

O ATIVISMO JUDICIAL COMO EFETIVO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

JUDICIAL ACTIVISM AS EFFECTIVE GUARANTEE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Lucas Furlan de Freitas Wogel¹

Ricardo dos Reis Silveira²

RESUMO

O presente estudo busca identificar a efetividade do ativismo judicial na prática jurisdicional brasileira, bem como as formas com que este atua na efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em muitos casos concretos a sociedade recorre ao Poder Judiciário como forma de ver suprida a omissão dos demais Poderes, especialmente do Poder Legislativo, buscando a efetivação dos chamados direitos fundamentais. Assim, procura-se demonstrar, ao longo deste artigo, como essa atuação jurisdicional ativista tem obtido resultados positivos na garantia dos direitos constitucionais, mesmo que ainda traduza para alguns juristas a noção de um comportamento exorbitante de competência assumido pelo Judiciário, carregando consigo uma afeição negativa. Para tanto, exemplificando o ativismo judicial no Brasil, observa-se o reconhecimento da união estável homoafetiva e a criminalização da homotransfobia, onde em ambos os casos, restou evidente que o ativismo judicial objetivou alcançar a igualdade social e garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, inclusive cobrando ao Poder Legislativo e procurando corrigir suas omissões e retardamentos. A metodologia de pesquisa utilizada foi pesquisa de cunho teórico, baseada em revisão bibliográfica, com enfoque em análise doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Poder Judiciário; Ativismo Judicial; Efetividade do Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The present study seeks to identify the effectiveness of judicial activism in Brazilian jurisdictional practice, as well as the ways in which it acts in the realization of the fundamental rights fulfilled in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. In many concrete cases, society resorts to the Judiciary as way of seeing the omission of the other Powers supplied, especially the Legislative Power, seeking the realization of the so-called fundamental rights. Thus, we seek to demonstrate, throughout this article, how

¹ Mestrando do Programa de Direitos Coletivos e Cidadania da Unaerp - Universidade de Ribeirão Preto. Email: lucas.wogel@yahoo.com.br

² Mestre e Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de São Carlos; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto; Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da Unaerp (Universidade de Ribeirão Preto). Email: ric2006rp@hotmail.com

this activist jurisdictional performance has positive results in guaranteeing constitutional rights, even though it still translates for some jurists the notion of an exorbitant competence behavior assumed by the Judiciary, carrying a negative affection. To this end, exemplifying judicial activism in Brazil, there is the recognition of the homoaffective stable union and the criminalization of homotransphobia, where in both cases, it remained evident that judicial activism aimed to achieve social equality and guarantee the minimum existential and dignity of the human person, including charging the Legislative Branch and correcting its omissions and delays. The research methodology used was theoretical research, based on bibliographic review, focusing on doctrinal and jurisprudential analysis.

Keywords: Fundamental rights; Judicial power; Judicial Activism; Effectiveness of Judicial Activism

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal, por meio de inúmeras de suas decisões, especialmente em ações de controle concentrado, seja por alegação de ação ou omissão dos poderes, tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, comumente chamado de ativismo judicial. O ganho de expressão pelo STF mexe, inclusive, com concepções sedimentadas acerca da separação dos poderes. O deslocamento de autoridade gera certa tensão institucional, e nos remete sempre à questão, a quem cabe dar a última palavra?!

O Ativismo judicial é considerado um fenômeno jurídico ainda recente, pelo qual se observa uma postura proativa do Poder Judiciário, especialmente nas instâncias superiores, na interferência de maneira regular, legal e significativa nas opções políticas dos demais poderes.

Essas decisões têm levantado ao questionamento da legitimidade das decisões sacadas em atuações ativistas, do seu papel no ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos benefícios que traz e das ameaças que representa à separação dos Poderes.

Registre-se, desde logo, que o fenômeno não é peculiaridade do Brasil. O ativismo judicial tem suas origens nos tribunais norte-americanos, tendo sido a primeira menção do termo atribuída ao jornalista Arthur M. Schlesinger Jr. em matéria jornalística escrita a revista *Fortune*.

No mencionado artigo o jornalista deveria analisar a conduta dos magistrados integrantes da Suprema Corte, ocasião em que os classificou como ativistas e não ativistas. Dessa forma, o ativismo judicial surge, em sua essência, como uma maneira de agir dos juízes da Suprema Corte estadunidense.

No Brasil, o ativismo judicial é visto como um método de interpretação do texto constitucional, de forma ampla e extensiva, aplicado em situações de lacuna da lei, para a finalidade de efetivação de direitos fundamentais, como, de modo geral, de disposições constitucionais que não encontram a efetiva regulamentação legislativa ou regulamentar.

Nos casos em que se é possível vislumbrar a atuação ativista dos magistrados, suas decisões, em sua maioria, estão voltadas a suprimir a falta dos demais Poderes em garantir os direitos previstos na Constituição Federal. Exemplo do ativismo judicial mais recente foi a criminalização da homofobia e da transfobia, conforme fixado na ADO 26, STF.

Dessa forma, o ativismo surge no Brasil, na definição de muitos juristas, como uma forma expansiva de interpretação da Constituição Federal.

O objetivo desse trabalho é demonstrar de que forma o ativismo judicial pode atuar como efetivo garantidor de direito fundamentais, trazendo solução a casos reais vivenciados pela sociedade e não contemplados pelo legislador e demais poderes do Estado, bem como demonstrar que traz mais benefícios do que riscos a realidade democrática.

Para tanto, utiliza-se como metodologia a pesquisa de cunho teórico, baseada em revisão bibliográfica, com enfoque em análise doutrinária e jurisprudencial, especialmente nas decisões da Suprema Corte.

2 ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são direitos básicos individuais, sociais, políticos previstos na Constituição de uma nação, não excluindo outros decorrentes de princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais faça parte. São baseados no ideário dos direitos humanos, garantindo a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança, a propriedade, as garantias inerentes ao trabalho e a previdência, bem como os direitos políticos, especialmente o direito eleitoral ativo e passivo, entre outros que também possuem aspecto fundamental.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 subdivide os direitos fundamentais em cinco núcleos principais: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direito políticos e partidos políticos.

