no que diz respeito à atuação ativista do Poder Judiciário, considerado sob os pontos de vista legais, práticos e também democráticos. Dada a necessidade de acionamento judicial para solução de problemas, o Poder Judiciário acaba ganhando força e atuando de forma a extrapolar seu limite de atuação e a invadir a área de atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, sendo que esse fenômeno deve ser estudado e compreendido de forma a possibilitar que se façam considerações a seu respeito, para saber se esse deve ser o caminho a ser seguido ou se sua prática deve ser coibida.

Palavras-chave: Constituição; legislativo; juízes; separação de poderes.

Abstract: The article intends to visualize and question the positive and negative aspects in what concerns the activist actuation of the Judiciary Power, considered under the legal, practical and democratic points of view. Taking into account the need for judicial actions for the solution of problems, the Judiciary Power ends up becoming stronger and actuating so as to extrapolate its actuation limit and to trespass the actuation area of the Legislative and Executive Power. This phenomenon should be studied and understood in a way that leads to consideration about it, so as to know if this is the right way or if it should be repressed.

Keywords: Constitution; legislative; judges; separation of powers

1. Introdução

Uma prática iniciada pela corte norte-americana vem ganhando espaço no cenário jurídico do Brasil. Nessa prática o Poder Judiciário vem tomando cada vez mais decisões complexas e de grande repercussão na sociedade; sendo que com estas decisões ele acaba por abafar e reduzir a atuação e a amplitude dos Poderes Executivo e Legislativo. A essa prática dá-se o nome de Ativismo Judicial.

Impulsionado pelo fenômeno da judicialização da vida, o Ativismo Judicial passa a se tornar uma prática comum nos tribunais que tentam fornecer abrigo para a sociedade que é prejudicada pelos excessos e omissões originadas pelos outros dois

Poderes. Porém em contrapartida dessa visão, existem aqueles que acreditam que isso é uma afronta ao preceito constitucional de separação de poderes harmônica e independente e que esta prática é maléfica, tanto do ponto de vista doutrinário-constitucional, quanto do ponto de vista prático.

Pensando nisso há de se fazer a devida reflexão sobre o tema: o Ativismo Judicial é uma atitude louvável daqueles que tentam explorar e garantir o máximo do direito, ou nada mais é do que uma prática que viola a constituição e que tem o fim de aumentar os poderes dos juízes, dando-lhes a competência para administrar e legislar, além, é claro, da competência para julgar?

2. Ascensão do judiciário após a ditadura militar

Do período que vai do ano de 1964 até o ano de 1985 o Brasil viveu aquilo que foi chamado de Ditadura Militar. Instituído por meio de um golpe dos militares, o governo de Castelo Branco deu início a um tempo conturbado para a liberdade e para a vida da sociedade brasileira.

Uma onda de prisões varreu o país nos dias seguintes ao golpe: líderes sindicais, políticos que apoiavam o presidente deposto, militares de organizações católicas e entidades estudantis e os militares que defenderam o governo legal tornaram-se os alvos preferidos. Não há cálculos exatos sobre o número de presos e perseguidos, mas as avaliações variam de 10 mil a 50 mil pessoas (SAMPAIO, 2010, p. 58).

Impulsionado pelos Atos Institucionais (AI) 1, 2, 3, 4 e 5, o governo militar deu duros golpes na democracia e nos direitos fundamentais. O AI-5 foi o mais pesado dos atos, pois ele concedia poderes em demasia para o presidente da república, que podia intervir nos estados e municípios sem atender previsões constitucionais, e podia decretar estado de sítio¹. No âmbito judicial, o AI-5, além de suspender garantias constitucionais, suspendeu o *habeas corpus*, deixou a cargo do Poder Executivo a autoridade para poder aposentar ou afastar juízes, impossibilitava a discussão judicial de qualquer medida embasada no AI-5, e também concedia poderes legislativos ao presidente. Em suma os militares centralizaram os poderes nas mãos do chefe do poder executivo da união, com isso dificultando, ou até mesmo impedindo, o trabalho do judiciário, impossibilitando-os de efetivar garantias constitucionais, pois estava vinculado e, de forma maquiada, subordinado ao poder executivo.

Nesse período tivemos Federalismo de Integração, ou Estado Unitário, como parte da doutrina afirma. Pois nesse tipo de federalismo existe uma nítida hierarquia entre os entes da federação, sendo que as competências são concentradas na União, que as exerce primeiramente pelo chefe do executivo.

¹ Hoje o Estado de Sítio depende de prévia autorização do Congresso Nacional segundo o art. 49, IV da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

A Constituição de 1946 manteve a técnica federativa de 1934. E se pode afirmar que nos anos de 1967 e 1969 tivemos uma Federação somente nominal, pois o Brasil regrida à condição de Estado Unitário descentralizado, com característica autoritarista, o que muitos autores chamam de “federalismo de integração”, pois se trata de um federalismo que nega o próprio federalismo, ao se confundir a Federação com a União (MELO NETO, 2005).

