

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS

JOSÉ WILLIAM MENDES GONÇALVES

**ATIVISMO JUDICIAL:** uma análise acerca das suas dimensões

Paracatu

2020

JOSÉ WILLIAM MENDES GONÇALVES

**ATIVISMO JUDICIAL:** uma análise acerca das suas dimensões

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Msc. Flávia Christiane Cruvinel de Oliveira

Paracatu

2020

JOSÉ WILLIAM MENDES GONÇALVES

**ATIVISMO JUDICIAL:** uma análise acerca das suas dimensões

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Msc. Flávia Christiane Cruvinel de Oliveira

Banca Examinadora:

Paracatu-MG, 14 de agosto de 2020.

---

Prof<sup>a</sup>. Msc. Flávia Christiane Cruvinel Oliveira  
Centro Universitário Atenas

---

Prof<sup>a</sup>. Msc. Amanda Cristina de Souza Almeida  
Centro Universitário Atenas

---

Prof. Tiago Martins Silva  
Centro Universitário Atenas

Dedico aos meus pais, por não medirem esforços para tonar possível a realização deste sonho.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pela proteção de cada dia.

Agradeço meus pais por prestarem todo suporte necessário para o desenvolvimento e conclusão deste curso.

Agradeço a todos os mestres que compartilharam comigo os seus conhecimentos durante convívio em sala de aula, enaltecendo sua importância, pois sem vocês nada disso seria possível, salientando que a profissão de lecionar é a mãe de todas as demais.

Gratidão a minha pessoa por nunca ter desistido, e por abrir mão de parte do meu dia para me dedicar a arte aprender.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o fenômeno do Ativismo Judicial, no qual contém seus conceitos, sua origem e evolução histórica, bem como sua aplicação nos dias atuais. Destarte, discorrem acerca do neoconstitucionalismo, o movimento que deu origem ao referido fenômeno, também os conceitos e posicionamentos tragos por doutrinadores ao longo do tempo, chegando aos dias atuais em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, originando reflexos no meio social. Neste trabalho é utilizado o método dedutivo, analisando conceitos, correntes teóricas, e decisões fáticas acerca do tema, além de trazer em pauta a legitimidade constitucional, democrática e social para proatividade do judiciário. Explanado todo o conteúdo deste trabalho, é concluído com os reflexos causados na sociedade por este fenômeno jurídico.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial, Supremo Tribunal Federal, Legitimidade.

## **ABSTRACT**

*The present work has as its object the phenomenon of Judicial Activism, in which it contains its concepts, its origin and historical evolution, as well as its application today. Thus, they talk about neoconstitutionalism, the movement that gave rise to the referred phenomenon, also the concepts and positions brought by indoctrinators over time, reaching the present day in decisions rendered by the Supreme Court, originating reflexes in the social environment. In this work, the deductive method is used, analyzing concepts, theoretical currents, and factual decisions on the theme, in addition to bringing about constitutional, democratic and social legitimacy for the proactiveness of the judiciary. After explaining all the content of this work, it concludes with the reflexes caused in society by this legal phenomenon.*

**Keywords:** *Judicial Activism. Federal Supreme Cour. Legitimacy.*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>1.1 PROBLEMA DE PESQUISA</b>	<b>8</b>
<b>1.2 HIPÓTESE DE PESQUISA</b>	<b>8</b>
<b>1.3 OBJETIVOS</b>	<b>8</b>
<b>1.3.1 OBJETIVO GERAL</b>	<b>8</b>
<b>1.3.2 OBJETIVO ESPECÍFICO</b>	<b>8</b>
<b>1.4 JUSTIFICATIVA</b>	<b>9</b>
<b>1.5 METODOLOGIA DE ESTUDO</b>	<b>9</b>
<b>1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO</b>	<b>10</b>
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA</b>	<b>12</b>
<b>2.1 CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO</b>	<b>13</b>
<b>2.2 ORIGEM E CONCEITUAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL</b>	<b>14</b>
<b>2.3 RELAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ATIVISMO JUDICIAL</b>	<b>15</b>
<b>3 ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	<b>17</b>
<b>3.1 ABORTO DE ANENCÉFALOS</b>	<b>17</b>
<b>3.2 LEI DA GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS</b>	<b>19</b>
<b>3.3 RELAÇÕES HOMOAFETIVAS</b>	<b>21</b>
<b>4 LEGITIMIDADES E LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL</b>	<b>25</b>
<b>4.1 LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL</b>	<b>25</b>
<b>4.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA</b>	<b>27</b>
<b>4.3 LEGITIMIDADE SOCIAL</b>	<b>29</b>
<b>4.3 LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL</b>	<b>30</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>31</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>33</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em meados do século XX, no período pós-segunda guerra mundial para ser mais preciso, o direito passou por diversas transformações, essas que aconteceram envolvendo o que veio a ser chamado de constitucionalismo dirigente, que introduziu constituições modernas com vários direitos e garantias fundamentais, tornando-se muito programáticas. Inteirado a isso, o Poder Judiciário ganha posição de evidência e autonomia na concretização desses direitos e garantias positivadas na letra constitucional. Se no passado reinava o positivismo exegético e o poder judiciário servia de mera ferramenta utilizada para aplicação do texto regente, servindo como “Boca da Lei”, a partir de agora com o enaltecimento dos princípios jurídicos, o poder judiciário passa a figurar com um papel criativo da construção do direito e caminhando lado a lado com a transformação da sociedade.

