



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

RAONNY RICARDO FERNANDES DA CRUZ

**ANÁLISES DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL NO
BRASIL**

**Assis/SP
2021**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

RAONNY RICARDO FERNANDES DA CRUZ

**ANÁLISES DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL NO
BRASIL**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Raonny Ricardo
Fernandes da Cruz**

**Orientador(a): Edson Fernando Picolo de
Oliveira**

**Assis/SP
2021**

FICHA CATALOGRÁFICA

C957a CRUZ, Raonny Ricardo Fernandes da
Análises da judicialização e do ativismo judicial no Brasil /
Raonny Ricardo Fernandes da Cruz. – Assis, 2021.

41p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação
Educativa do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Edson Fernando Pícolo de Oliveira

1.Judicialização 2.Ativismo-judicial 3.Poder judiciário

CDD 341.256

ANALISES DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

RAONNY RICARDO FERNANDES DA CRUZ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Edson Fernando Picolo de Oliveira

Examinador:

Eduardo Augusto Vella Gonçalves

Assis/SP
2021

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha família e aos amigos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente eu gostaria de agradecer a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitário, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

Devo agradecer a minha mãe Aucilene Aparecida Xavier da Silva, heroína que me deu apoio e incentivo nas horas difíceis, e também ao meu pai Messias Fernandes da Cruz, que é a maior inspiração para a vida.

Ademais, devo agradecimentos a esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela do conhecimento e hoje vislumbro um horizonte superior, marcado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

No mesmo patamar, agradeço a todos os professores por me proporcionarem o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e efetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicaram a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender.

Ademais, presto os meus mais sinceros agradecimentos ao meu orientador do TCC e de estágio, mestre Fernando Picolo por ter tido paciência durante toda a orientação da elaboração desse trabalho. Tê-lo como orientador do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) foi uma honra imensurável. Sou grato por todo conhecimento que transcendeu ao direito e em cada atitude profissional que eu estiver presente, com certeza, terá algo que o senhor me ensinou e sempre será levado em minha memória.

Meus amigos/irmãos que fiz durante a toda a formação universitária merecem, também, meus agradecimentos, principalmente ao Eugênio, Gabriel, Guilherme e Maria, companheiros desde o primeiro dia de aula e que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida.

Agradeço também, aos grandiosos conhecimentos passados por algumas pessoas que foram essenciais em minha vida, que proporcionaram o conhecimento prático obtive durante esses cinco anos e que foram responsáveis por complementar o conhecimento teórico da faculdade, nesse sentido devo mencionar o Dr. Maximiliano Galeazzi, um pai dentro da advocacia, ao Diretor da Terceira Vara Criminal da Comarca de Assis, Antônio Celso Sanches, muito mais que um orientador de estágio, um irmão que confiou a mim meu primeiro estágio dentro do direito e também ao Juiz de Direito Dr. Diogo Porto Vieira

Bertolucci, símbolo de conhecimento, humildade e que nunca poupou esforços para tirar todas minhas dúvidas.

Por fim, agradeço a todos que direta ou indiretamente fizeram parte de minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a judicialização e o crescente ativismo judicial que do Poder Judiciário nos demais Poderes da União. Apontado o motivo do porque essa atividade vem crescendo e se essa intervenção é algo temerário para a democracia brasileira, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempo, vem tomando alguns posicionamentos questionais por vezes.

Palavras-chave: judicialização, ativismo judicial e Poder Judiciário.

ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze the judicialization and the increasing judicial activism that the Judiciary Power in the other Powers of the Union. Pointed out the reason why this activity has been growing and if this intervention is something reckless for the Brazilian democracy, since the Supreme Court The Federal Court, in recent times, has taken some questioning positions at times.