Os Atos Institucionais e a Constituição de 1967, com a emenda de 1969², deram uma aparente legalidade aos abusos cometidos no regime, pois apesar de absurdos e injustos, os atos praticados pelos militares tinham respaldo na lei, na Constituição Federal. É claro que, apesar de haver legalidade, não havia legitimidade, pois as mudanças legais não tinham o aval do povo, que deve ser o fundamento de um poder, pois ele é o detentor do poder soberano, em uma sociedade democrática.

Se no início do movimento houve apoio de setores sociais para o golpe, o intervencionismo exagerado, a falta de liberdade e legitimidade, os atos de tortura e a perseguição política, que forçaram vários políticos a se exilar no exterior fizeram o quadro se reverter, passando a população a clamar pela liberdade e por um governo democrático. A exemplo disso é louvável lembrar o grande movimento nacional das Diretas Já.

Diante da pressão interna e externa, os militares acabaram por ceder a passagem do militarismo para a democracia. Fato mais marcante da redemocratização do país foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Chamada de constituição cidadã, ela engloba em seu corpo uma gama imensa de direitos e garantias fundamentais (direitos humanos), dando ao Brasil o tão sonhado Estado Democrático de Direito.

Dada essa nova fase democrática, apoiada em uma esplêndida constituição e com o afastamento dos militares da órbita política nacional, entra em cena o Poder Judiciário que ganhou força normativa³ e também o apoio da sociedade, que cada vez mais, procura conhecer um pouco mais da ciência do direito e o tem como ferramenta de busca e garantia de direitos.

O repúdio à forma autoritária de governo com ausência de direitos individuais e sociais fez com que a população adquirisse gosto por um Estado de Direito que pode ser reclamado em juízo. Assim cada indivíduo sente que pode ser protegido por eventuais abusos cometidos, principalmente pelo Estado, pois antes não havia qualquer possibilidade de questionamento. É dentro desse panorama de ascensão do Poder Judiciário no Brasil que se desenrola e ganha força o fenômeno do Ativismo Judicial.

² Para alguns doutrinadores a Emenda Constitucional de 1969 não pode ser considerada uma emenda e, sim, deve ser tratada como uma outra Constituição, pois ela alterou totalmente o texto primário da Constituição de 1967, incorporando nela tudo que estava previsto nos Atos Institucionais.

³ A exemplo do ganho de força normativa que o Poder Judiciário vem adquirindo, com o novo período de democracia, deve ser lembrada a Emenda Constitucional n.º 45, que possibilitou a criação de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, concedendo um grande poder a esse órgão jurisdicional.

3. Sobre o ativismo

3.1. Definições e considerações

A ideia central sobre Ativismo Judicial é que o Poder Judiciário interfere na esfera de atuação dos outros dois poderes. O constitucionalista Luís Roberto Barroso considera que o Ativismo Judicial é

[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (2009, p. 6).

Assim esse fenômeno pode ser entendido como uma maneira de atuação do Poder Judiciário concretizado por decisões dos juízes e, principalmente, por ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), no caso do Brasil, que vão além de simples decisões, pois invadem o espaço do Poder Legislativo e do Poder Executivo, sob o pretexto de se consagrar e afirmar os preceitos constitucionais que muitas das vezes se originam de métodos de interpretação e de justificativas inovadoras. Assim a decisão proferida restringe a liberdade para o exercício dos outros dois poderes, pois vincula esse exercício a uma decisão vinda do judiciário.

Com tanto, pode-se dizer que ocorreu Ativismo Judicial quando o juiz, por meio de suas decisões, acaba por formar uma jurisprudência ou até mesmo uma súmula (vinculante ou não) que se transforma em uma verdadeira legislação, ou que decida os rumos a serem tomados pela administração pública, não se limitando a simples aplicação do texto da lei. Por meio de hermenêutica já consagrada, ele tenta explorar o máximo dos princípios constitucionais.

O contrário do ativismo judicial é chamado de *autocontenção judicial*, em que, no lugar de excesso de participação do Poder Judiciário, tem-se uma participação mais discreta, de forma a deixar mais espaço para que os outros poderes possam definir as políticas públicas; deixando assim de invocar a constituição nos mais diversos casos, sob a justificativa de guardá-la. Era dessa forma que se guiava o judiciário brasileiro antes da promulgação da CF/88, quando então começou uma mudança de atitude que caminhou rumo ao Ativismo Judicial, talvez fruto da conquista da liberdade depois de anos sob domínio de regime ditatorial.