Destarte, o Brasil também acompanhou essa realidade, sendo a nossa carta magna vigente datada em 1988, um retrato nítido de uma Constituição dirigente, programática e garantista, porém necessita de uma atuação harmoniosa entres os três poderes estatais, sendo eles o Executivo, Legislativo e judiciário para que os dizeres constitucionais ultrapassem os limites do papel e se concretizem no seio da sociedade. Toda via, os Poderes Executivo e legislativo atravessam uma tribulação profunda perante a sociedade, vez que esta desenvolveu um grande repulso em face destes dois poderes estatais, muitas vezes justificado, vez que ambos em grande parte de suas ações, enfatizam seus objetivos particulares e pouco importam com o que a população necessita, pensa ou almeja, deslocando-se em sentido totalmente contrário ao originário de ocupar determinado posto.

Em face dessa situação, o poder judiciário, salientando-se o Supremo tribunal federal, se torna mais proativo e direto na proteção e consolidação da Constituição, inclusive adentrando nas esferas de competências dos poderes legislativo e executivo, originando o fenômeno posteriormente nomeado de Ativismo Judicial. Contudo, essa proatividade judicial do Supremo Tribunal federal gera diversas críticas, sendo possível enfatizar o desrespeito do princípio da separação dos três poderes e a ausência de legitimidade para tal proatividade. Almeja-se nesse trabalho identificar os benefícios e malefícios do fenômeno do ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal federal, assim como se detém de legitimidade para

praticar uma performance proativa, e também trazer o reflexo desse fenômeno perante a sociedade e o estado democrático de direito brasileiro.

### **1.1 PROBLEMA DE PESQUISA**

O ativismo judicial é a solução para sociedade em constantes mudanças ou é arbitrariedade do poder judiciário?

### **1.2 HIPÓTESE DE PESQUISA**

No decorrer dos tempos a sociedade vem evoluindo em uma velocidade cada vez maior, sendo quase impossível que a máquina estatal acompanhe e se adapte as necessidades encontradas no cotidiano, vez que é plenamente justificável o fenômeno do ativismo judicial objetivando a adequação legal a casos concretos.

Observado o fato de que essa proatividade do poder judiciário também acarreta no descumprimento de princípios reguladores do estado contidos no texto da carta magna, além de tornar genérico e infinito o poder de interpretação e de aplicação das normas pelos magistrados, dando-lhes um poder ditador derivado do seu livre convencimento.

### **1.3 OBJETIVOS**

#### **1.3.1 OBJETIVO GERAL**

Analisar os efeitos do fenômeno do Ativismo Judicial perante a máquina estatal e a sociedade.

#### **1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

a) Levantar a evolução histórica, Neoconstitucionalismo e conceito do Ativismo Judicial;

b) Analisar se a proatividade do Poder Judiciário tem eficácia perante a sociedade dinâmica;

c) Analisar se a proatividade do poder judiciário traz superioridade em relação aos poderes executivo e legislativo, assim como se a liberdade para interpretação do dispositivo legal pode trazer um entendimento particular perante a letra da lei.

#### **1.4 JUSTIFICATIVA**

O Fenômeno a ser abordado na presente pesquisa é de imensa relevância perante o sistema operacional de engrenagens da máquina que move o Estado, haja vista que se trata de uma ação praticada por um dos três poderes frente aos demais que sendo seriamente discutida cumulando diversos seguidores em correntes contrárias e favoráveis a tal movimento.

O fenômeno supramencionado reflete diretamente na face da sociedade, vez que essa se torna cada vez mais dinâmica e imprevisível, dificultando cada vez mais o acompanhamento em tempo real pelos responsáveis pela elaboração dos dispositivos regulamentadores, motivando a proatividade do Judiciário, que visa através da interpretação extensiva e adequação da letra fria de lei, aplicar de forma mais célere, eficaz e justa perante o caso em concreto.

Feita com êxito a análise e a ponderação entre os benefícios e malefícios tragos pelo Ativismo Judicial, teremos um resultado no qual ficará expresso a posição positiva ou negativa desse fenômeno, trazendo uma possível resolução para uma situação que causa duradoura repulsa na sociedade, que é a ineficiência do legislativo.

#### **1.5 METODOLOGIA DE ESTUDO**

A pesquisa a ser realizada no futuro trabalho classifica-se como descritiva e explicativa do fenômeno causado pela proatividade do poder judiciário, devendo-se investigar os efeitos e consequências do Ativismo judicial perante a sociedade assim como seus possíveis benefícios e malefícios em face dos casos em concreto que fizeram necessário uma interpretação mais extensiva do texto legal, nesse mesmo liame, observará as consequências legais, administrativas e problemáticas dessa prática que se torna ponto fora da curva perante a sistemática da máquina estatal que

em teoria deveria seguir uma harmoniosa e perfeita complementação entre órgãos envolvidos. A pesquisa a ser realizada no futuro trabalho classifica-se como descritiva e explicativa do fenômeno causado pela proatividade do poder judiciário, devendo-se investigar os efeitos e consequências do Ativismo judicial perante a sociedade assim como seus possíveis benefícios e malefícios em face dos casos em concreto que fizeram necessário uma interpretação mais extensiva do texto legal, nesse mesmo liame, observará as consequências legais, administrativas e problemáticas dessa prática que se torna ponto fora

Quanto à metodologia fez-se a opção pelo método dedutivo, analisando conceitos, correntes teóricas, levantando também as opiniões pró e contra de magistrados do Supremo Tribunal acerca do tema trabalhado, além de trazer em explanação de assuntos que não possui determinação regulamentadora na legislação, dando assim margem para a proatividade do poder judiciário a fim de conseguir uma solução para sua problemática.

