

**ATIVISMO JUDICIAL: AS INÚMERAS ALTERAÇÕES  
SILENCIOSAS DA CONSTITUIÇÃO REALIZADAS PELO DO PODER  
JUDICIÁRIO**

**ACTIVISMO JUDICIAL: LOS INNUMERABLES CAMBIOS  
SILENCIOSOS DE LA CONSTITUCIÓN REALIZADOS POR EL PODER  
JUDICIAL**

JoiciAntônia Ziegler<sup>1</sup>

Paula Vanessa Fernandes<sup>2</sup>

**RESUMO**

É notório que muitas leis estão sendo alteradas, modificadas e não somente pelo Legislativo, instituição que possui legitimidade para tanto, mas sim pelo Poder Judiciário, que nas últimas décadas passou a agir de maneira ativista e legiferante no tocante às decisões que alteram sobremaneira a vida dos cidadãos. Decisões, que mesmo inexistindo legislação específica e positivada foram sendo implantadas no ordenamento jurídico brasileiro, é o que chamamos de ativismo judicial. Para desenvolver o tema, é necessário trazer conceitos e características, bem como suas semelhanças e convergências. A partir de então, procura-se fazer uma análise dos assuntos e de sua aplicação pelo Judiciário Brasileiro. O método utilizado é o dedutivo.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial; Constituição Brasileira; Poder Judiciário; Protagonismo.

**RESUMEN**

Es evidente que muchas leyes están siendo alteradas, modificadas y no sólo por la legislatura, institución que tiene legitimidad para ambos, sino por el poder judicial, que en las últimas décadas ha empezado a actuar de manera activista y legiferante en el

<sup>1</sup> Advogada; Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina; Integrante do Grupo de Pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, vinculado ao CNPq; Graduada em Filosofia (UNINTER); Pós Graduada em Filosofia na Contemporaneidade (URI e IMT). Email: [joiciantoniam@yahoo.com.br](mailto:joiciantoniam@yahoo.com.br).

<sup>2</sup> Mestra em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões - Campus Santo Ângelo (URI), na linha de pesquisa Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos. Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Temas Relevantes de Direito Civil pela Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA). Graduada em direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior Santo Ângelo, 2010 (IESA). Advogada, OAB/RS 85.105. Membro do Grupo de Pesquisa: Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas, registrado no CNPQ. E-mail: [paulah.adv@gmail.com](mailto:paulah.adv@gmail.com)

Decisões que mudam a vida dos cidadãos. As decisões, que apesar de não se estarem desdobrando leis concretas e positivas no ordenamento jurídico brasileiro, é o que chamamos de ativismo judicial. Para desenvolver o tema, é necessário apresentar conceitos e características, assim como suas semelhanças e convergências. A partir de então, buscamos fazer uma análise dos temas e sua aplicação por parte do poder judicial brasileiro. O método utilizado é dedutivo.

**Palavras-chave:** Ativismo; Judicial-Constituição; Brasileira-poder; Judicial-liderança.

## 1. INTRODUÇÃO

Em cores primárias, podemos dizer que as sociedades democráticas contemporâneas são constituídas por uma variedade de convicções, opiniões e conceitos, sendo compostas por uma diversidade de grupos e subgrupos, cada qual lutando para dar aos preceitos constitucionais uma interpretação que se ajuste às suas crenças e que satisfaça direitos e interesses, tendo em vista a grande diversidade de ideias que as compõem.

A constituição assegura uma forma democrática de governo, impondo que os problemas da sociedade sejam resolvidos mediante decisões democraticamente legitimadas. Ao mesmo tempo, a constituição exclui determinados direitos da agenda política, imunizando-os do poder do legislador. Ocorre que os preceitos constitucionais que determinam os direitos fundamentais dos indivíduos são de textura aberta, fato este especialmente agravado em virtude do pluralismo e do dissenso. Muitos conflitos judiciais suscitados revelam-se complexos e intrincados, pois os tribunais, ao tentar resolver questões de grande magnitude podem obstruir os processos político-democráticos, por meio de decisões que podem ser consideradas ativistas, bem como produzir alterações na Constituição.