Vale pensar: em caso de conflitos, a quem poderiam recorrer os Poderes Legislativo e Executivo, caso se sintam prejudicados por decisões do judiciário? Eles terão que reclamar ao próprio judiciário, pois a ele cabe a função de julgar conflitos, sendo dele a última palavra e sua última esfera de decisão é o STF, que é um dos que mais proporcionam atitudes ativistas. Portanto é possível concluir que se trata de um ciclo em que o judiciário toma uma atitude ativista, em que existe a possibilidade de se recorrer, mas o recurso será analisado pelo próprio judiciário, é claro, com a possibilida-

de de análise por outras pessoas. Dessa ótica tem-se a sensação de que o Poder Judiciário é onipotente nas decisões judiciais, administrativas e legislativas, pois não é possível escapar da alçada dele.

Com a judicialização da vida, qualquer fato, por mais banal e simples que seja, vira motivo de demanda judicial, tudo passa a carecer de resolução por meio de decisões judiciais. Com isso, a todo momento o judiciário se vê provocado a resolver as mais complicadas e estranhas contendas e, assim, juízes e ministros devem optar por uma solução que consiga dar uma resposta à causa, pois eles estão impossibilitados de se escusar da manifestação, alegando que o reclamante deve aguardar até que o legislativo regule a matéria, seja porque ocorre uma omissão da legislação ou mesmo que ela seja insatisfatória para um caso em específico.

Isto, é claro, não pode ser considerado uma ação errada, pois quem carece de uma resposta para o seu problema não quer saber de onde essa resposta possa sair, mas preocupa-se que ela seja dada tão logo for possível. As pessoas não podem ficar órfãs esperando que o legislativo lembre-se de que certas coisas necessitam de regulamentação ou que o executivo aja como lhe é esperado. O judiciário, notando essa necessidade das pessoas, manifesta-se, não sobrestando decisões para aguardar os outros poderes.

Essa manifestação sobre os mais diversos temas não pode ser considerada errada, mas sim necessária. O problema é que para dar uma resposta a qual foi provocada ocorre intromissão nas competências legislativas e executivas, que pode gerar consequências danosas, porque primeiro se presume que pode ter ocorrido uma falta do legislativo e executivo, e em segundo, é que por isso o judiciário acaba concentrando em si todos os poderes e retirando a força da vontade popular que concede o mandato para que seus representantes (eleitos para os cargos do legislativo e executivo) exerçam o poder⁴.

3.2. Origem

A expressão Ativismo Judicial tem origem na Suprema corte dos Estados Unidos por volta do ano de 1954, quando o poder judiciário começou a tomar uma série de medidas políticas que, em seu ponto de vista, visavam à concretização e efetivação do bem-estar social e das garantias fundamentais. Assim os Estados Unidos passaram por uma grande revolução na área do direito, mas essa revolução não teve sua gênese onde normalmente teria, por meio de leis ou de decretos do legislativo ou do executivo, mas sim se originou da atitude ativista do Poder Judiciário dada por meio de jurisprudências.

Na história da Corte americana, registra-se que houve período de conflitos internos, quando um grupo defendia uma atitude ativista que buscasse concretização do bem-estar social independente do embasamento da vontade popular, que dá legitimidade aos Poderes Legislativo e Executivo; já o outro grupo acreditava que não cabia ao judiciário essa busca pelo bem-estar, pois ele deveria se ater somente às suas compe-

⁴ Vide art. 1.º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988.

tências, deixando que a vontade popular⁵ prevalecesse, mesmo que ela fosse de alguma forma prejudicial ao Estado ou à própria sociedade.

3.3. Alegações sobre a necessidade de um judiciário ativista

O Poder Legislativo brasileiro passa por uma séria crise, pois ele não consegue atender à demanda de leis e também não consegue firmar um posicionamento seguro sobre questões polêmicas. Como seus cargos dependem da eleição por meio de voto popular, firmar posicionamento sobre questões complexas pode não ser o interesse dos representantes, como é o exemplo do caso das matérias que tratam sobre o aborto e o homossexualismo, visto que até hoje não são matérias de debates nas casas legislativas, apesar da atualidade do tema⁶, pois uma direção que se tome pode ser determinante para que ele continue ou não na política.

O tempo que poderia ser dedicado a debates sobre as leis e seus conteúdos muitas vezes fica bastante limitado porque o legislativo gasta muito tempo discutindo medidas provisórias vindas do Poder Executivo.

A única exigência para a elegibilidade no Brasil é a de ser alfabetizado. Assim tenta-se impedir que ocorra uma elitização da política em que só as pessoas com alto nível de instrução sejam eleitos, desfavorecendo a representação de todos; porém a falta de instrução, que possivelmente os eleitos tenham, pode ser responsável diretamente pela dificuldade de se fazer leis sobre assuntos complicados, porque muitas leis demandam conhecimento científico nas mais diversas áreas. O fato de serem leigos em assuntos de demanda maior prejudica os bons debates que poderiam gerar leis mais bem elaboradas e com um requinte maior de cientificidade, necessário para algumas regulamentações.