Em relação ao procedimento optou-se por uma abordagem direta, haja vista que a análise deve ser feita de forma objetiva, observando-se cada vertente levantada tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito social.

E por fim, utilizar-se-á de pesquisas bibliográficas, com análises de livros, artigos e outros meios impressos e eletrônicos relacionados ao assunto utilizando como fonte de pesquisas autores genéricos que em suas obras fizeram uma conceituação de como deveria funcionar a máquina estatal, explanando ainda as funções, atividades e objetivos de cada órgão perante o conjunto. Serviu-se também de autores objetivos ao fenômeno em análise, observando assim opinião própria, bem como o posicionamento da corrente contrária, tratando de conceitos, efeitos e relação social em específico ao tema em análise. Por fim trazendo em tela assuntos concretos da prática deste fenômeno em aplicação a situações reais advindas do cotidiano do judiciário, com a justificativa de analisar se é benéfico ou maléfico, bem como observar os efeitos advindos da proatividade judicial.

## **1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO**

O primeiro capítulo apresenta a introdução, a problemática da pesquisa, o método do estudo, bem como o objetivo geral e os específicos, as justificativas,

relevância e contribuições da proposta de estudo, e também a definição estrutural da monografia.

O segundo capítulo aborda a evolução histórica, conceitos e correntes doutrinárias acerca do Ativismo Judicial.

O terceiro capítulo, traz casos concretos para melhor elucidação da matéria discutida, bem como seus reflexos perante a sociedade.

O quarto capítulo discorre sobre a legitimidade para a prática de tal ação, bem como críticas impostas acerca do Ativismo Judicial.

O quinto capítulo conclui acerca dos reflexos que este fenômeno produz perante a sociedade.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de aprofundar ao núcleo do assunto em pauta, é necessário sintetizar alguns pontos acerca da Evolução Histórica, bem como conceitos e fundamentos que antecederam e permitiram o acontecimento do Ativismo Judicial.

Barroso (2008) entende que após a promulgação da Carta Magna em 1988, o Brasil adotou um modelo mundial de interpretação e aplicação das suas normas jurídicas, que se iniciou a partir da segunda metade do século XX em diversas regiões do mundo, o qual foi nomeado de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo jurídico.

Conforme Agra (2008) o neoconstitucionalismo foi um movimento que se iniciou na segunda metade do século XX, influenciado pela queda dos regimes fascista e nazista no continente europeu, pautado nas atuações dos novos Tribunais Constitucionais da Europa, onde os princípios eram colocados no mesmo patamar que as normas jurídicas, ampliando a aplicação do Direito, que deveria estar sempre seguindo a Constituição, bem como trazendo uma nova visão hierárquica do ordenamento jurídico. Este movimento é reconhecido também por ter Constituições fartas de garantias e direitos fundamentais, enfatizando o objetivo de reduzir as desigualdades sociais dos Estados. Dado o fato, o poder judiciário passa a ser um protagonista nas ocasiões em que, quando acionado, deveria fazer cumprir o texto constitucional, caso necessário até cometer interferências em ações de competência dos outros poderes, inaugurando o fenômeno que viria a ser chamado Ativismo Judicial.

Ante o assunto exposto, leciona Júnior (2012, p.27):

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo moderno ou pós-positivismo, nasceu assim com a missão de edificar um Estado Constitucional de Direito ou, para alguns, um Estado Social e Democrático de Direito, que seja tributário da justiça distributiva e favoreça a positivação e concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, contemple o modelo normativo axiológico, absorva uma nova postura hermenêutica voltada à legitimação das aspirações sociais e reconheça a força normativa da Constituição, dando vazão à supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas.

Freire (2008) diz que a Constituição Federal de 1988 é um exemplo do neoconstitucionalismo mencionado nos parágrafos anteriores, haja vista que a

maioria dos direitos e garantias fundamentais estão contidas no texto constitucional, no qual é extenso e garantista, contendo também os princípios regulamentadores os quais servem de margem para toda atuação legal do Estado.

## **2.1 CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

O neoconstitucionalismo tem como uma das suas características a atribuição de força normativa aos princípios, sendo assim, a nova estrutura normativa passa a conter regras.

A atribuição de força normativa aos princípios pode ser entendida como a oportunidade da aplicação imediata dos mesmos em ocasiões concretas que surgirem, sendo contrário ao ordenamento antigo, no qual os princípios serviam apenas de parâmetros para interpretação das normas e regras, conforme entendimento de Pires (2011).

Dada a relevância desta mudança o magistrado deixou de aplicar meramente o texto legal, e iniciou uma interpretação ampla acerca do caso concreto, passando a ter papel efetivo nos julgamentos em que exerciam.

Na concepção de De Lacerda (2012) outra relevante característica traga pelo neoconstitucionalismo foi a nova forma em que as Constituições passaram a ser vistas, vez que antigamente eram apenas uma carta de intenções e preceitos gerais que serviam de norte para as políticas públicas, visão que se alterou com o neoconstitucionalismo, pois se transformou de forma efetiva em uma norma jurídica, podendo ser diretamente aplicada pelo Judiciário nos casos cabíveis.

Sendo assim, entende Silva (2004), que a Constituição atual representa a mais poderosa norma dentro de um ordenamento jurídico, servindo de margem para todas as demais, bem como as normas que não seguirem tais parâmetros terão como consequência a perda da sua eficácia jurídica, podendo ser declaradas inconstitucionais e extintas.