Com a instituição do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a enfrentar diversas questões que até então não eram de sua alçada e suas decisões implicaram em um Protagonismo do Judiciário, ou seja, um agigantamento por parte deste poder decidindo questões, que, por vezes, ultrapassam os limites de sua esfera, e conseqüentemente no Ativismo Judicial e na Mutação Constitucional.

Alguns doutrinadores tratam desses temas deixando transparecer que ambos se referem ao mesmo fenômeno, no entanto, embora semelhantes, possuem conceitos

diferenciados. O ativismo é caracterizado por uma ação fundamentada na postura pró-ativa dos magistrados, em face de uma omissão por parte do Estado em legislar sobre determinados direitos, sendo uma atitude, uma escolha de modo específico de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Uma decisão considerada ativista vai além do que está estabelecido na lei expressa e positivada.

## 2. ATIVISMO JUDICIAL – CONCEITO E ORIGEM

Nas sociedades atuais o Poder Judiciário tomou maior espaço e os juízes colocam-se como esperança de resgate de uma democracia enfraquecida. O desencantamento do homem cívico, público e preocupado com o interesse comum é o primeiro fator para o fortalecimento de um ativismo judicial focado na estabilização das esferas sociais e políticas. Em termos globais os juízes somente ocupam o lugar tradicionalmente reservados às instâncias políticas em decorrência do enfraquecimento destas e do Estado por força da globalização.

Por toda parte, o que se constata é que a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até a pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada. Esse protagonismo do judiciário resultou no ativismo judicial, dentre outros fenômenos a ele imbricados como a judicialização da política, por exemplo.

A presença de um Judiciário que vem se destacando em relação aos demais poderes tem sido objeto de estudo pelos juristas, bem como por outras áreas onde há repercussão e certa preocupação no tocante ao avanço deste poder. O problema da invasão das decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal sobre a vida social e política criou um debate sobre a relativização da separação dos poderes.

O mote deste fenômeno é o ativismo judicial; fenômeno este mais favorecido pelos sistemas baseados no *common law*, ante a criatividade judicial, que culmina em uma abertura do espaço para interpretação constitucional. É o que ocorre nos Estados Unidos da América, por exemplo, que trouxe inovações no que concerne ao judicial review<sup>3</sup>, sendo que neste sistema, mesmo diante da inexistência de previsão na Constituição norte-americana, é permitido o controle de constitucionalidade das leis.

---

<sup>3</sup>O judicial review é o controle de constitucionalidade norte-americano que se caracteriza, em princípio, como um mecanismo de correção presente em determinado ordenamento jurídico, consistindo em um sistema de verificação da conformidade de um ato (lei, decreto etc.) em relação à Constituição. Não se

Denota-se que, em vários sistemas, há um grande aumento do Poder Judiciário no ambiente político tornando-se ambivalente, pois se buscam assegurar os direitos garantidos pela Constituição ao passo que também se intenta a concretização dos princípios nela expressos. Pois bem. É nesse ponto que nos parece surgir uma forte tendência à normatização de direitos indisponíveis e difusos, bem como o reforço das instituições da magistratura.

O tema do ativismo judicial e da judicialização da política vem sendo debatido e pesquisado tanto no Brasil como no exterior. Na contemporaneidade, em virtude da complexidade social, das relações humanas e principalmente frente aos avanços nas mais diversas áreas como ciência, medicina e tecnologia, novos conflitos surgem a todo instante, sem que haja uma lei correspondente que acompanhe o surgimento desses novos conflitos que emergem resultantes de uma sociedade complexa. Antoine Garapon (1996, p. 147), por isso, menciona que “a justiça é convocada para apaziguar esse mal estar do indivíduo moderno em sofrimento”.

Dessa forma, o Poder Judiciário, a todo o momento, é chamado a resolver as mais diversas questões, sejam elas privadas ou públicas. A construção de um ordenamento jurídico capaz de seguir as transformações sociais impulsiona o Poder Judiciário a conferir uma resposta ao jurisdicionado que não encontra correlação com textos e produções legais.