Entre alguns dos direitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil estão: a vida; a igualdade; a segurança; a moradia, o trabalho, o lazer, o transporte, o voto, a assistência aos desamparados, entre muitos outros, sendo que, alguns destes já são mencionados, no preâmbulo desta.

O preâmbulo é a parte introdutória de uma Constituição, situado na parte preliminar do texto constitucional, procura exteriorizar a promulgação, a origem, as justificativas, os objetivos, os valores e os ideais de uma Constituição. Apesar de não ser norma constitucional, carrega valor axiológico significativo para a interpretação e aplicação da própria Constituição.

Na Carta de 1988, fica clara a preocupação do constituinte originário em assegurar valores significativos, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.³

O fato de o preâmbulo mencionar direitos fundamentais demonstra a tendência da nova ordem constitucional instaurada em 1988 no Brasil, mais garantista que as anteriores, com o objetivo nítido de dar concreção ao princípio da dignidade da pessoa humana, limitando a atuação do poder do Estado em face do indivíduo, como também exigindo atuação proativa dos poderes estatais na consecução de direitos e, também, garantindo aos indivíduos efetiva participação no jogo político democrático.

Os direitos fundamentais têm como fundamento teoria a a própria natureza humana, razão pela qual se caracterizam por serem: invioláveis (não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional); intemporais (permanece a todos os tempos) e universais (dirigidos a todo ser humano em geral, sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política) e inalienáveis, não podendo ser transacionadas ou renunciados.⁴

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁴ Informações foram retiradas de pesquisas nos seguintes sites: <<https://www.significados.com.br/direitos-fundamentais/>>. Acesso em 19 set. 2019. <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 20 set. 2019.

Segundo escreve Alexandre de Moraes:

Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho, "a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).⁵

Dessa forma, conforme citado pelo jurista Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais cumprem a função de defesa dos cidadãos, por isso estão tão intimamente ligados aos princípios dos direitos humanos, encontrando, muitas vezes, suas origens nestes últimos.

Modernamente, a doutrina majoritária divide os direitos fundamentais em três gerações ou dimensões, sendo elas, primeira, segunda e terceira, de acordo com a ordem histórico-cronológica em que surgiram e, nessa esteira, passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Nas palavras de Celso de Mello, na obra *Constituição da República Federativa do Brasil* comentada:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.⁶

Em concordância com esses enunciados, os direitos de primeira geração são aqueles de natureza individual, garantem um não agir estatal, uma abstenção do Estado concretizando especialmente o valor liberdade, ou seja, o sentido da expressão “invioláveis” constante do *caput* do art. 5º da CF/88.⁷

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003, p. 46.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#30>>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁷ Alguns aspectos teóricos que arrimam a concepção dos direitos fundamentais pode ser encontrado em: SILVEIRA, Ricardo dos Reis e SILVA, Juvência Borges, *O INÍCIO DA CONCEPÇÃO DOS DIREITOS INALIENÁVEIS NO LEVIATÃ DE THOMAS HOBBES*, disponível em:

Alguns exemplos de direitos fundamentais de primeira geração são o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião, entre outros.⁸

Os direitos de segunda geração, por sua vez, ao contrário dos direitos de primeira geração, exigem um agir do Estado, no sentido de ter este, responsabilidade, pela concretização de melhores condições de vida à sociedade. São os direitos sociais, econômicos e culturais que requerem investimento pecuniário estatal para que sejam executados, bem como legislação garantista que cerceie a vontade dos contratantes e garanta um mínimo existencial econômico ao trabalhador que depende de sua mão de obra para sobreviver.⁹ Enquanto os direitos de primeira geração exigem um *obrigação de não fazer* dos entes estatais, os direitos de segunda geração exigem *obrigação de fazer*.

E, por último, os direitos de terceira geração são aqueles ligados aos ideais de solidariedade e fraternidade, que surgem no contexto do final da Segunda Guerra Mundial. Estão relacionados ao processo, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. Em função disso, são chamados de direitos transindividuais.¹⁰ Representam verdadeira revolução jurídica ao retirar do sujeito individual todo o destino das disposições de direito e conceber a existência de pluralidades de sujeitos titularizando alguns direitos.

Vale mencionar que, conforme demonstrado, os direitos fundamentais surgiram gradualmente, em contextos diferentes, de acordo com as necessidades humanas mais evidentes no momento histórico, por isso se classificam em gerações.

Tanto que a divisão das gerações/dimensões, pode ser realizada com base no lema ideológico da própria revolução francesa: liberdade (1ª dimensão), igualdade (2ª dimensão) e fraternidade (3ª dimensão), aos quais aludem as três cores da sua bandeira. Ou seja, a positivação e a concreção dos direitos fundamentais tornou-se real com a Revolução Francesa, que universalizou referidos direitos, possibilitando sua absorção pelas

<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/3a01aj5a/n15s6yf2cN7KF4M8.pdf>, acesso em 31 de março de 2021.

⁸Informações foram retiradas de pesquisas no seguinte site: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/direitos-fundamentais-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao>>. Acesso em: 19 set. 2019.

⁹ Informações foram retiradas de pesquisas nos seguintes sites: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/direitos-fundamentais-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao>>. Acesso em: 19 set. 2019. <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/296491/direitos-fundamentais-de-segunda-geracao>>. Acesso em: 19 set. 2019.

¹⁰ Informações foram retiradas de pesquisas no seguinte site: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/direitos-fundamentais-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao>>. Acesso em: 19 set. 2019.

democracias nascentes. De outro lado, também fundamental as revoluções inglesas do século XVII, com os documentos constitucionais então promulgados, bem como a independência e posterior constitucionalização das colônias inglesas do norte da América.

Os direitos fundamentais representam garantias aos cidadãos de uma nação, garantias relacionadas a aspectos essenciais para uma vida digna, como o direito a saúde, a educação, a segurança, a vida, a moradia, entre tanto outros.

Dessa forma, importante destacar que ao aplicar os dispositivos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil às situações concretas, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem sempre objetivar a efetivação dos direitos fundamentais. Deve existir um “verdadeiro querer” constitucional, ou, para parafrasear Korand Hesse, *uma vontade de constituição*.