Já no que se refere ao Poder Executivo, muitas de suas ações dependem de investimentos e gastos, que por isso devem ser previstas em lei orçamentária, o que ajuda a garantir a saúde financeira do Estado, impedindo que ocorram gastos desnecessariamente exorbitantes. Assim para fazer valer os direitos sociais (direitos fundamentais de segunda e terceira geração), o Estado deve agir fazendo investimentos, gastos, para que eles sejam observados.

Porém existe o princípio da reserva do possível, em que não se pode exigir do Estado que ele gaste mais do que o necessário, mais do que aquilo que ele consegue. Ocorre que por diversas vezes a população fica sem os direitos previstos constitucionalmente porque o Poder Executivo não prevê alguns gastos em lei orçamentária, sendo este um motivo para se alegar a reserva do possível.

⁵ Aqui se diz vontade popular, mas ressalta-se que o sistema de exercício do poder político que acontece nos Estados Unidos é o de representação, de maneira semelhante ao que acontece no Brasil. Assim essa vontade popular se apresenta de forma indireta, por meio dos representantes do povo.

⁶ No dia 05/05/2011 o STF julgou procedente o pedido de duas ações que visavam reconhecer a extensão de direitos e deveres de companheiros de união estável para favorecer as uniões de casais do mesmo sexo.

Isso acontece muito com o direito à saúde. Medicamentos caros necessários à manutenção da vida de uma pessoa, que não são fornecidos pelo Estado e que vão além da capacidade de aquisição dessas pessoas, diuturnamente viram motivo de acionamento judicial e, por conseqüente, de medida ativista do judiciário que faz com que o Estado banque a aquisição dos medicamentos para que se preserve a vida.

Por essas razões é que se alastram correntes que defendem a necessidade do Ativismo Judicial, pois alegam que o judiciário somente sai em defesa da sociedade que é esquecida pelos outros poderes, principalmente pela omissão deles. Argumentam que se o judiciário não agisse assim, o Estado não seria provocado a fazer as mudanças necessárias e a população ficaria dependente de uma solução que não viria, pois a solução para o problema de cada pessoa só é possível de ser alcançada via judicial.

4. Teoria de separação de poderes

Maquiavel, em seu livro *O Príncipe*, do século XVI, já trazia uma forma aparente do que viria a ser a separação de poderes como ela é tida atualmente, inclusive com a harmonia e independência entre eles. Para ele o poder era dividido em três: Legislativo, Executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes (conhecido hoje como Poder Executivo) e Executivo das coisas que dependem do direito civil (conhecido hoje como Poder Judiciário).

Essa necessidade de disseminar o poder já foi vislumbrada bem antes de Maquiavel, pois Aristóteles já se posicionava em sentido de que era perigoso e injusto que apenas um possuísse o exercício de todo o poder do Estado.

Por isso a teoria de separação de poderes, juntamente com a ideia de constituição, veio para que se pudesse limitar o poder do Estado. Antes, monarcas tinham em suas mãos todo o poder do Estado; assim surgiram as constituições como forma de se limitar o poder do rei. A teoria de separação de poderes veio no sentido de não só garantir uma limitação ao poder, mas também de se ter vários órgãos e pessoas dentro do Estado a fim de exercê-lo⁷.

A separação de poderes é tão relevante, que muitos doutrinadores consideram que para que um Estado tenha de fato uma constituição, nela é preciso que haja a previsão de separação de poderes harmônicos e independentes. Tanto é fato, que a nossa CF/88 prevê em seu art. 2.º essa separação de poderes, e vai mais além: eleva à categoria de cláusula pétrea, definida no art. 60, § 4º, III, do mesmo diploma.

O poder do Estado é muito grande. Essa separação de poderes vem no sentido de tentar evitar que o poder se concentre na mão de poucos, mas o que está ocorrendo é que todo o poder do Estado está sendo canalizado no Poder Judiciário, sendo que isso está ocorrendo dentro das previsões legais, apesar da constituição separar os poderes. Dalmo de Abreu Dallari já fazia crítica à teoria de separação de poderes dizendo que

⁷ Apesar da separação de poderes, o poder do Estado é uno e indivisível.

[...] ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica os atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação (2007, p. 221).

Portanto há predominância do Poder Judiciário sobre os demais, o que pode repercutir de maneira negativa no Estado Democrático de Direito, fazendo com que ocorra uma espécie de “ditadura jurídica”. Segundo o dicionário, o significado da palavra *ditadura* é “Forma de governo em que o poder legislativo e, até certo ponto, o judiciário se concentram no poder executivo; tirania; despotismo; autoritarismo” (ROSA, 1999, p. 172). Porém o que se tem formado hoje pode ser uma redefinição do que vem a ser ditadura, ou ao menos uma definição do que vem a ser “ditadura jurídica”, devendo ser uma forma de governo em que o Poder Legislativo e Executivo, ficam, até certo ponto, concentrados no Poder Judiciário. O Ativismo Judicial é uma intromissão do judiciário nas questões legislativas e executivas, e isso está ocorrendo de forma intensa e exagerada. Problema maior ainda é que isso está sendo uma prática ordinária e aceita como um fenômeno normal e legal.