Assim, diante da complexidade social e das mais diversas demandas que chegam ao judiciário, o ativismo vem ganhando destaque e fazendo com que o Poder Judiciário exerça suas atribuições de maneira expansiva, proferindo decisões que atingem toda a sociedade.

Para falar sobre ativismo judicial é necessário situarmos quando teve início esse fenômeno. Clarissa Tassinari (2013, p. 23), ao falar sobre o início do ativismo judicial, lembra que esse fenômeno ocorreu inicialmente nos Estados Unidos da América no ano de 1803. Na época, houve uma discussão acerca do empossamento de William Marbury como juiz de paz. De acordo com a designação feita pelo então presidente John Adams às vésperas de deixar seu cargo, a Suprema Corte, por decisão do *Chief Justice* Marshall, afirmou que, embora a nomeação de Marbury fosse irrevogável, o caso não poderia ser julgado pela Corte. Então, foi declarada

---

admite que um ato hierarquicamente inferior à Constituição confronte suas premissas, caso em que não haveria harmonia das próprias normas, gerando insegurança jurídica para os destinatários do sistema jurídico.

inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act* – que atribuía competência originária à Suprema Corte. Dessa forma, por uma decisão judicial no julgamento de um caso, surgiu o controle de constitucionalidade (*judicial review*) norte-americano. Com esse caso deu-se início às discussões sobre ativismo judicial em solo-americano.

Para melhor elucidar, o caso *Marbury* começou em 02.03.1801, quando um Federalista chamado William Marbury, foi indicado como Ministro de Paz no distrito de Columbia. Marbury e muitos outros foram indicados para postos do governo criados pelo Congresso nos últimos dias da presidência de John Adams, mas estas nomeações de última hora nunca foram concretizadas. Os indicados ficaram descontentes. Invocaram um ato do Congresso e entraram com um processo postulando seus empregos na Suprema Corte. A partir de então, os juízes decidiram baseados no argumento de Marshall de que a Constituição era o direito fundamental da nação e um ato legislativo que repudia a Constituição é inválido. Em suma, quando a Constituição, que é o direito máximo da nação conflita com um ato legislativo, este ato é inválido, estabelecendo o poder de revisão judicial da Suprema Corte.

Depreende-se que o fenômeno do ativismo judicial teve início nos Estados Unidos há mais de dois séculos. No entanto, no Brasil, a discussão sobre o tema, ocorreu bem mais tarde, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Vejamos o que afirma Tassinari (2013, p. 23-4) sobre o ativismo no Brasil:

1988. Brasil. Ápice do denominado *processo de redemocratização* que rompeu com o período ditatorial no país, é promulgada a Constituição Federal da República Brasileira. O texto constitucional apresenta um numeroso rol de direitos (especialmente de cunho social) garantidos aos cidadãos. Reunindo a forma de controle de constitucionalidade inaugurada por Ruy Barbosa quando da fundação da República (em 1980) com o modelo implantado pela Emenda Constitucional n. 16/65, é prevista, textualmente, a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais Poderes, assumindo o Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo cumprimento da Constituição. A partir disso, começam os primeiros debates sobre *ativismo judicial* no país.

Dessa forma, percebemos que nos Estados Unidos, país onde surgiram as primeiras reflexões sobre o tema, a discussão sobre esse assunto é realizada desde 1803, ou seja, há pelo menos dois séculos. Já no contexto brasileiro há um grande diferencial, pois o crescimento – agigantamento do Judiciário ocorreu após a Constituição de 1988, pois rompida a ditadura militar, criou-se um ambiente propício, democrático ao

desenvolvimento e concretização dos direitos dos cidadãos. Assim, foi somente com a introdução do constitucionalismo democrático (TASSINARI, 2013).

Não é tarefa fácil definir o ativismo judicial, mas podemos tentar explicá-lo mediante a análise de alguns pontos. O ativismo judicial segundo Elival da Silva Ramos, se identifica em, ao menos, três questões, quais sejam elas: o exercício do controle de constitucionalidade; a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito (2010, p. 129).