O exercício das funções legislativa, executiva e jurisdicional, em realidade, encontra-se vinculado à observância dos direitos fundamentais, de modo que, a prática correta dessas funções por parte do Estado deve ser de forma que os indivíduos possam desfrutar com plenitude desses direitos que a própria Constituição Federal estipula, com a absorção pela legislação e demais atos dos poderes públicos da essência dos mesmos.

Assim, verifica-se que o ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face a crise da separação dos poderes, vincula cada um dos três poderes à sua estrita observância.¹¹

A vinculação do Poder Legislativo se relaciona com o dever de seus representantes de criar leis com conteúdo consentâneo com os ditames constitucionais, sempre respeitando as liberdades públicas, e pela obrigação de preencher as lacunas legislativas, evitando omissões inconstitucionais que impeçam os indivíduos de gozar de seus direitos constitucionalmente consagrados. Cabe aos legisladores, portanto, criar leis que regulem e efetivem os direitos fundamentais.

Por seu turno, a vinculação do Poder Executivo se relaciona a obrigação de seus membros de praticarem atos regulamentares e executivos *strito senso* no sentido de dar concreção aos comandos constitucionais.

E em última análise, quanto ao Poder Judiciário, sua vinculação pode ser enxergada no dever de conferir o máximo de efetividade aos direitos fundamentais, de garantir suas aplicações, reparando situações em que não são aplicados, tendo a

¹¹ MORAES, Giovani Silva de; PIRES, Nara Suzana Stainr. O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes. Net, [S.I.: s.n]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a598e7d200bf0255>>. Acesso em: 19 set. 2019.

prerrogativa, inclusive, de aplicar os direitos fundamentais em detrimentos de outros direitos. Inclusive, a própria Constituição em vigor garante o recurso do indivíduo ao judiciário sempre que seus direitos forem lesados ou ameaçados de lesão (art. 5º, XXXV, CF/88), bem como dota as decisões judiciais de caráter definitivo (art. 5º, XXXVI, CF/88), revelando o caráter político fundamental cometido a este poder do Estado.

Dentro desse contexto, tem-se que:

(...) não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Eles têm um papel decisivo na sociedade, porque é por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a sociedade se acha enferma.¹²

A presente análise traz à tona outro conceito importante a ser discutido, a separação dos poderes.

3 CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da separação dos Poderes está previsto sob o título dos princípios fundamentais, no art. 2º, *in verbis* “Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”¹³

Historicamente, a separação dos Poderes está diretamente relacionada à elaboração de um Estado Democrático de Direito, inclusive, constituindo-se como uma das quatro cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro, tamanha sua importância.

O art. 60, § 4º, inciso III, da Carta de 1988, disciplina que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação dos Poderes.

A separação dos Poderes não é um princípio cujas bases são recentes, desde a Antiguidade existem elementos indicativos que viriam a compor seu conceito e, especialmente, seu conteúdo.

Nas palavras do jurista Alexandre de Moraes, a separação de Poderes “consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que

¹² CUNHA, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011, p. 253.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade (...).¹⁴

Apesar do conceito deste princípio não possuir bases recentes, apenas no século XVIII, com as revoluções liberais, é que foi definida a formulação com a qual se tornou mais conhecida, em particular com Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*.

Para melhor entendimento do princípio da separação dos Poderes, e da sua função na construção de um Estado Democrático, essencial se faz realizar algumas observações acerca do conceito de poder. Nessa baía, encontramos os ensinamentos de José Afonso da Silva, que define:

O poder é fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins. O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, também chamada sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar.¹⁵

Seguindo a linha de raciocínio do doutrinador José Afonso da Silva, o Estado, como grupo social máximo, tem seu próprio poder, chamado de poder político ou poder estatal. O exercício e monopólio do poder é nota fundamental na caracterização de uma sociedade política, dentro da qual cabe a ideia de Estado.

Este poder estatal é superior a todos os poderes sociais, caracterizando a soberania do Estado, que para atingir seus objetivos tem que coordenar e impor regras e limites aos diferentes grupos sociais e indivíduos que compõem a sociedade civil. Essas regras, inclusive, são condicionantes das vontades individuais, tanto na esfera privada, como e especialmente, na esfera pública.

Decorrente dessa superioridade, o poder político tem três características, sendo elas: a unidade (o poder não se biparte); a indivisibilidade (o poder não cede sua forma) e a indelegabilidade (o poder não pode ser delegado a um Estado Estrangeiro).

Dessas características do poder político, retira-se a conclusão que parece impróprio falar-se em divisão de Poderes, pois, em teoria, conforme indicado, o Estado é

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 290.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda, 2015, p. 106 - 107.

uno e o poder não cinde sua forma. Há, pois, apenas uma separação funcional de competências entre órgãos estatais de mesmo nível.

No entendimento de José Afonso da Silva, a abordagem mais correta é tratar, em realidade, da divisão das funções estatais, podendo-se falar em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Em suas palavras:

[...] o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. [...] Disso decorrem as três características fundamentais do poder político: unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, de onde parece impróprio falar-se em divisão e delegação de poderes [...] ¹⁶

Sendo assim, quando se trata da separação dos Poderes, está-se falando, na verdade, em separação de funções estatais “*vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.*” ¹⁷

A ideia de separação dos Poderes, conforme menciona o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, é sugerida desde a Antiguidade, com Aristóteles, em sua obra *Política* seguindo mais recentemente para John Locke, que impugnou o absolutismo real de sua época, detalhando tal ideia de separação no Segundo Tratado do Governo Civil.

Todavia, foi o francês Montesquieu, que sistematizou definitivamente as três funções estatais, atribuindo-as a órgãos especializados distintos, e defendendo a limitação do poder da maneira como hoje mais se conhece e adota.

Nesse contexto, a separação de Poderes:

[...] foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “*Política*”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda, 2015, p. 107.