## 2.2 ORIGEM E CONCEITUAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL

O Ativismo Judicial se originou no direito Norte-Americano, sendo o primeiro caso concreto onde pode verificar-se na ação *Lochner versus New York*, ocasião em que a Suprema Corte americana julgou a inconstitucionalidade de uma lei estadual de Nova Iorque, na qual regia que a carga horária semanal de um padeiro seria de no máximo 60 horas, fundamentando a decisão no princípio da liberdade individual de contratar, considerando que a norma estadual era arbitrária e irrazoável. De acordo com Teixeira (2012) essa decisão ajudou a surgir a “Era Lochner”, ocasião em que a Suprema Corte começou a anular diversas intervenções econômicas estaduais, identificando ali um caso de ativismo judicial.

Valle (2009) assevera que a nomenclatura ativismo judicial, teve sua primeira aparição em uma publicação da revista *Fortune*, feita pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., oportunidade em que foi utilizado o termo *judicial activism* (ativismo judicial), publicação esta que continha uma lista com nomes juizes que eram considerados ativistas e outra lista com nomes de juizes que adotavam postura totalmente oposta ao ativismo, pois entendiam que o Judiciário deveria se manter dentro dos limites em que sua competência permitia dentro no sistema estatal.

Acerca do caso mencionado no paragrafo retro, Teixeira (2012, p.02) menciona em seu artigo científico um aspecto fundamental do ativismo judicial, envolvendo a relação entre o Direito e a Política, a seguir:

Um aspecto fundamental do ativismo judicial que Schlesinger detectou imediatamente foi à maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade. Keenan D. Kmiec, ao comentar o artigo de Schlesinger, destaca que este já havia detectado que os judiciais activists entendem como indissociáveis Direito e Política, o que impediria existir uma resposta "correta" em definitivo, pois toda decisão judicial importaria uma escolha política do julgador. Segundo essa perspectiva, o autocomedimento não passaria de um ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhoras sociais que devem nortear o julgador.

Após o decorrer do tempo, se tornou cada vez mais comum situações em que o Poder Judiciário exerciam uma proatividade em relação a sua competência, sendo necessário uma conceituação doutrinária para uma análise acerca do que realmente se entenderia pelo fenômeno do Ativismo Judicial.

Barroso (2008, p.09) que traz tal conceituação;

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. 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.

Barroso (2008) ainda traz a existência de um termo oposto ao ativismo judicial, o qual é nomeado de autocontenção judicial, ilustrado na ocasião em que o magistrado deixa de praticar atos que não lhe competem, e fica limitado aos atos que lhe é previsto na Constituição.

Ramos (2010), que discorre o seguinte:

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 (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

### **2.3. RELAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ATIVISMO JUDICIAL**

Tendo como característica de destaque a amplitude de interpretação traga pelo neoconstitucionalismo, acompanhado de Constituições repletas de direitos fundamentais de cunho garantista, se faz necessário alguém competente para exercer papel tão importante, para que as engrenagens do sistema jurídico se desenvolvam em harmonia.

Pela Constituição Federal de 1988 o sistema judiciário brasileiro tem como casa maior o Supremo tribunal Federal criado em 1891, sendo este detentor do dever de proteger o texto constitucional, papel que lhe foi incumbido de forma efetiva após a Constituição Federal de 1988, que o transformou em um Tribunal Constitucional, vez que todas as outras matérias infraconstitucionais passaram a ser de competência do novo Superior Tribunal de Justiça.

Vieira (2015) salienta funções assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo elas, um Tribunal Constitucional julgando as ações diretas de inconstitucionalidade através do controle concentrado de Constitucionalidade, sendo também o STF o último grau de jurisdição em questões que envolva matérias constitucionais, exercendo o controle difuso incidental de constitucionalidade, e possuindo competência originária para julgar algumas causas em que figurem como parte possuidores do foro privilegiado.

Diante todo o exposto, passa a exemplificar no próximo capítulo decisões ativista do Supremo Tribunal Federal em face de casos concretos, para que possamos entender o funcionamento na prática deste tão discutido fenômeno.

### 3. ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Este capítulo traz casos concretos em que o Tribunal Constitucional proferiu decisões de cunho ativista, motivados por preencher lacunas existentes no ordenamento jurídico, bem como na tentativa de prestar uma melhor atividade jurisdicional solucionando conflitos existentes no meio social.

#### 3.1. ABORTO DE ANENCÉFALOS

Segundo Diniz e Vélez (2008) a anencefalia trata-se de um distúrbio de fechamento neural que não há tratamento, cura ou possibilidade de vida do feto, podendo ocorrer sua morte ainda no interior do útero ou pouco tempo seguinte ao parto.

Porém a interrupção da gravidez nestes casos esbarravam no núcleo verbal tipificado nos artigos 124 ao 128 do Código Penal de 1940, configurando o crime de Aborto, traz os artigos:

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

**Forma qualificada**

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Diante essa situação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde propôs uma ação em 2004, esta que levou oito anos para chegar ao plenário,

a Confederação solicitou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que o Supremo Tribunal Federal fixasse entendimento que a interdição médica nos casos de anencefalia impedindo a gestação e provocando a interrupção imediata não deveria ser considerado crime de aborto, pois naquela situação não havia um potencial de vida a ser protegido, sendo assim, com o laudo médico confirmando o quadro do feto, a gestante estaria desde já autorizada ao procedimento interventivo, sem necessidade de demais procedimentos formais a fim de buscar uma autorização do Estado, podendo ser verificada no [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

Em meio grande repercussão social do assunto, ocasião que o fato estampou jornais da época, no dia 12 de abril de 2012 a ADPF número 54 foi julgada procedente, por maioria dos votos, sendo favoráveis os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello e como votos vencidos ficaram os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, os ministros Dias Toffoli e Joaquim Barbosa de forma justificada não exerceram seu voto. Conforme podem observar em trecho final da Decisão proferida na ocasião:

ADPF nº 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, 12/04/2012.