Nas palavras de Silva Ramos (2010, p. 129):

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Para Clarissa Tassinari (2013, p. 36) o ativismo judicial é retratado “como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”.

A partir dessas noções podemos dizer que o ativismo judicial se refere a uma postura do poder judiciário para além dos limites constitucionais. Esses caracteres da nova realidade constitucional nos colocam diante de um modelo estatal em que, a cada dia, o Poder Judiciário tem assumido maior importância e ampliando sua atuação.

Ao falar de ativismo judicial o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e até mesmo da função de governo. A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Poder Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhe é confiada e para cujo exercício foram estruturados (RAMOS, 2010, p. 117).

### **3. REPERCUSSÕES CONSTITUCIONAIS NO BRASIL REALIZADAS PELO ATIVISMO JUDICIAL**

É amplo e notório que, nos últimos anos no Brasil, o STF tem se pronunciado sobre diversos temas de grande relevância. Neste capítulo faremos um breve apanhado acerca das decisões que geraram discussão e repercussão, bem como analisar as implicações dessas decisões dentro do cenário jurídico e social.

A proposta trazida inicialmente sobre este trabalho trata do ativismo judicial e de suas implicações no tocante à democracia. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Poder Judiciário, também responsável pela interpretação e guarda da Constituição, em virtude dos efeitos das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade repercutindo em todo sistema jurídico do País. Nesse sentido, relevante se faz examinar algumas posições adotadas pelos Ministros em suas manifestações.

Assim, mesmo que de forma breve e singela, trazemos à baila algumas decisões que podem ser ativistas<sup>4</sup>, bem como as posições dos ministros e juristas que defendem o ativismo no STF, e também aqueles que possuem certa resistência face a esse alargamento e intervenção do Poder Judiciário em relação aos demais poderes. Vejamos.

Dentre alguns casos, há os que mais tiveram repercussão na sociedade geral, como é o caso que trata da legalização do aborto em casos de anencefalia. O caso discutido na ADPF nº 54, que tratava da autorização para a interrupção da gravidez de feto anencefálico, é um claro exemplo que envolveu o debate acerca do neoconstitucionalismo e da legitimidade do Poder Judiciário para atuar como legislador positivo. O art. 128 do Código Penal apenas autoriza o aborto em duas hipóteses: se não há outro meio de salvar a vida da gestante, bem como se a gravidez resulta de estupro.

---

<sup>4</sup>O STF na ADI nº 3.105, onde teve como relator o Min. Cezar Peluso, com julgamento em 18/08/2004, afirmou ser constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados e pensionistas; julgou inconstitucional a chamada “cláusula de barreira”, que restringia direitos aos partidos políticos sem expressão conforme ADI nº 1.351, tendo como relator o Min. Marco Aurélio, com julgamento em 7/12/2006; declarou constitucional lei que dava passe livre para deficientes no transporte coletivo em resposta a ADI nº 2.649, onde a relatora foi a Min. Cármen Lúcia, sendo julgado em 8/5/2008; vedou o nepotismo nos três Poderes conforme Súmula vinculante nº 13, aprovada na Sessão Plenária de 21/08/2008; em caso de grande repercussão determinou a fidelidade partidária a partir da ADI nº 3.999 e ADI nº 4.086, sendo o relator Min. Joaquim Barbosa, com julgamento em 12/11/2000; e em decisão ainda mais polêmica autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias partindo da ADI nº 3.510, onde relatou o Min. Ayres Britto, sendo julgado em 29/5/2008; decidiu pela demarcação contínua da área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, a ser ocupada apenas por grupos indígenas (Pet nº 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009); sentenciou pela inexigibilidade de diploma para o acesso e exercício da profissão de jornalista (RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17/6/2009); reconheceu a união estável de casais homossexuais (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5/5/2011); liberou a chamada “Marcha” pela legalização do uso da maconha (ADI nº 4.274, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23/11/2011.); declarou constitucional a “Lei da Ficha Limpa” (ADC nº 29; ADC nº 30 e ADI nº 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16/2/2012); autorizou a interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012); considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais (ADPF nº 186, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26/04/2012) e sociais (RE nº 597285 com repercussão geral, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 05/05/2012) para seleção de estudantes em Universidades.