¹⁷ *Ibid.*, p. 107.

dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2.º da nossa Constituição Federal.¹⁸

O pioneiro Aristóteles, seguindo as lições de Platão, contempla em sua teoria da divisão dos Poderes a existência de três órgãos separados, a quem cabiam as decisões de Estado. Eram eles o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.¹⁹

Já John Locke defende um Poder Legislativo superior aos demais, o Executivo com a finalidade de aplicar as leis, e o Federativo, mesmo tendo legitimidade, não poderia desvincular-se do Executivo, cabendo a ele cuidar das questões internacionais de governança.²⁰

Posteriormente, Montesquieu cria a tripartição mais aceita atualmente, sendo o Poder Legislativo representado por aqueles que fazem as leis, bem como aperfeiçoam ou revogam as já existentes; o Executivo se ocuparia da paz e da guerra, estabelecendo a segurança e prevenindo invasões e, por último o Judiciário, com a competência de punir os crimes ou julgar os litígios da ordem civil.²¹

Nesta tese, Montesquieu defende que nunca deve-se deixar nas mãos de uma mesma pessoa ou órgão as três tarefas, uma vez que a concentração de poder tende a gerar o abuso deste. Em suas palavras “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.”²²

Nesse ideário nasce a ideia, de fato implementada, de Estado Democrático tendo como um dos seus pilares a divisão dos Poderes, que devem ser exercidos por órgãos indicados na Constituição e da maneira por ela estabelecida. Junto dela os limites de sua atuação quanto a esfera individual de cada um, garantindo-se aos sujeitos um espaço de mobilidade indevassável pelas autoridades públicas e pela sociedade civil, consubstanciado na previsão dos direitos individuais. Recorta-se, assim, perfeitamente, a esfera do público e a reserva do privado.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 290.

¹⁹ Informações foram retiradas de pesquisas nos seguintes sites: <<https://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>>. Acesso em: 20 set. 2019. <<https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/400382901/principio-da-separacao-de-poderes-na-corrente-tripartite>>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁰ Informações foram retiradas de pesquisas no seguinte site: <<https://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>>. Acesso em: 20 set. 2019.

²¹ *Ibid.*, Acesso em: 28 set. 2019.

²² MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes Ltda., 2000, p. 168.

A Constituição de um Estado, como a norma máxima do ordenamento jurídico, vincula os três poderes, impelindo-os a realizar a função atribuída a eles de forma constitucional, buscando a harmonia entre eles, para que não haja comprometimento do funcionamento do Estado.

Segundo Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.²³

Nessa linha de raciocínio, fica evidente que a divisão dos Poderes é pensada para o exercício democrático das funções estatais, com o equilíbrio e fiscalização dos poderes por meio dos freios e contrapesos e, com o sagrado cometimento ao judiciário de função contramajoritária, garantindo os direitos fundamentais do homem, mesmo que contra todos.

Entretanto, é importante salientar que, embora esses órgãos que exercem as funções estatais sejam autônomos e independentes, podem cooperar entre si, sem perder de vista sua independência, e sem colocar em risco o Estado Democrático.

Essa cooperação, sem extrapolar os limites impostos pela legalidade, se realiza na medida em que, em alguns casos concretos, para se garantir a melhor efetivação dos objetivos constitucionais delegados a cada Poder, há o permissivo de certa invasão momentânea nas funções um do outro, como se houvesse uma certa permeabilidade e intercambiabilidade de competências entre os mesmos.

Vale evidenciar que, o objetivo dessa mencionada invasão momentânea, deve ser sempre a garantia da concretização dos objetivos estabelecidos no texto constitucional, como por exemplo, a garantia de direitos fundamentais, fazendo sufragar a “vontade da constituição”.

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, a separação dos Poderes era ofuscada por uma evidente sobreposição do Poder Executivo sobre os demais Poderes, impedindo que estes fossem realmente independentes. Coagia-se o legislativo e coarctava-se o judiciário.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 290.

Foi apenas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a separação dos Poderes foi de fato avistada como uma forma de descentralizar o poder e evitar abusos. Nesse novo contexto, um Poder seria um contrapeso ao outro, justamente por estar a Constituição de 1988 voltada a proteção dos direitos fundamentais do homem.

O constitucionalismo moderno então coloca, claramente, em primeiro plano, a necessidade de garantir a efetivação dos direitos previstos na Carta Magna, para isso torna a Constituição rígida e arma os próprios poderes constituídos de instrumentos necessários à consecução de seus desideratos. Nesse diapasão, defende Uadi Lammêgo Bulos:

O constituinte originário consagrou peculiaridades no tocante ao exercício do poder político e de suas três funções. Numa palavra, conferiu ao princípio da separação funcional do poder flexibilidade, parecendo que permitiu a ingerência de uma função em outra.²⁴

Seguindo a linha de raciocínio apresentada pelo constitucionalista, o princípio da separação dos Poderes, modernamente, não comporta uma análise meramente em sua definição clássica e tradicional, mas sim uma inspeção com maior flexibilidade, sendo aceitável a interseção de uma função em outra, ou a efetivação de uma competência pelo outro.

A sociedade contemporânea exige uma aplicação redimensionada da visão da separação das funções estatais, pois se cada função do Estado fosse confiada exclusivamente a órgão especializado, sem comunicação entre eles, sem a possibilidade de participação de um na função típica do outro, se atingiria um extremo de independência, uma separação absoluta, que poderia ensejar abusos de poder, até pela aceitação de sua leniência funcional.

Dentro desse contexto, tem-se que:

(...) a característica da independência entre os órgãos do Poder Político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas a predominância no seu desempenho. Isso significa que as funções legislativas, executivas e jurisdicionais são exercidas, predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente, mas não com exclusividade. Essa participação momentânea de um Poder na função típica de

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 517.

outro não destrói nem ameaça a separação das funções estatais, a qual não é absoluta, mas, tão somente, relativa.²⁵

Seguindo esta linha de pensamento, a separação dos Poderes não seria ameaçada pela interferência provisória e limitada de um Poder na função típica do outro, especialmente quando fosse para garantir direitos fundamentais, uma vez que a efetivação destes, inegavelmente, é prioridade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A própria Constituição, na tentativa “desesperada” de dar concretude aos direitos individuais, os declara autoaplicáveis, concitando os poderes constituídos à sua integral efetivação.

Nesse contexto, uma vez conceituado o princípio da separação dos Poderes, e demonstrada sua abordagem atual na Constituição Federal de 1988, necessário se faz conceituar o ativismo judicial.