5. Margem de liberdade dos juízes para julgar

Segundo a teoria, é possível estabelecer o grau de liberdade que os juízes têm para emitir um julgado. Esse grau de liberdade é ponderado entre a lei e a impressão pessoal dos juízes. Dentro dessa teoria foi possível estabelecer três tipos de liberdade dos juízes:

- Livre Estimação: o juiz é detentor de liberdade incondicional em seu julgado, devendo-se atentar somente para os princípios da equidade. Ele poderia julgar de acordo com seus critérios de justiça.
- Limitação à Subsunção: o juiz estaria limitado ao texto da lei, não podendo fazer qualquer ponderação ou qualquer tipo de interpretação; ele apenas aplicaria a lei. Dessa forma o Poder judiciário estaria fora de qualquer processo de criação do direito, pois não haveria espaço para a jurisprudência.
- Complementação Coerente e Dependente do Preceito: o juiz deve guiar-se pelo texto da lei, porém ele possui uma margem de liberdade para julgar.

É princípio assente na moderna hermenêutica jurídica que os juízes devem interpretar o Direito evolutivamente, conciliando velhas fórmulas com as novas exigências históri-

cas. Nesse trabalho de atualização, em que a letra da lei permanece imutável e a sua compreensão é dinâmica e evolutiva o juiz colabora decisivamente para o aperfeiçoamento da ordem jurídica. Ele não cria o mandamento jurídico, mas apenas adapta princípios e regras à realidade social [...] (NADER, 2002, p. 170).

Como o Brasil adota o sistema *civil law*, o modelo seguido se embasa na complementação coerente e dependente de preceito, sendo isto previsto na Lei de Introdução do Código Civil (decreto-lei n.º 4.657/1942, art. 4.º e art. 5.º), que permite que o juiz busque como fonte do direito não somente a lei, como também os costumes, a jurisprudência, a analogia e os princípios gerais do direito.

Essa abertura faz com que o direito não fique engessado em uma lei que, com o tempo deixará de atender o seu fim, possibilitando abertura suficiente para que o juiz extraia do texto da lei aquilo que pode ou não ser aplicado no caso concreto. Nesse ponto de vista a complementação coerente tem um aspecto positivo, mas acaba que essa abertura, feita para dar maior flexibilidade ao direito, dá espaço ao Ativismo Judicial. O juiz, em vez de interpretar o direito, acaba fazendo parte do processo de criação do direito, quase que legislando em seus julgados, pois estes, chamados de jurisprudência, tomam forma de lei que irá ser seguida pelos demais.

No direito Romano os Pretores, quando iniciavam o seu mandato, faziam os editos, que seriam como regras de como iriam funcionar a sua gestão. Acabava que os editos continuavam a ser seguidos, mesmo depois do vencimento dos mandatos, porque outros Pretores achavam que os editos eram bons, fazendo com que estes se incorporassem ao direito, de forma até a modificá-lo. O Ativismo Judicial faz com que a história se repita.

Os juízes, com liberdade de fazer interpretações das leis, atribuindo a elas suas visões políticas sobre os temas, geram uma jurisprudência que será seguida por outros juízes. A jurisprudência poderá ter tamanha força que terá *status* de lei, que deve ser seguida pelos demais, até com a possibilidade de punição por sua inobservância.

6. Democracia ameaçada pela atuação ativista

Os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, representantes do povo, são escolhidos por meio do sufrágio universal, pela democracia indireta, em que o povo escolhe seus políticos para representá-los na tomada de decisões, sendo que eles exercem o poder em seu nome. Já os membros do Poder Judiciário conseguem ingresso por meio de concurso público, de provas e títulos.

A CF/88, em seu artigo primeiro parágrafo único, deixa claro que “todo poder emana do povo”, sendo passível de conclusão que, pelo menos em campo teórico, quando um membro do executivo ou do legislativo toma uma decisão ou ação, no exercício do seu cargo, é como se o próprio povo o fizesse, pois foi ele quem concedeu o aval para que o representante pudesse agir assim.

Quando o judiciário age de maneira ativista, afrontando o que foi decidido nos outros dois poderes, ele acaba contrariando a soberania (popular) fundamento desse

Estado. É claro que o Poder Judiciário também carrega a força da vontade popular, pois suas competências são previstas na Constituição, que também teve participação popular por meio da escolha dos constituintes.