(...) O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli.

Com essa decisão o Supremo Tribunal Federal alterou diretamente o Código Penal, ampliando o rol taxativo de situações em que o aborto não seria considerado crime, sendo adicionado a ocasião em que o feto fosse anencéfalo. Dito isso, o STF exerceu uma atividade que competia ao Poder Legislativo inovando e alterando o ordenamento jurídico, caracterizando assim o Ativismo Judicial.

O julgamento da ADPF 54 intensificou os debates acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário como legislador, pois em sua competência originária lhe é permitido a função de legislar de forma negativa, invalidando normas e leis criadas

pelo Poder Legislativo que vão em conflito com o texto ou princípios constitucionais, porém no caso em questão o Supremo legislou de forma positiva adicionando mais uma situação de permissão do aborto e alterando o dispositivo legal diretamente.

### 3.2. LEI DA GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Constituição Federal de 1998, em seu artigo 37, VII, dispõe sobre a regulamentação desta modalidade de greve:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Como diz a redação do texto legal, o direito de greve obedecerá as determinações de lei específica, porém até a presente data a referida lei específica não foi redigida pelo Poder Legislativo.

Destarte, mediante a omissão dos legisladores de origem, o Supremo Tribunal Federal tomou conhecimento da matéria por meio dos Mandados de Injunção de números 670, 708, 712, ajuizados por sindicatos de servidores públicos, ocasião em que por maioria de votos decidiu aplicar por analogia, a lei 7.783/89 (lei de greve dos servidores particulares) aos servidores públicos, a seguir notícia publicada em 25 de outubro de 2007 data da referida decisão, informando a posição dos ministros do Supremo sobre o determinado assunto, podendo ser encontrada no site de notícias do Supremo Tribunal Federal.

#### **Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu hoje (25), por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89). Da decisão divergiram parcialmente os ministros Ricardo Lewandowski (leia o voto), Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que estabeleciam condições para a utilização da lei de greve, considerando a especificidade do setor público, já que a norma foi feita visando o setor privado, e limitavam a decisão às categorias representadas pelos sindicatos requerentes.

A decisão foi tomada no julgamento dos Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep). Os sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.

No julgamento do MI 712, proposto pelo Sinjep, votaram com o relator, ministro Eros Grau, - que conheceu do mandado e propôs a aplicação da Lei 7.783 para solucionar, temporariamente, a omissão legislativa -, os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence (aposentado), Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Ficaram parcialmente vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que fizeram as mesmas ressalvas no julgamento dos três mandados de injunção.

Na votação do MI 670, de autoria do Sindpol, o relator originário, Maurício Corrêa (aposentado), foi vencido, porque conheceu do mandado apenas para cientificar a ausência da lei regulamentadora. Prevaleceu o voto-vista do ministro Gilmar Mendes, que foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence (aposentado), Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Novamente, os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio ficaram parcialmente vencidos.

Na votação do Mandado 708, do Sintem, o relator, ministro Gilmar Mendes, determinou também declarar a omissão do Legislativo e aplicar a Lei 7.783, no que couber, sendo acompanhado pelos ministros Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Carlos Britto, Carlos Alberto Menezes Direito, Eros Grau e Ellen Gracie, vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Ao resumir o tema, o ministro Celso de Mello salientou que "não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República".

Celso de Mello também destacou a importância da solução proposta pelos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Segundo ele, a forma como esses ministros abordaram o tema "não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis".

Com essa decisão ativista o Supremo Tribunal Federal foi capaz de garantir o direito de greve dos servidores públicos, haja vista a inércia do Poder Legislativo, decidiu que por analogia poderia ser aplicada a lei regulamentadora da greve dos servidores particulares aos servidores públicos, resolvendo assim um conflito social.

Vale salientar uma peculiaridade desta decisão, haja vista que possui embasamento legal na própria Constituição Federal de 1998, em seu artigo 5º, LXXI:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Diante o texto do inciso LXXI, nota-se que a situação se encaixa no caso em questão, pois o Poder Judiciário cumpriu com as atribuições do texto constitucional, sendo assim não agiu de forma arbitrária e imotivada, mostrando que em alguns casos o Ativismo Judicial decorre apenas de um mecanismo contido na própria Carta Magna, com intuito de fazer cumprir todos os direitos e princípios constantes em seu conteúdo. Tornando possível a adequação e aplicabilidade dos textos legais em casos concretos.

### **3.3 RELAÇÕES HOMOAFETIVAS**

O conceito trago pelo diploma legal cível em seu artigo 1.514 acerca do instituto do casamento é “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

Destarte, a redação legal traz o entendimento que o casamento seria possível somente quando realizado por um homem e uma mulher, impossibilitando de selar tal compromisso os relacionamentos nos quais figuravam duas pessoas do mesmo sexo.