4 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial, embora polêmico, traz a ideia propagada pelo seu primeiro apresentador, o jornalista norte-americano Arthur M. Schlesinger Jr, que no ano de 1947, quando escreveu uma matéria jornalística para a revista *Fortune*, apontava para tendências ativistas de determinados membros da Suprema Corte norte americana, que pelas suas posturas decisórias impunham obrigações a serem cumpridas pelos demais poderes constituídos, como o dever de dar cobro a efetivação da igualdade e a supressão de diversidade de prestações públicas a negros e brancos. Teve a missão de analisar o perfil político e ideológico dos nove membros da Suprema Corte norte-americana na época.²⁶

No mencionado artigo jornalístico, que se intitulava *The Supreme Court: 1947*, ao analisar a visão jurídica dos componentes da Suprema Corte estadunidense, Arthur

²⁵ MORAES, Giovani Silva de; PIRES, Nara Suzana Stainr. O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes. Net, [S.I.: s.n]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a598e7d200bf0255>>. Acesso em: 19 set. 2019.

²⁶ Informações foram retiradas de pesquisas nos sites: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>>. Acesso em: 07 set. 2019. < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais>>. Acesso em: 07 set. 2019.

Schlesinger classificou-os como ativistas e não ativistas, sendo considerada essa a primeira menção ao ativismo judicial.²⁷

A matéria foi dirigida a não juristas, por essa razão:

O modelo ativista analisado e desenvolvido por Arthur Schlesinger é um emprego amplo demais, apesar de não se olvidar que a contribuição do jornalista é importante na medida em que inicia debates acerca da legitimidade da atuação judicial em Estados Democráticos de Direito.²⁸

Dessa forma, embora não com a complexidade hoje desenvolvida, e em um sentido mais amplo, o escrito por Arthur Schlesinger traz pela primeira vez a expressão *ativismo judicial*, mencionando e narrando a postura tomada por alguns juízes naquele período, relacionando, portanto, o termo a conduta adotada pelos magistrados.

Na análise de Luís Roberto Barroso, a origem do ativismo judicial foi de natureza conservadora, sendo então utilizado para fins negativos, para amparar, por exemplo, a segregação racial e invalidar leis sociais, e não para garantir direitos fundamentais:

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937) [...] ²⁹

Apenas a partir da década de 50, é possível se observar uma inversão nessa maneira de aplicação, aproximando o ativismo da forma que vivenciamos atualmente, resultando em uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de

²⁷ MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky; AMORIM, Rosendo Freitas de. O ativismo judicial: instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação dos Poderes?. Net, [S.I.: s.n]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>>. Acesso em: 08 set. 2019.

²⁸ SILVA, Diogo Bacha. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. Net, [S.I.: s.n]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p163.pdf>. Acesso em: 07 set. 2019.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Net, Rio de Janeiro, [s.n]. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).³⁰

Conforme colocado, as ancestralidades do ativismo judicial remontam a jurisprudência estadunidense, e o mesmo foi se desenvolvendo, se renovando, ganhando forma e complexidade com o passar do tempo, até os dias atuais, quando é visto como um método de interpretação ante leis lacunosas nos temas tratando da efetivação de direitos fundamentais.

O conceito, a amplitude e o uso do termo ativismo judicial, não é uníssono, existe divergência de entendimento, inclusive nos Estados Unidos, seu país de origem. Assim, são identificadas pela doutrina, pelo menos sete conotações à expressão, sendo elas:

[...] a) o ativismo contra-majoritário: marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos; b) ativismo não-originalista: caracterizado pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estritas do texto legal e as considerações sobre intenção do legislador completamente abandonadas; c) ativismo de precedentes: o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos; d) ativismo jurisdicional: marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação; e) ativismo criativo: resultante da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional; f) ativismo remediador: marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicialmente imposto e g) ativismo partisan: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social.³¹

Entrementes, haja essa classificação, que possui bastante relevância, servindo de paradigma para a interpretação de muitos doutrinadores, prevalece na doutrina brasileira, majoritariamente, entendimento diverso dos apresentados.

No ordenamento jurídico do Brasil, o ativismo judicial designa a atuação do Judiciário na esfera de interpretação de demandas que envolvem vazios legislativos e omissões legais, bem como a inércia dos demais Poderes na implementação e concretização de valores constitucionais.

Em outras palavras, o ativismo é compreendido na doutrina brasileira como um método de interpretação dado a Constituição Federal, pelo Judiciário, em casos que a lei é omissa acerca daquela necessidade social.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Net, Rio de Janeiro, [s.n]. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

³¹ MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky; AMORIM, Rosendo Freitas de. O ativismo judicial: instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação dos Poderes?. Net, [S.I.: s.n]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>>. Acesso em: 08 set. 2019.

No ver de Luís Roberto Barroso “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”³²

Com pauta nessa linha de entendimento, apresentada pelo acima mencionado jurista, pode-se vislumbrar este método interpretativo ativista como o papel criativo dos Tribunais diante a insuficiência da norma jurídica em se fazer abranger em todos os casos que chegam ao Poder Judiciário.

Dessa forma, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”³³

Nesse sentido, o ativismo judicial é o fenômeno que se relaciona com a participação efetiva dos magistrados, tendo como objetivo a imunização contra possível ação danosa dos outros Poderes ou de particulares, como também uma ampliação na interpretação dos dispositivos legais gerando precedente jurisprudencial, tendo como origem um caso concreto.

Segundo Luís Roberto Barroso:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³⁴

Dessa forma, considerando as palavras do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, o ativismo judicial pode se manifestar por diversas condutas do Poder Judiciário, que, resumidamente, incluem a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente previstas nela, mas omitidas pelos poderes constituídos, a participação efetiva dos magistrados no controle da constitucionalidade, tanto por ação quanto por omissão dos outros poderes, e a determinação de condutas ou abstenções ao Poder Público. Tal se dá no âmbito da saúde, previdência, igualdade substancial (como no reconhecimento

³² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Net, Rio de Janeiro, [s.n]. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

³³ *Ibid.*, Acesso em: 13 set. 2019.

³⁴ *Ibid.*, Acesso em: 13 set. 2019.

das uniões homoafetivas enquanto verdadeiras entidades familiares), educação (como reserva de vagas em escolas e creches), *et cetera*.

Assim, pode-se observar o ativismo, especialmente, nas situações que envolvem o Poder Legislativo e a sociedade civil, principalmente, quando nessa relação as demandas sociais não venham a ser atendidas efetivamente pela necessária regulamentação dos direitos sufragados na Constituição e sua efetiva implementação.