Fazendo um paralelo ao que foi dito na introdução, o governo militar teve suas atuações respaldadas na legislação, porém não tinha legitimidade para governar, pois era um governo autoritário, em que não havia a vontade popular. Com o Ativismo Judicial, o Poder Judiciário age embasado na CF/88 e nas leis, sob o pretexto de resguardá-la, porém acaba que também lhe falta a legitimidade, não porque há um grande movimento social que vá contra isso, como ocorreu com o militarismo, mas porque o povo não participa do governo, pois as decisões de seus representantes são anuladas pelo judiciário.

Por consequente, a política fica adstrita a uma elite social, pois são na verdade os juristas que irão dar forma à política, atrapalhando em muito a representação de todas as camadas sociais. Um bom exemplo que gerou grande polêmica nacional foi o caso da lei *ficha limpa*⁸. Esta lei, que teve a iniciativa popular, conseguindo preencher o disposto no art. 61, § 2.º da CF/88, foi amplamente discutida quanto a sua constitucionalidade, pois ela supostamente entrava em conflito com o art. 16 da CF/88, que diz que a lei que alterar as regras do processo eleitoral só será aplicada às eleições que ocorrerem um ano após a data da publicação. Com isso o caso foi parar no STF, o que gerou intensas discussões entre os ministros: de um lado havia quem defendesse que a lei não alterava o processo eleitoral, mas só as condições de elegibilidade; já a outra banda considerava que se tratava de lei que alterava, sim, o processo eleitoral, portanto não podendo ser aplicada nas eleições de 2010.

Abstraindo as discussões sobre a constitucionalidade, é fácil notar que a lei *ficha limpa* teve a intensa participação popular, em duas fases. Na primeira, quando se conseguiu a assinatura de mais de um por cento do eleitorado em mais de cinco estados; e na segunda fase, quando os representantes do povo aprovaram e promulgaram a lei. Mesmo assim a vontade do povo, que fundamenta o Estado Democrático de Direito, pode ser esquecida e deixada de lado por juízes e ministros que tentam agir de maneira ativista, aplicando o texto constitucional a casos concretos e promovendo interpretações constitucionais inovadoras. É claro que os juízes e ministros não podem se deixar levar por ondas populares passageiras, fazendo com que suas decisões fiquem atreladas a elas, pois isso poderia dar fruto a consequências danosas à segurança jurídica, à liberdade e à própria sociedade, porém a busca por políticos honestos é anseio antigo da sociedade brasileira.

Por um impasse de votos no STF, em cinco contra cinco e com a impossibilidade do voto de desempate, prevaleceu a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, que fez a aplicação da vontade do povo para as eleições de 2010.

⁸ Lei complementar nº135, de 4 de julho de 2010

7. Controle de constitucionalidade

No Brasil cabe ao STF o controle sobre a constitucionalidade das leis federais⁹, bem como o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade¹⁰. Esse controle ocorre de forma a assegurar que a Constituição Federal seja preservada e que sua hierarquia sobre as demais seja assegurada.

O controle ocorre de duas maneiras no Brasil: de uma forma os juízes, até mesmos de primeira instância, podem deixar de aplicar uma lei, alegando que tal norma não é constitucional (essa maneira de controle se identifica com o sistema americano). Por outro turno, possuímos o STF, que é a última instância, guardião da constituição, cabendo-lhe zelar pela sua efetividade. Então a segunda maneira de controle de constitucionalidade brasileiro é embasada no modelo europeu, em que compete ao STF decidir sobre matéria constitucional, julgando sobre ações diretas de inconstitucionalidade e sobre ações declaratórias de direito.

Ao contrário da via de exceção ou defesa, pela qual o controle (difuso) se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no controle concentrado a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. O que se busca saber, portanto é se a lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto. [...] (LENZA, 2010, p. 238).

Existe a necessidade de esse controle ser exercido por alguém, caso contrário o poder constituído poderia criar leis que ignorassem totalmente a constituição e, mesmo assim, serem válidas. O problema não é que esse controle seja feito pelo judiciário, mas sim que ele faz esse exercício ordinariamente, e não extraordinariamente, fazendo com que o judiciário se torne muito intervencionista.

Sendo provocado, o STF já teve de se pronunciar sobre complicadas questões. Dentre os julgados, pode ser lembrado o julgamento sobre as pesquisas com células-tronco, a demarcação das terras indígenas da área Raposa do Sol, o transporte gratuito para deficientes em transporte coletivo, a suspensão da lei de imprensa (do regime militar), o reconhecimento de união estável para casais do mesmo sexo, e a inconstitucionalidade do artigo da lei eleitoral que proibia o uso de charges durante o período eleitoral.

⁹ Art. 102, III, “b” da CF/88.

¹⁰ Art. 102, I, “a” da CF/88.