No mesmo sentido do casamento, o dispositivo legal que rege o instituto da União Estável traz o mesmo entendimento, limitando o seu reconhecimento a um relacionamento entre homem e mulher, “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Esta situação gerou grande comoção social principalmente dentro da comunidade homoafetiva, por entender que estavam sendo privados de um direito que lhes eram previstos no texto constitucional, sendo o caput do artigo 5º da

constituição defensor da igualdade, como podem conferir no art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Sendo assegurado este direito na lei maior, iniciou-se a busca pela igualdade dos direitos, a tentativa para ter o reconhecimento da união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, se originou da ADPF 132, proposta pelo então governador do estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral Filho e também pela ADPF 178 que foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, que após decisão do Supremo Tribunal Federal foi reconhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, no dia 05/05/2011, tendo como relator o ministro Ayres Britto, conforme decisão proferida abaixo;

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime.  
Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime.

Em seguimento ao feito, ambas as ações foram julgadas de formas conjuntas devido o grau de semelhança de seus conteúdos, sendo assim foram ementadas da seguinte forma;

**EMENTA (ADPF nº 132)**  
**Supremo Tribunal federal**  
**Relator: Ministro Ayres Britto**  
**05 de maio de 2011**

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o

bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocarno igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a

formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Diante essa decisão ficou autorizado, devendo ser reconhecido a união estável de casal homoafetivo para com os mesmos direitos e deveres de um casal heterossexual, se tornando mais um caso em que o Poder Judiciário agiu de forma ativista a fim de solucionar um conflito social e preencher uma lacuna deixada pelo Poder Legislativo.

## **4. LEGITIMIDADES E LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL**

Acerca da legitimidade partem três vertentes, sendo a primeira a legitimidade constitucional, ocasião em que será observado o Ativismo Judicial perante a Carta Magna. A segunda vertente trata-se da legitimidade democrática, na qual será observado se a proatividade do Poder Judiciário em legislar mesmo sem ter seus membros escolhidos de forma direta pela sociedade afeta a democracia vigente. A terceira e última vertente será a legitimidade social, onde será feita a observação da repercussão e efeitos causados no seio da sociedade e se esses efeitos servem para legitimar a proatividade judicial.

### **4.1 LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL**

A legitimidade constitucional se baseia na separação dos poderes, que consiste em uma forma de distribuição das atribuições que competem a administração do Estado, tal princípio é redigido no texto constitucional em seu artigo 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Conforme traz a Constituição Federal de 1988, são os poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o judiciário, destarte cabe a cada um exercer as atividades de sua competência de forma harmônica e independente, cabendo ao Legislativo a função de elaborar as normas e leis, ao Executivo a função de executar os textos legais redigidos pelo Legislativo e por fim ao Judiciário caberia julgar os casos concretos que lhe fossem explanados, aplicando a lei no que couber.

Existe também a função de fiscalizar entre os poderes, em outras palavras, cada poder além de ser responsável pelas suas atividades, é também responsável por verificar a atuação dos demais, criando assim um sistema de “freios e contrapesos”, acerca deste assunto leciona Silva (2013, p. 110):

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a

divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência é absoluta. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Há doutrinadores que criticam a proatividade do Poder Judiciário sob fundamento que tal prática fere este princípio, haja vista que o judiciário ao legislar sobre um determinado assunto exerceria a função de competência do Poder Legislativo, Ramos (2010) dispõe:

Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua função executória, implica deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetandose, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao Princípio da Separação dos Poderes.

Já sob visão da corrente oposta que é a favor da atuação ativista do Poder Judiciário, entende-se que mesmo a proatividade do judiciário causando interferência na competência alheia, é necessário considerar a existência de funções típicas e atípicas de cada poder. Cunha Júnior (2011), as competências atribuídas aos três órgãos da administração pública estão relacionados a predominância de funções e não exclusividade de funções, sendo assim caberia ao Executivo, Legislativo e Judiciário de forma predominante executar, legislar e julgar, respectivamente, porém é necessário considerar as funções atípicas de cada poder, podendo ser exemplificado nas ocasiões a seguir, o Poder Executivo exerce uma função atípica de legislar quando edita uma medida provisória, já o Poder Legislativo exerce a função atípica de julgar quando se faz necessário o julgamento do Presidente da República, destarte o Poder Judiciário também exerce uma função atípica de legislar quando há uma lacuna no texto legal.

Seguindo a corrente doutrinaria em prol do Ativismo Judicial, leciona Gandini, Barione e Souza (2010):

Um dos argumentos relacionados com a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário é a de que tal medida fere de morte o princípio da separação dos poderes, argumento este com o qual, diga-se de passagem, não concordamos. Explica-se.

A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes.

Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.

Sob visão de um posicionamento mais centralizado Sampaio Júnior (2011) defende que não cabe ao Poder Judiciário ser o “salvador da pátria”, agindo de forma ativista sem nenhum tipo de provocação, solucionando os problemas sociais e questões relacionadas à legislação e sobre as políticas públicas. Porém, nos casos de omissão ou incompetência por parte dos Poderes Legislativo e Executivo no exercício de suas funções, extrapolarem ou não cumprirem os comandos da Carta Magna, deverá o Judiciário quando provocado exercer sua proatividade objetivando efetivar os valores constitucionais, mesmo que seja necessário interferir a esfera política.

Diante os argumentos expostos identifica-se que há duas correntes em que se debatem a legitimidade do Poder Judiciário para a prática do ativismo, sendo um assunto bastante questionado até nos dias de hoje.