Nesse sentido, revela-se uma postura garantista e proativa do poder judiciário, com a emanção de ordens propensas a implementação de direitos e garantias a serem cumpridas pelos demais poderes constituídos. Pode-se cravar que o ativismo judicial é um importante elemento do desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil.

Consectário necessário das considerações é que *“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.”*³⁵

Tal assertiva é facilmente comprovada pela verificação do elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, e, sobretudo, ações de controle de constitucionalidade, por ação ou omissão dos poderes constituídos.

Esse elevado número evidencia que o déficit de qualidade legislativa e leniência do poder executivo afetam a harmonização da Federação, rompe o necessário equilíbrio entre os Poderes e compromete os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

No entendimento do jurista Luís Roberto Barroso o ativismo judicial busca retirar da Constituição o máximo de potencialidade possível, sendo balizado em critérios compatíveis com o princípio da divisão dos Poderes, com as normas constitucionais e com o princípio democrático, este “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação do Direito.”³⁶

Infere-se do exposto que o ativismo judicial necessita de provocação do Poder Judiciário, por meio de ações, não sendo um fenômeno espontâneo, inclusive porque o judiciário é inerte e só age por provocação. E por meio do julgamento destas ações é proferido entendimento criativo, inovando o próprio ordenamento jurídico.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Net, Rio de Janeiro, [s.n]. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019. Acesso em: 15 set. 2019.

³⁶ *Ibid.*, Acesso em: 15 set. 2019.

O ativismo então surge como interpretação constitucional ampliada e contundente, não contemplada pela própria lei, uma inovação de fato, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais.

Segundo o ministro Luís Felipe Salomão, em palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, em São Paulo:

O ativismo relaciona-se ao comportamento dos juízes. Significa conduta que desborda da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira expansiva. [...], consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.³⁷

Assim sendo, em resumo, o ativismo judicial surge, originariamente, no sistema estadunidense como uma postura adotada pelos juízes da Suprema Corte em dar consecução às decisões constitucionais de modo vinculativo aos outros poderes, que pela notável influência que exerce sobre o mundo, também o fez triunfar em terras brasileiras.

O ativismo judicial, como um modo proativo de interpretação constitucional, em que os magistrados, na solução de omissões legislativas e executivas, fazem concretizar a “vontade da Constituição”, vem revolucionar a hermenêutica jurídica, rearranjando a própria dinâmica entre os poderes.

Superada a conceituação do ativismo judicial, bem como feitas considerações acerca de seu surgimento e desenvolvimento até os dias atuais, importante se faz analisá-lo como ferramenta de efetivação de direitos fundamentais, explorando exemplos de sua aplicação do ordenamento jurídico brasileiro.

2.4. O ATIVISMO JUDICIAL COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

São vários os casos de ativismo judicial no Brasil, como o reconhecimento da união estável homoafetiva e a criminalização da homotransfobia.

Desses, o exemplo mais recente é a criminalização da homotransfobia, quando no julgamento do Mandado de Injunção 4733 e da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão 26, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem equiparar a homotransfobia ao

³⁷ SÃO PAULO. Palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira. São Paulo. 27 de setembro de 2017. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5930989>>. Acesso em: 10 out. 2019.

crime de racismo, para fins de penalização do homotransfóbico, com base na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89).

Nessa ocasião, os magistrados integrantes do Supremo Tribunal Federal atuaram de forma ativa, definindo uma conduta como criminosa, ainda que não tipificada na legislação penal como tal de maneira expressa e categórica como geralmente se exige dos tipos penais. Fizeram-no sob a justificativa de que a aversão à identidade de gênero ou orientação sexual são expressões de racismo, considerado em sua dimensão social. E, com isso, não deixa de causar uma certa estranheza, eis que no campo penal, especialmente no capítulo inerente à tipificação de condutas criminosas, não se admite interpretação analógica ou extensiva, mas ao contrário, a hermenêutica exige uma interpretação estrita do verbo contido no tipo penal, como medida de segurança jurídica par ao cidadão. Mas, inobstante o rompimento com a tradicional postura hermenêutica deste ramo especializado do direito, há razões jurídicas constitucionais invocadas na decisão e que sustentam o caráter contramajoritário da Corte Constitucional e revelam a colmatação de lacunas para a proteção de minorias desguarnecidas.

É notória a interpretação extensiva aplicada pelos ministros a Constituição Federal, ante a injustificável mora do Poder Legislativo na criminalização de condutas homotransfóbicas, garantindo a comunidade LGBTQ+ os direitos fundamentais à dignidade e a igualdade, entre outros expressos no texto constitucional.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin, em seu voto no mandado de injunção 4733:

A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.³⁸

Dessa forma, a criminalização da homotransfobia é uma expressão clara do ativismo judicial, na qual o Poder Judiciário, atuando na interpretação de uma demanda, buscou suprimir a omissão do Poder Legislativo, e garantir a concretização de valores constitucionais.

Embora a prática do ativismo judicial traduza para alguns juristas a noção de um comportamento exorbitante de competência assumido pelo Judiciário, já que ao judiciário, tradicionalmente, compete juízos negativos, de reprovação, que declaram as nulidades

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733. Relator: Ministro Edson Fachin. Acórdãos. Distrito Federal: Voto do Ministro Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190221-10.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2019.

perpetradas pelos poderes públicos, pode-se se dizer: são atos de conhecimento, cognição e reprodução, mas não podem ser atos volitivos de criação, há razões substanciais que arrimam a decisão!

Mesmo os juristas mais conservadores, não podem negar, de maneira absoluta, os benefícios experimentados pela sociedade com o comportamento proativo do Poder Judiciário, diante das omissões danosas perpetradas pelos outros Poderes, no que atinge a concretização dos direitos fundamentais. De todo modo, resta ao legislativo a possibilidade de rever as posturas assumidas pela Suprema Corte ou diversos órgãos judiciais, claro, desde que não se atente contra o núcleo duro da Constituição.