8. *Súmula vinculante*

Trazida à Carta Magna pela emenda constitucional n.º 45, a súmula vinculante veio com a promessa de se conseguir desafogar o sistema judiciário. A primeira ideia era de que com a criação de súmulas com efeito vinculante, ou seja, de seguimento obrigatório, os inúmeros e repetidos acionamentos judiciais que têm a mesma causa e que gerassem controvérsia, poderiam ser resolvidos mais rapidamente, não carecendo de grandes discussões, caso houvesse uma decisão já formada, mas não no sentido de ser uma jurisprudência que serviria de referência, mas, sim, uma decisão que devesse ser seguida e aplicada a todos os casos em que coubesse.

No Brasil a competência para editar súmulas vinculantes é do STF, segundo o art. 103-A da CF/88. O supremo decide as matérias motivo de controvérsias e de insegurança jurídica, e ela é seguida pelo Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta (Poder Executivo). No campo do Ativismo Judicial muito se discute a respeito das súmulas vinculantes, pois muitas das súmulas estão sendo quase que um processo de criação de leis, extrapolando até mesmo a capacidade científica dos operadores do direito que acabam por decidir sobre matérias das mais variadas e complicadas ciências.

Até hoje já foram editadas trinta e uma súmulas vinculantes em apenas seis anos de vigência da emenda constitucional que a criou. Como são tantas apenas duas serão tratadas de forma especial, devido a polêmicas, e serão comentadas a seguir.

8.1. *Súmula vinculante n.º 11*

Essa súmula prevê a restrição ao uso de algemas: ela somente poderá ser usada quando houver receio de fuga ou perigo à integridade física do preso ou de terceiros, sendo que tal fato deve ter sua motivação passada por escrito, sob pena de se anular a prisão ou o ato processual, além de acarretar responsabilidade penal, civil e disciplinar ao agente.

Uma das exigências constitucionais para a criação de uma súmula vinculante é a necessidade de haver “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Esse é o grande fato que deu origem à polêmica que circunda essa súmula, pois havia uma única jurisprudência que discutia sobre o uso de algemas. Nessa jurisprudência, o réu levado a júri popular permaneceu durante todo o tempo do julgamento algemado, sendo ele condenado. Após isso o réu teve a liberdade concedida por um *habeas corpus*¹¹, quando se entendeu desnecessária a medida, pois que esta, além de transgredir preceitos constitucionais, também acabaria levando o júri, mesmo que de forma inconsciente, a acreditar que o réu era um criminoso altamente perigoso, atrapalhando assim um julgamento justo.

A questão teve mais uma pitada de polêmica, pois além de só haver uma jurisprudência, a súmula foi feita após a operação Satiagraha da Polícia Federal, em que

¹¹ *Habeas corpus* 91952, concedido pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

muitas personalidades conhecidas no cenário nacional foram presas e exibidas algemadas em emissoras de canal aberto. Muito ainda se questionou no período, pois o ministro Gilmar Mendes, na época presidente do STF, concedeu dois *habeas corpus* ao banqueiro Daniel Dantas.

O que é discutido não é se a súmula é positiva, se o uso de algemas deve ser limitado, e sim, que o próprio STF, guardião da constituição, aquele que mais deveria se esmerar para cumpri-la, acaba por ignorar uma exigência da Constituição para se elaborar uma súmula vinculante, fazendo-a com o embasamento de apenas um julgado e não de reiteradas decisões. De situações como essa é que se leva a questionamento que as súmulas vinculantes não passam de uma maneira, conseguida legalmente, para o STF conseguir legislar, exercendo o papel do legislativo, assumindo um posicionamento claramente ativista.

Além disso, a prisão de um criminoso pode ser anulada pelo simples fato de o agente não justificar a algemação por escrito. Assim uma pessoa que tenha cometido um homicídio, um crime grave, preenchendo a princípio os requisitos de receio de fuga e de perigo à integridade física de terceiros, sendo preso em flagrante delito, poderia ter sua prisão anulada, caso o agente que efetuou sua prisão se descuide e não justifique por escrito a algemação. Observe-se que o crime e autoria persistem, porém tudo isso poderá ser ignorado pela falta da justificação escrita.

8.2. Súmula vinculante n.º 13

A súmula vinculante n.º 13 declara que o nepotismo nos três poderes viola a CF/88. Antes da aprovação dessa súmula, o supremo já tinha se manifestado por meio de ação declaratória de constitucionalidade sobre a validade da vedação do nepotismo no Poder Judiciário, definida assim por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça, mas resolveu estender essa interpretação constitucional para ser aplicada ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, implementando, então, essa súmula vinculante.

O nepotismo, que é a indicação de pessoas com certo grau de parentesco, para ocupar cargos de confiança de membros do Estado, é uma ação antiética e que leva certa revolta à população. Nada o que dizer quanto à conveniência sobre a louvável decisão de se proibir o nepotismo, mas deve ser observado que o STF fez com que a súmula tivesse efeito vinculante não só para o judiciário e para o executivo, como prevê a constituição, estendendo seu efeito vinculante para o legislativo.