O STF autorizou o aborto no caso objeto da ADPF. O relator, Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, afirmou:

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. [...]Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem por não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal. A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.<sup>5</sup>

Esta decisão foi considerada como uma decisão ativista, no sentido de que criou uma terceira hipótese de aborto autorizado, o que deveria ter sido feito pelo Parlamento, como ressaltaram, inclusive, os votos vencidos dos demais Ministros.

Nesse sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou<sup>6</sup> que “não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da função legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos”.

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, votou pelo não conhecimento da ação. O julgamento da questão de ordem ocorreu em 27 de abril de 2005. O mérito da ação foi julgado apenas em 11 de abril de 2012<sup>7</sup>, da seguinte maneira:

O que vem ao crivo do Tribunal nesta ação? Uma norma velha de 65 anos que, ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi

<sup>5</sup> Informativo nº 661 do STF, de 9 a de 13 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em 05 de outubro de 2016.

<sup>7</sup> Na questão de ordem foi discutido se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) deveria ser conhecida pelo Tribunal, não sendo julgado o mérito da ação. O julgamento da questão de ordem ocorreu em 27 de abril de 2005. O mérito da ação foi julgado apenas em 11 de abril de 2012.

recepcionada, como todo o Código Penal. Essa disposição de lei comina com pena privativa de liberdade quem promova o abortamento. Criadas foram duas exceções em que tal prática não será penalizada. O que a ação pretende é fazer inserir, nesse dispositivo, por criação jurisprudencial, uma terceira causa exculpante. Ou seja, que, além do abortamento sentimental (gravidez fruto de violência) e do abortamento terapêutico (risco para a vida da mãe), também seja isento de penalidade o abortamento de feto diagnosticado como anencefálico. É, sem dúvida, atuação legislativa que se pretende do Tribunal. A esse propósito, é preciso também registrar que inúmeras são as iniciativas parlamentares tendentes a alargar as excludentes de ilicitude da prática de abortamento. Sete desses projetos encontram-se em tramitação conjunta nas casas legislativas, um deles foi arquivado no Senado em 21.10.04 e outro, em regime de tramitação ordinária, aguarda parecer. [...] Entendo, Senhor Presidente, que a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas. E deve fazê-lo por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e em foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que, inobstante o brilho com que deduzidos os argumentos na inicial e na sustentação oral pelo eminente Professor Luiz Roberto Barroso, acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências entre eles. Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação conclusiva do Congresso Nacional, ainda que registradas tantas iniciativas legislativas em ambas as Casas. Não há o Supremo Tribunal Federal de servir como “atalho fácil” para a obtenção de resultado – a legalização da prática do abortamento – que os representantes eleitos do povo brasileiro ainda não se dispuseram a enfrentar.

Percebe-se, assim, que, para o STF, a questão central não é se o Poder Judiciário pode ou não inovar o ordenamento jurídico, criando judicialmente o Direito, mas definir os casos em que isso seja realmente necessário, que atenda a um apelo da sociedade.

No caso em questão, os votos vencidos deixaram claro que a questão analisada deveria ser debatida primeiramente no âmbito do Parlamento, instituição que teria legitimidade democrática para resolver o tema. Os votos vencedores afirmaram que o Parlamento teve tempo para fazê-lo, mas não o fez, autorizando o Poder Judiciário a intervir.

Outra decisão que causou discussão entre os juristas faz presente no Recurso Extraordinário 898.060/SC<sup>8</sup>, julgado em setembro de 2016. No caso em liça, um pai biológico recorria contra acórdão que estabeleceu sua paternidade, com efeitos patrimoniais, independentemente do vínculo com o pai socioafetivo. A decisão, por maioria de votos, negou provimento ao referido recurso que teve repercussão geral reconhecida. Essa decisão gerou repercussão entre os juristas pelo fato de ser

---

<sup>8</sup><http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em 08 Dez de 2016.