No pensar do ministro Luís Felipe Salomão “*o ativismo judicial tem pontos positivos, como o fato de defender as minorias que não encontram respaldo no parlamento e de guardar as políticas públicas.*”³⁹

Tomando como base a expressão mais recente do ativismo judicial, a já mencionada criminalização da homotransfobia, muita discussão se gerou acerca dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o Poder Judiciário estaria agindo de forma inconstitucional, usurpando a função típica do Poder Legislativo.

Todavia, é inegável o avanço social trazido por tal decisão, que garantiu a concretização dos direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, e à vida, frente aos crescentes casos de violência registrados contra a comunidade LGBTQ+ e, mais do que isso, a decisão impõe a necessidade de que todos, sem exceção, sejam tratados com dignidade, com o mesmo respeito e consideração, proíbe que opções pessoais, sentimentais, sexuais possam produzir qualquer conduta ou ato de reprovação, exclusão ou apartamento pela sociedade.

Ante o exposto, resta evidente que o ativismo judicial objetiva alcançar a igualdade social e garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, inclusive cobrando ao Poder Legislativo e procurando corrigir suas omissões e retardamentos. Entre vida e orçamento, entre dignidade e respeito, entre discriminação ou aceitação de todo tipo de união humana, parece existir apenas uma resposta correta possível. Claro que as particularidades de cada caso demandam análises particulares, no entanto, sabe-se quais os valores universais que devem preponderar”

³⁹ SÃO PAULO. Palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira. São Paulo. 27 de setembro de 2017. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5930989>>. Acesso em: 10 out. 2019.

Em discurso proferido na Suprema Corte, em 29/04/2009, o ministro Celso de Mello, pronunciou o seguinte acerca do ativismo judicial:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.⁴⁰

Na linha de raciocínio apresentada, o ativismo judicial, no contexto atual, surge como método interpretativo utilizado para suprir omissões e retardamentos dos demais Poderes, que deixam de cumprir efetivamente suas funções típicas, dando uma interpretação sempre no sentido de efetivar os comandos constitucionais, num verdadeiro sentido inovador, pois dispensa o argumento de normas constitucionais não autoexecutáveis.

O resultado dessas omissões e retardamentos é que as lides não decididas por ausência de leis ou de suas votações nas casas do Congresso Nacional, bem como os conflitos não resolvidos, acabam por chegar ao Poder Judiciário, de quem se cobra uma resposta, eis que é direito do indivíduo ter essa resposta (art. 5º, XXXV, CF/88).

Por sua vez, o Judiciário, não podendo se omitir de tomar decisões, decide ativamente, com o fim de garantir os direitos expressos na própria Constituição Federal. E quando questionado sobre a legitimidade de suas decisões, os membros do poder judiciário têm em seu favor a resposta de que são inertes enquanto juízes, agem por provocação.

Sob esse ponto de vista, o método de interpretação ativista garante a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente porque os mesmos encerram valores humanos cimeiros, gozam de amplo reconhecimento e aceitação, e, no entender constitucional, em relação a eles deve haver progresso de implementação, nunca retrocesso.

Nas palavras do ministro Celso de Mello, acerca do ativismo judicial:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas

⁴⁰ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello..., em 29/04/2009, por ocasião do transcurso do primeiro ano de mandato do senhor ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal. Distrito Federal: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM29abr.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2019.

concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.⁴¹

Posto isto, evidente que o Poder Judiciário, quando acionado não pode se abster de apresentar uma solução a demanda, não pode se negar a aplicar os direitos fundamentais. Falando sobre o assunto, o ministro Luiz Fux, durante o 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário, mencionou:

Há várias questões em relação às quais o Judiciário não tem capacidade institucional para solucionar. É uma questão completamente fora do âmbito jurídico. Mas, mesmo assim, temos que decidir. E por que temos que decidir? Porque a população exige uma solução.⁴²

Na conclusão de seu voto acerca do já mencionado exemplo de ativismo judicial, a criminalização da homotransfobia, o ministro Edson Fachin evidenciou que sua decisão de procedência do mandado de injunção, se baseava na mora do Congresso Nacional:

Julgo procedente o presente mandado de injunção, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.⁴³

Se neste caso, os ministros do Supremo Tribunal Federal não tivessem optado por utilizar uma interpretação ativista, decidindo no sentido de criminalizar condutas discriminatórias por orientação sexual ou identidade de gênero, estariam sendo compassivos ao comportamento apático dos legisladores, deixando a sociedade desprotegida.

Outro exemplo de ativismo judicial que demonstra com exatidão esse caráter de ferramenta de concretização de direitos fundamentais como resposta a omissões dos demais poderes, é o reconhecimento da união homoafetiva.

⁴¹ *Ibid.*, Acesso em: 01 out. 2019.

⁴² MARTINS, Kamila Mendes. Com casos recentes de ativismo judicial, STF estaria passando dos limites. Net, [S.I.], dez. 2016. Gazeta do Povo. Disponível em: < gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654jsklj3ricw3gxexjn4/>. Acesso em: 11 out. 2019.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733. Relator: Ministro Edson Fachin. Acórdãos. Distrito Federal: Voto do Ministro Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190221-10.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2019.

O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4277 e Ação Direta Descumprimento de Preceito Fundamental 132, reconhecendo a união estável homoafetiva.

Em seu voto, o ministro Celso de Mello enfatizou:

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos.⁴⁴

Impede salientar, portanto, que as omissões inconstitucionais dos Poderes do Estado, não podem ser toleradas, eis que representam um desprestígio da Constituição Federal, resultante da inércia de órgãos que se não cumprem suas funções restam meramente constituídos, sem efetividade.

Nesse sentido, mais uma vez o ministro Celso de Mello:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema 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, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.⁴⁵

Na mencionada decisão ativista do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva, é fácil vislumbrar os benefícios e necessários avanços trazidos a sociedade, e mais uma vez o ativismo judicial atuando como ferramenta de concretização aos direitos à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

Em síntese, conforme demonstrado por meio de alguns exemplos mais expressivos e recentes, o ativismo judicial está diretamente relacionado à efetivação de direitos fundamentais, sendo método interpretativo utilizado pelos magistrados como ferramenta para aplicação do texto constitucional e concretização de direitos, nas situações de lacuna legislativa por omissões ou retardamento dos demais Poderes.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdãos. Distrito Federal: Voto do Ministro Celso de Mello, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-celso-mello-uniao.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2019.