A constituição celebra que as súmulas vinculantes não são obrigatórias para o Poder Legislativo, nem para o STF. Assim ela permite que o STF tenha possibilidade de reconsiderar sua decisão sobre uma súmula, podendo até cancelá-la. Quanto ao Poder Legislativo, a não-obrigatoriedade de se seguir a súmula vinculante ocorre porque ele precisa de liberdade para poder legislar, e as leis criadas não precisam seguir o que está disposto nas súmulas, podendo seguir uma direção contrária.

Mas mesmo tendo liberdade para legislar, não se atendo às súmulas vinculantes, é fácil presumir que o Poder Legislativo não perderia tempo em promulgar uma lei que fosse de encontro a uma súmula vinculante, pois esta última foi feita com base em uma interpretação que buscou extrair ao máximo a potencialidade do texto constitucional.

Logo, se uma lei contraria essa súmula, ela estaria conseqüentemente contrariando a constituição, segundo a interpretação feita.

9. Conclusão

O Ativismo Judicial não pode ser visto somente como um câncer que destoe aos poucos a estrutura de separação de poderes, concentrando poderes em demasiado nas mãos de juizes e de ministros do supremo. Em sua outra face, ele conserva a disposição de cobrir a sociedade de eventuais falhas e omissões legislativas e executivas, além de procurar fazer a constituição uma norma maior, evitando que ela seja rebaixada a um simples texto.

Na vida contemporânea, torna-se cada vez mais necessária a recorrência de judiciário atuante, que consiga dar solução aos conflitos da sociedade, e isso vai mais além, pois se espera que os juizes tenham respostas para todos os problemas que forem levados a eles. Dessa maneira as pessoas sentem que, pelo menos nessa parte do Estado, ela tem apoio e resposta que, se dependessem dos outros poderes, poderia ser tardia ou talvez nunca viesse.

Mas também o Ativismo Judicial deve ser entendido como uma ação perigosa que pode gerar conseqüências danosas à sociedade, pois, lembrando o caso do militarismo, sempre que ocorre a detenção de grandes poderes nas mãos de um grupo se está sujeito a sofrer ações arbitrárias, quando não se tem como impedir ou lutar, ainda mais se tudo é feito dentro da legalidade.

Há a necessidade de um controle para que o ativismo não se torne um grande problema, e esse controle deve partir do próprio judiciário que, conhecedor como é da ciência do direito, deve preservá-la e submeter-se a ela, além de agir com ética e bom senso.

Referências

ALMEIDA, Leilah L. Gomes de. Aplicação das súmulas vinculantes e a divisão de poderes no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2449, 16 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14491>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2011.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2011.

CAPEZ, Fernando. Súmula vinculante. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7710>>.

Acesso em: 18 dez. 2010.

CORDEIRO, Flávia Gonçalves. Considerações sobre ativismo judicial. *Visão Jurídica*, São Paulo, p. 20-22, nov. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado e Governo, in: *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, cap. 4, p. 145-264.

Haidar, Daniel. Daniel Dantas volta para o Rio após ser libertado pelo STF. *G1*, São Paulo, 12 jul. 2008. Disponível em:

http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL644392-9356,00-DANIEL+DANTAS+VOLTA+PARA+O+RIO+APOS+SER+LIBERTADO+PELO+STF.html. Acesso em: 20 jan. 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MARFINATI, Bruno. STF aprova pro unanimidade união estável entre homossexuais. *G1*, São Paulo, 05 mai. 2011. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/05/stf-aprova-por-unanimidade-uniao-estavel-entre-homossexuais-1.html>>. Acesso em 14 mai. 2011.

MELO NETO, Antônio Saboia de. Federalismo e direitos sociais: reflexões sobre a possibilidade de conciliação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7315>>. Acesso em: 2 maio 2011.

MOREIRA, Luiz Fernando. Súmula Vinculante – Seus defensores e seus opositores. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 2, n. 74. Disponível em:

<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=246>> Acesso em 19 dez. 2010.

NADER, Paulo. Jurisprudência, in: *Introdução ao Estudo do direito*. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, cap. 17, p. 165-174.

ROSA, Ubiratan. *Minidicionário compacto da língua portuguesa*. 9 ed. São Paulo: Rideel, 1999. 532 p.

SAMPAIO, Marcelo. *História*. Belo Horizonte: Pro Labore, 2010. 152 p. Apostila.

SANTOS, Débora. Ministros do STF trocam farpas durante julgamento da ficha limpa. *G1*, Brasília, 28 out. 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/10/ministros-do-stf-trocam-farpas-durante-julgamento-da-ficha-limpa.html>. Acesso em 20 jan. 2011.