## **4.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

Os principais membros do Poder Judiciário, sendo eles juízes, desembargadores e ministros não são agentes públicos eleitos pelo voto popular, dito isso e frente ao poder de tomada de decisões que podem afetar de forma impactante e direta o meio social e a administração pública, surge outra crítica a prática do ativismo pelo judiciário, pois é questionado a falta de representatividade democrática dentro do Poder Judiciário diante a sua interferência em funções dos outros poderes compostos por legitimados através do sufrágio. Acerca dessa crítica dispõe Paiva (2011):

O que se pretende delegando uma função contramajoritária à jurisdição constitucional não é garantir apenas, em uma esfera participativa, as minorias representadas no Parlamento, mas, também, e principalmente, sustentar a opção de vida de indivíduos e grupos que não logram ascender à representação política, não obstante estejam em condições de acessar o judiciário e mesmo os tribunais constitucionais.

A democracia é um modelo de governo em que todo o povo tem sua representatividade, seja de forma majoritária ou minoritária, sendo assim, a proatividade do judiciário aparece como um instrumento para a consolidação dos direitos fundamentais pertencentes a uma minoria, que não os alcançam por meio dos outros poderes. Para exemplificar se destaca a decisão ativista do Supremo Tribunal Federal acerca das relações homoafetivas, haja vista que por serem parte minoritária na sociedade, conseqüentemente tendo menos representatividade, não lhes eram reconhecidos o simples direito de constituir uma relação nos termos legais.

Cappelletti (1999) traz cinco argumentos contrários a crítica que alega falta de legitimidade democrática para a prática do Ativismo Judicial, o primeiro argumento é que nem sempre os membros dos poderes Executivo e Legislativo estão ligados as vontades e necessidades do povo eleitor, e sim ligados a interesses de cunho pessoal ou de terceiros. O segundo argumento é que mesmo que não ocupem seus cargos via sufrágio, os membros do Poder Judiciário devem fundamentar todas as suas decisões por escrito, se expondo de forma ampla perante toda sociedade, podendo ser oprimidos pela coletividade em caso de decisões equivocadas. O terceiro é argumento é que os Tribunais Superiores podem contribuir para a representatividade geral, diante da possibilidade dar acesso e representatividade a grupos sociais que não teriam condições de ter acesso a política, ou seja, grupos que não são representados pelos poderes Legislativo e Executivo. O quarto argumento é a facilidade de propositura de uma discussão acerca de determinado direito em relação aos demais poderes, haja vista que no judiciário é possível ingressar com uma ação de assunto determinado facilitando seu deslinde. O quinto argumento é de que a democracia não pode ser reduzida ao simples conceito de maioria, pois em determinados casos um judiciário independente pode ser mais eficiente para a consolidação de princípios e direitos fundamentais.

Entende-se que a Constituição Federal é a detentora do direito a democracia, sendo assim o Poder Legislativo e o Poder Executivo estão

subordinados ao seu cumprimento, porém no mecanismo estatal o Poder Judiciário é o principal defensor do texto constitucional, dito isso conseqüentemente ponderará pela democracia sempre, sendo assim devendo fiscalizar e garantir os princípios e direitos ali contidos, representando o povo de forma indireta. O fato de que não há membros eleitos pelo povo no judiciário se justifica pela demanda de conhecimento técnico jurídico para desenvolver as atividades com eficiência.

### **4.3 LEGITIMIDADE SOCIAL**

O Ativismo Judicial tem como principal característica a busca pela concretização e proteção de direitos e garantias fundamentais contidas no texto constitucional, em casos que os Poderes Legislativo e Executivo se tornam omissos em cumprir as atividades de sua competência, ou também em situações que os respectivos poderes extrapolam os limites impostos pela Carta Magna, sendo assim as decisões ativistas do Poder Judiciário são utilizadas para suprir tais lacunas deixadas pelos outros componentes da tripartição da União, conforme Teixeira (1991).

Dado o grau de importância das decisões ativistas do Poder Judiciário, vez que reflete de forma direta na sociedade, é necessário averiguar a legitimidade social de tal instituto. Conforme a Constituição Federal de 1988 o ativismo judicial age com legitimidade constitucional, pautado no papel de defensor do texto constitucional, bem como age com legitimidade democrática, com fulcro no poder de exercer o papel de fiscalização dos demais poderes e dando representatividade a grupos sociais minoritários.

Dito isso, é possível identificar que possui também a legitimidade social, haja vista que sua proatividade é pautada em problemas sociais que lhe são apresentados advindo de omissão ou incompetência dos demais poderes, sendo assim, ao regularizar casos como a greve dos servidores públicos, as relações homoafetivas e o caso de aborto de fetos com anencefalia, ambos os exemplos mencionados neste trabalho, evidencia que o Ativismo Judicial trouxe soluções para a sociedade, validando assim para o meio social a sua prática.

#### 4.4 LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL

É necessário enfatizar que mesmo a corrente em prol da atividade ativista do Poder Judiciário entende que devem ser obedecidos alguns limites, vez que não cabe ao judiciário atuar arbitrariamente sobre quaisquer matérias lhe impostas. Sendo o primeiro limite a ser identificado é a constitucionalidade da matéria, haja vista que o Tribunal Constitucional deve se limitar a concretização do texto da Carta Magna. Acerca desse tema dispõe Garcia (2007, p.42):

Apesar de indiscutível relevância, a intensificação da atuação judicial há de sofrer balizamentos, evitando a paulatina absorção de competências afetas a outras esferas de poder, cuja margem de liberdade é inerente à própria representatividade que ostentam. É da própria essência do sistema que o Tribunal seja instado a valorar atos de cunho nitidamente político (em linha de princípio, qualquer ato emanado do Legislativo possui natureza política): o ponto nodal da temática, no entanto, é identificar a intensidade dessa intervenção, que deve necessariamente preservar as competências dos demais órgãos, limitando-se o Tribunal à desqualificação daqueles atos dissonantes da Constituição.