⁴⁵ *Ibid.*, Acesso em: 11 out. 2019.

3. CONCLUSÃO

Por todo exposto, pode-se concluir que o ativismo judicial surge como postura proativa do poder judiciário, que com o objetivo de dar a máxima concreção aos comandos constitucionais tende a dar efetivação aos direitos fundamentais, mesmo no caso de ausência legislativa, na medida em que é utilizado pelos magistrados como ferramenta para garantir à sociedade a concretização de seus anseios e necessidades, muitas vezes essenciais a uma vida digna.

Conforme analisado, esse fenômeno é entendido, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, como um método de interpretação ampliado do texto constitucional, que visa garantir “a vontade da Constituição”, não somente pelas instâncias superiores, mas também pelos juízes de instâncias inferiores, diante de um caso concreto, com o objetivo de suprir as omissões e lacunas legais, e ainda os retardamentos dos demais Poderes.

Vislumbra-se, especialmente, a existência do ativismo judicial em situações de lacunas deixadas pelo Poder Legislativo na sua função constitucional de elaboração de leis, ou omissões executivas, que por não abrangerem todas as situações que surgem no cotidiano, acabam por gerar demandas populares, que clamam por uma resposta do Estado, objetivando a solução de casos particulares ou mesmo coletivos.

Nesse ponto, não conseguindo o legislador prever em sua criação todas as eventuais situações que surgem na realidade, e não podendo a sociedade ser deixada desamparada, o Poder Judiciário, dando uma interpretação extensiva ao texto constitucional supre essas omissões, dando soluções, ainda que provisórias, às necessidades sociais. Garante-se uma resposta ao jurisdicionado.

Partiu-se do pressuposto que o Poder Judiciário, neste momento representando o Estado, não pode se esquivar da sua função de apreciar as demandas que lhe são apresentadas, pois não é permitido que deixe de manifestar uma solução às lides levadas a seu conhecimento, ainda que não haja previsão legal expressa que dê uma resposta fácil à contenda.

Embora existam posicionamentos contrários ao ativismo judicial, com argumentos de boa razão, não se pode duvidar que no Brasil, há uma ampla dificuldade de concretização dos direitos fundamentais, especialmente sociais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, seja por sua omissão, seja por sua morosidade. E, nesse caso, abre-

se a oportunidade de interveniência do judiciário por provocação. Como consequência direta, surge a necessidade da intervenção do Poder Judiciário com o intuito de garantir o mínimo existencial ao demandante, que está estampado na Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, apesar das críticas substanciais, o ativismo judicial demonstra bastante efetividade na solução de omissões e retardamentos dos demais Poderes, garantindo a concretização de direitos fundamentais, como nos recentes casos da criminalização da homotransfobia e no reconhecimento da união estável homoafetiva. Permite-se, de fato, a fruição de direitos constitucionais pelos afetados pela decisão.

São apenas dois dos vários exemplos de ativismo judicial no Brasil, mas são expressões bem evidentes de sua função de efetivo garantidor dos direitos fundamentais, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, com suas decisões, garantiu à comunidade LGBTQ+ os direitos à igualdade, à dignidade da pessoa humana, entre tantos outros que orbitam essa questão.

Cabe mencionar que, não há que se falar em risco à separação dos Poderes nesses casos, uma vez que, para garantir direitos fundamentais, e principalmente a dignidade da pessoa humana, não se pode dar a esse princípio a interpretação tradicional de extrema independência funcional, sendo necessária às sociedades modernas visão mais flexível e intercambiante, para que o indivíduo possa receber uma resposta mais efetiva dos órgãos estatais. Lembrando que, a separação de poderes consagrada no texto constitucional não impede o controle, pelo Judiciário, de atos do poder executivo e do poder legislativo, inclusive já prevendo possíveis lacunas municiando os juristas e o judiciário com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção!

Assim, a invasão momentânea do Poder Judiciário sobre funções e competências que tradicionalmente não são suas, representada pelo ativismo judicial, não representam risco ao Estado Democrático de Direito, uma vez que busca a garantia de direitos aos quais é atribuído *status* de prioridade. Ou seja, a intervenção do Poder Judiciário na atuação típica dos outros poderes, tem como escopo assegurar garantias insculpidas no texto constitucional. O judiciário não avoca pra si de modo permanente competências dos outros poderes, mas apenas dá uma resposta satisfatória, sob o prisma constitucional, para situações que de fato se mostram refratárias à absorção do conteúdo e valores constitucionais.

É inegável, pois, a faceta positiva do denominado ativismo judicial, já que permite ao judiciário dar respostas a questões omitidas pelos poderes constituídos, quando exigidas pela Constituição

4. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Net*, Rio de Janeiro, [s.n]. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil Anotada. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#30>>. Acesso em: 04 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator: Ministro Ayres Britto. *Acórdãos*. Distrito Federal: Voto do Ministro Celso de Mello, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-celso-mello-uniao.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733. Relator: Ministro Edson Fachin. *Acórdãos*. Distrito Federal: Voto do Ministro Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190221-10.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CUNHA, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello..., em 29/04/2009, por ocasião do transcurso do primeiro ano de mandato do senhor ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal. Distrito Federal: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM29abr.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky; AMORIM, Rosendo Freitas de. O ativismo judicial: instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação dos Poderes?. *Net*, [S.I.: s.n]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

MARTINS, Kamila Mendes. Com casos recentes de ativismo judicial, STF estaria passando dos limites. *Net*, [S.I], dez. 2016. Gazeta do Povo. Disponível em: <gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654jsklj3ricw3gxexjn4/>. Acesso em: 01 dez. 2019.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes Ltda., 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003.

MORAES, Giovani Silva de; PIRES, Nara Suzana Stainr. O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes. *Net*, [S.I.: s.n]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a598e7d200bf0255>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

SILVA, Diogo Bacha. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. *Net*, [S.I.: s.n]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p163.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda, 2015.

SILVEIRA, Ricardo dos Reis e SILVA, Juvência Borges, *O início da concepção dos direitos inalienáveis no Leviatã de Thomas Hobbes*, disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/3a01aj5a/n15s6yf2cN7KF4M8.pdf>, acesso em 31 de março de 2021.

Submetido em 14.07.2020

Aceito em 20.12.2020