considerada ativista, além de repercutir em todo ordenamento sucessório. Na lavra do Ministro Dias Toffoli<sup>9</sup>:

O regime jurídico definido na legislação há de ser respeitado. A descoberta futura da paternidade – seja por omissão dos pais, erro, culpa ou dolo - é que possibilitará, diante da sua excepcionalidade, e para garantir o direito à identidade genética, a eventual dupla parentalidade – afetiva e biológica, com todas as consequências jurídicas decorrentes desse reconhecimento, inclusive para fins sucessórios, a fim de garantir a estabilidade da família afetiva, a segurança jurídica e os direitos fundamentais da prole. Portanto, penso que a tese há de ser minimalista, diante da peculiaridade do caso concreto e para não abriremos espaço para um debate, que no meu pensar, deve ser realizado pelos legisladores. Assim, apresento a sugestão da tese, com a seguinte redação.<sup>10</sup>

A tese sobre as responsabilidades do pai biológico, mesmo existindo outra pessoa ocupando a figura paterna socioafetiva, foi definida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, restando configurada da seguinte maneira:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.<sup>11</sup>

Outra decisão que causou alarde na comunidade jurídica trata da presunção de inocência, ou do fim dessa presunção. No julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, por sete votos a quatro, o tribunal decidiu mudar a jurisprudência segundo a qual a Constituição é clara e expressa ao afirmar, no inciso LVII do artigo 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, 1988). O tribunal entendeu que a prisão depois da confirmação da sentença condenatória por uma corte de segundo grau não viola o princípio da presunção de inocência.

O ministro Teori Zavascki foi o relator do Habeas Corpus em que a questão estava posta. Para sustentar sua decisão, o Ministro defendeu que é depois da decisão de segunda instância que se esgota a fase de análise de provas, fatos e de materialidade do

---

<sup>9</sup>Voto acerca da decisão sobre dupla paternidade disponibilizado pelo site <http://s.conjur.com.br/dl/voto-toffoli>, acessado em 14 de Nov de 2016.

crime. Portanto, se duas instâncias condenam um réu, é porque já um juízo sólido de culpa, argumenta o ministro<sup>12</sup>. A decisão se refere ao HC 126.292<sup>13</sup>

No caso em tela, restou assim julgado<sup>14</sup>: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

A decisão é justificada, em parte, pelos motivos a seguir<sup>15</sup>:

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Lenio Streck em sua coluna na Revista CONJUR<sup>16</sup>, expressou sua opinião por meio de artigo, em que mais uma vez reafirma seu posicionamento no tocante às decisões consideradas ativistas. O autor refere-se à decisão do STF no HC 126.292:

Pois bem, essa decisão, até mesmo por parte de seus fundamentos, é um exemplo de ativismo judicial: não há fundamento jurídico constitucional que a sustente. Alguém poderá dizer que há argumentos muito bons e consistentes; votos bem escritos, que levantam questões importantíssimas para a República e que abrem espaço para debates interessantíssimos. Com certeza, compartilho da mesma opinião<sup>17</sup>.

Para Streck<sup>18</sup>, o STF errou: reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental. O autor segue sua linha de argumentação, quanto à decisão a respeito da presunção de inocência, afirmando que:

<sup>12</sup> Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leia-voto-relator-prisao-condenado-segundo-grau>. Acesso em 12 Dez 2016.

<sup>13</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 08 Dez de 2016.

<sup>14</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseAcordaos>

<sup>15</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=6604113>

<sup>16</sup> <http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>.

Venho sempre criticando o ativismo. A ele não dou tréguas. Mesmo quando a decisão é simpática e agrada a maioria dos juristas. Quando isso ocorre, sempre aviso: se você aceita que o STF ultrapasse os limites semânticos da Constituição para uma decisão que lhe agrada, amanhã o que você dirá se a decisão, igualmente ativista e indo além dos tais limites, não lhe agrada? Ativismo não é bom. Já escrevi muito sobre a diferença entre ativismo e judicialização. Aqui, estamos claramente em face de uma decisão ativista.

Streck há tempos vem chamando a atenção para o ativismo do Judiciário brasileiro, como algo não saudável para a democracia, mesmo que atenda a um apelo da sociedade.