Dito isso, salienta-se também que para obter legitimidade para praticar a proatividade o judiciário deve verificar se a questão em debate se trata de um direito ou garantia fundamental, vez que estes são direitos de todos contidos na Lei Maior, devendo ser consolidados pela administração pública, sobre isso conceitua Dimolius e Martins (2014, p. 41):

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

O Ativismo Judicial se legitima na ocasião em que houver uma ameaça ou violação de uma garantia ou direito fundamental sem uma justificativa para tal. Diante desta situação poderá o judiciário exercer função ativista, quando provocado, de forma fundamentada para efetivação de direitos pleiteados.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Explanado todo o conteúdo deste trabalho, é possível entender o Ativismo Judicial, como se deu a sua origem, sua evolução histórica e seus conceitos, bem como os reflexos causados nas constituições federais após o neoconstitucionalismo. Foi trago também casos concretos para elucidação da proatividade do judiciário, assim como críticas de correntes doutrinárias que são contra esta prática e justificativas de correntes de doutrinadores que são favoráveis.

Entende-se que o Poder Judiciário adota uma postura ativista somente em casos de inércia ou falta de efetividade dos demais poderes frente a situações sociais de grande relevância, casos que necessitam de atenção especial para que a fração social detentora daquele problema em particular não veja seu direito perecer.

O neoconstitucionalismo trouxe uma nova visão do Direito em si, encharcando as constituições com direitos e garantias fundamentais, sendo esse fato de grande influência no Ativismo Judicial, pois o Poder Judiciário devendo exercer o seu papel de defensor da Carta Magna não pode se omitir diante de situações que os direitos fundamentais não forem efetivados ou desrespeitados, sendo assim devendo interferir agindo de forma extraordinária para que assuma a função de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, para solucionar o caso em concreto.

Infelizmente ao analisar atual cenário político estendendo-se a um passado próximo, é nítido que o Poder Legislativo e também o Poder Executivo não vem desempenhando suas funções de forma satisfatória, causando uma repulsa na sociedade quando lhe questionado acerca destes. Dado o baixo desempenho destes poderes e a rápida evolução da sociedade, não são raros o surgimento de algumas situações problemáticas que não possuem normas regulamentadoras ou casos de direitos fundamentais que não são adaptados a sociedade atual.

Dito isso o Ativismo Judicial não acontece de forma voluntária e infundada, pois esta apenas exercendo o seu dever de defensor da Lei Maior, trabalhando na efetivação de direitos e garantias fundamentais, situações como a greve de servidores públicos e das relações homoafetivas, foram casos em que a sociedade estava tendo seus direitos fundamentais negligenciados até o momento da proatividade do judiciário.

Frente a problemática levantada neste trabalho, se o ativismo judicial é a

solução para sociedade em constantes mudanças ou é uma possível ditadura do poder judiciário, entende-se que a curto prazo o Ativismo Judicial pode ser uma solução, dito a grande velocidade das mudanças sociais, haja vista que o sistema da administração pública não possui organização nem competência para acompanhar a velocidades das constantes mudanças, sendo assim para que a sociedade não seja prejudicada por situações que não possui normas regulamentadoras ou normas ultrapassadas, o Poder Judiciário com a sua característica de analisar casos isolados, pode exercer as funções inerentes aos demais poderes em busca de solucionar os determinados problemas.

Acerca de uma possível arbitrariedade do Poder Judiciário, não se tem fundamentação suficiente, pois sobre o argumento do princípio da separação dos três poderes, temos a relativização vez que o Poder Judiciário deve adotar postura ativista somente em casos que forem resultados de inércia dos demais, sendo assim há um limite para atuação do judiciário.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. 2008

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54**, podendo ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal pelo link: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 132**, podendo ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal pelo link: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4277**, podendo ser encontrado no site do Supremo Tribunal Federal pelo link: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

BARROSO, Luis Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 94-107.

**CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (LEI 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)

**CÓDIGO PENAL BRASILEIRO** Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm).

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 fev. 2020.

DE LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias. **Parâmetros para Controle Judicial de Políticas Públicas**. In: Revista Baiana de Direito n. 6. Salvador: 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

DINIZ, Débora & VÉLEZ, Ana Cristina G. 2008. **“Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil”**. *Revista Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, p. 647-652.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: JUSPODIVM, 2008.

GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JUSPODYM, 2007, p. 42.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário**. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 76-77.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Ativismo Judicial e a Concretização dos Direitos Fundamentais**. In: *Revista Baiana de Direito n. 5*. Salvador, 2011.

**Notícia acerca da greve de servidores públicos**, podendo ser encontrado no site oficial do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>

PAIVA, Paulo. **Juristocracia?** In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 519

PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma: O Possível e o Indesejável no Reencontro do Direito com a Moral**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.27.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Ativismo Judicial: Autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?** In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 406-407.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. *Revista Direito GV, On-line version ISSN 2317-6172*.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de direito constitucional. São Paulo: Forense Universitária, 1991

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009..

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em:  
<<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>.