O Ministro aposentado do STF, Cezar Peluso, destaca sua opinião acerca do ativismo no sentido de defendê-lo a fim de concretizar os preceitos garantidos pela Constituição face a omissão dos demais poderes. Vejamos:

O Supremo sempre aponta para os interesses gerais da sociedade. Essa acusação de ativismo não é exclusiva da Suprema Corte do Brasil. Nos EUA, sérios problemas que deveriam ter sido resolvidos no plano legislativo, ou na área administrativa, só tiveram solução social satisfatória com a intervenção da Suprema Corte. Foi assim inclusive com o racismo. No Brasil lidamos com uma Constituição Analítica, bem diferente da Americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que poderiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: A Constituição de 88 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado, ele decide. Isso já foi chamado de “ativismo judicial a convite constitucional”, o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusações de partidarismo. Mesmo lidando com questões políticas, age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras cortes. Eu diria mais: quando decisões da Corte chama a atenção da opinião pública é porque as matérias tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como o aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direito dos homoafetivos.<sup>19</sup>

Na mesma linha de defesa do ativismo, o Ministro Celso de Mello se manifestou no discurso de posse do ex Presidente do STF Ministro Gilmar Mendes, afirmando a necessidade de uma Corte que defenda os direitos e garantias expressos na Constituição. Assim discursou:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos

---

<sup>19</sup> <http://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua>

estatais ofensivos à Constituição não pode se reduzir a uma posição de pura passividade<sup>20</sup>.

Uma decisão recente, considerada ativista pelos juristas, dentre eles por Lenio Streck, foi a decisão que concedeu medida liminar para afastar o Presidente do Senado Brasileiro Renan Calheiros de seu mandato. A decisão é da lavra do Ministro Relator Marco Aurélio. A decisão afastou o Presidente do Senado de seu cargo. Pode ser considerada ativista, pois sequer chamou o Plenário do STF para decidir, e, assim o fez com justificativa na urgência da apreciação do pedido. A decisão “atropelou” o procedimento normal e exigido para a condução do feito.

No caso em liça, a Rede Sustentabilidade, por meio da petição/STF nº 69.260/2016, formalizou pedido na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402, referente ao deferimento de medida acauteladora voltada à fixação, em caráter provisório, do impedimento preconizado no artigo 86, § 1º, da Constituição, relativamente aos ocupantes dos cargos em cujas atribuições figure a substituição do Presidente da República. Consoante destaca no pedido formulado, além da plausibilidade do direito, o requisito da urgência se fazia presente no caso em tela, face ao cargo de Presidente da Câmara dos Deputados estar sendo ocupada por parlamentar que responde a ação penal em trâmite no Supremo.

No caso, face a essa urgência do pedido, foi concedido o afastamento do cargo de Presidente do Senado, por meio de medida liminar, mesmo sem a apreciação por parte do Pleno. No entanto, no dia seguinte após a concessão da liminar, em um manifesto assinado por toda a Mesa, o Senado anunciou que o certo a fazer seria aguardar a manifestação do Pleno da Suprema Corte quanto ao seu recurso. O recurso foi julgado e a liminar revertida por 6 x 3.

Nesse caso, restou mais do que evidente a presença do ativismo judicial, pois foi concedida liminar para afastar o Presidente do Senado Renan Calheiros sem obedecer ao procedimento necessário exigido. Cabe mencionar que o STF voltou atrás para manter o Presidente Renan Calheiros na Presidência; porém, fora da linha sucessória.

Poderíamos, aqui, fazer uma breve relação das decisões atuais que podem ser consideradas ativistas, mencionando rapidamente algumas, tais como: a decisão do

---

<sup>20</sup>Disponível em [http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo\\_judicial\\_compensa\\_omissao\\_poder\\_publico?pagina=5](http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico?pagina=5). Acesso em 10 Dez de 2016.

STF na ADPF 347, assumindo a tese do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), que não serviu para nada; passado mais de ano, não colocaram um tijolo no sistema (essa decisão é de 2015, mas é como se fosse de 2016); Tribunal de Justiça de São Paulo anulou o julgamento dos 73 policiais condenados pelo massacre do Carandiru. O voto do relator, desembargador Ivo Sartori, foi baseado exclusivamente na sua consciência. Outra decisão que segue o norte do ativismo, é que mesmo após a vigência do novo CPC, o STJ — guardião da legalidade — continua entendendo que nada mudou acerca do dever de fundamentação, como se o artigo 489, parágrafo 1º, com todos seus incisos, fosse “letra morta”. Isso fica claro no trecho da fundamentação dos Embargos de Declaração no MS 21.315-DF, no qual consta que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

Fizemos uma singela análise e citações das decisões que podem ser consideradas ativistas pelos juristas em destaque neste trabalho. A partir dessas decisões ativistas e das opiniões aqui transcritas e tecidas, podemos extrair que é ampla e notória a atividade expansiva, protagonista e ativista do Poder Judiciário brasileiro.

De destacar ainda, que no cenário atual, o STF está prestes a mudar o norte e as bases da Educação no Brasil, eis que reconheceu a repercussão geral de recurso que discute se o ensino domiciliar pode ser proibido pelo Estado ou considerado meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal. O mote central em discussão, segundo o relator, ministro Luís Roberto Barroso, são os limites da liberdade dos pais na escolha dos meios pelos quais irão prover a educação dos filhos, segundo suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas.

O Recurso Extraordinário (RE) 888815 teve origem em mandado de segurança impetrado pelos pais de uma menina, então com 11 anos, contra ato da secretária de Educação do Município de Canela (RS) que negou pedido para que a criança fosse educada em casa e orientou-os a fazer matrícula na rede regular de ensino, onde até então havia estudado. Tanto o juízo da Comarca de Canela quanto o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) indeferiram a segurança, com o fundamento de que, não havendo previsão legal de ensino nessa modalidade, não há direito líquido e certo a ser amparado. O recurso seria decidido no dia 30 de agosto de 2018, no entanto foi adiada a votação.

## CONCLUSÃO

Discute-se há muito, a questão do desvio das atribuições do Judiciário, sendo que “em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social -, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e suas Instituições encarregadas de aplicar a lei” (STRECK, 1999, p. 31).

Para ilustrar a intensa atividade ativista do Poder Judiciário trouxemos decisões que podem ser consideradas ativistas pelos juristas aqui mencionados. Decisões que tiveram grande repercussão na sociedade, pois tiveram o condão de alterar sobremaneira a vida de muitos cidadãos, bem como decisões que foram muito criticadas tomadas de forma ativista em relação à conjuntura política que ocorre atualmente em nosso país.

A aceitação da ideia de que o STF possa criar deveres concretos para os cidadãos e para a administração pública, bem como decidir questões de extrema delicadeza e importância para a política de um país, sem a precedência do debate político em um Congresso Nacional eleito para tanto, significa uma verdadeira revolução da doutrina da interpretação constitucional no Brasil, devendo ser sempre limitada pelo princípio da separação entre os Poderes.

O STF passou a aceitar a incumbência de regular os mais importantes temas da agenda política do país, exercendo verdadeira atividade legislativa, convertendo-se, doravante, em uma corte constitucional bastante ativista e com vistas a alterar a constituição.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação constitucional como interpretação específica**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 81.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais ea construção do novo modelo**. 3ª ed. - 2ª tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19ª edição. 2013. Saraiva, São Paulo.

GUEDES, Néviton. **O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção**. 23 de julho de 2012. Revista Consultor Jurídico ConJur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>> Acesso em: 16 jun. 2014.

JELLINEK, 1991 apud BULOS, UadiLammêgo, **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

LUNARDI, S., DIMOULIS, D. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade In: As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 20, n. 78, jan/mar. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O Panprincipiologismo e a “Refundação Positivista”** (In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 221-242.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**– 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justicia-rio-rande-sul>>. Acesso: 03.04.2017.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; \_\_\_\_\_ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 81.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

Submissão: 11.09.2018

Aprovação: 20.10.2018