Keywords: judicialization, judicial activism and Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O princípio da divisão dos poderes	13
2. A independência e a harmonia dos poderes	14
DESENVOLVIMENTO	17
3. Políticas públicas x decisões judiciais.	17
4. A judicialização da sociedade	18
5. Ativismo judicial	21
6. Autocontenção judicial	24
7. Ativismo - autocontenção judicial	25
8. Oposições quanto o aumento da intervenção do poder judiciário nos outros poderes	25
9. Riscos para a legitimidade democrática	26
10. A capacidade institucional do judiciário e seus limites	28
11. A polêmica da Súmula Vinculante	29
12. Casos de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal	31
13. Ativismo judicial pelo mundo	32
CONCLUSÃO	33
ANEXOS	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

INTRODUÇÃO

A judicialização envolve questões de grande repercussão política ou social que estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas que normalmente deveriam decidir e gerir, ou seja, não estão sendo decididas pelo Congresso Nacional no âmbito do Poder Legislativo ou pelo Presidente da República no âmbito do Poder Executivo Federal. Deste modo, há uma transferência de poder para os juízes e tribunais de todo o país e dependendo do caso chega a ser discutida, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, quando uma questão política é analisada pelo Judiciário há uma transformação/constitucionalização da matéria que originalmente possui natureza política para o direito. Quando uma questão, podendo ser um direito individual, uma prestação da administração pública para a população ou até mesmo um direito difuso, ou seja, de todos, essas matérias serão disciplinadas conforme a norma constitucional, transformando-se em uma pretensão jurídica que poderá ser discutida por qualquer cidadão sob a forma de ação judicial. Podemos citar como exemplo o direito a saúde e a educação, ambos direitos são assegurados pela Constituição Federal, assim é plenamente possível judicializar e exigir esses dois direitos, levando ao Poder Judiciário a discussão sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Mais um ponto que causa a judicialização em nosso País é o sistema de controle de constitucionalidade adotado em nosso ordenamento jurídico, sendo considerado um dos mais abrangentes em todo o mundo. Nosso sistema é conhecido por ser híbrido, pois combina duas formas que são conhecidas no mundo, de um lado temos o modelo europeu e de outro lado o modelo americano. O modelo americano é o que chamamos de controle incidental difuso de constitucionalidade pelo qual qualquer pessoa pode alegar a inconstitucionalidade de uma lei e o juiz ou tribunal que estiver julgando a causa poderá deixar de aplicar a lei que foi arguida a inconstitucionalidade no caso

concreto. De lado contrário, temos o sistema europeu de controle de constitucionalidade, sendo conhecido também como controle concreto, aqui é permitido que determinadas matérias arguidas por determinados sujeitos já preestabelecidos na Constituição leve até o STF a tese que sustenta a inconstitucionalidade de uma lei. Deste modo, quase todas questões poderão ser levadas ao conhecimento do STF por esses sujeitos.

De fato, podemos notar que cada vez mais o Supremo Tribunal Federal está sendo provocado para resolver questões através de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Traremos em tópico próprio exemplo que foram decididos pelo STF.

Ademais, podemos notar que o STF vem pronunciando sobre a mais variada matéria durante os últimos anos, tais como: a) Políticas Governamentais, b) Relação entre os Poderes da União, c) direitos fundamentais, sendo uma atitude ativista que por vezes é questionada.

Vale ressaltar que o STF, decidindo discussões dos âmbitos citados acima, foi provocado a pronunciar-se e o fez nos limites dos pedidos, não extrapolando sobre seus poderes. O ministro Luiz Barroso se pronunciou dizendo que o “Tribunal não tinha alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez que foram preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial.” E continuou “a judicialização, de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem condição de pagar por um serviço privado.

1. O princípio da divisão dos poderes

O princípio da divisão dos poderes é considerado um princípio geral do Direito Constitucional sendo, inclusive, um princípio fundamental. Presente no art. 2º o referido princípio nos diz que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo expressões com duplo sentido, ou seja, exprimem as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação presente no título organização dos poderes da Constituição Federal.

Sobre o tema o professor José Afonso da Silva aponta:

“O princípio da separação ou divisão de poderes foi sempre um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro. Recorde-se que a Constituição do Império adotara a separação quadripartita de poderes segundo a formulação de Benjamin Constant: poderes Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário. As demais constituições assumiram a formulação tripartita de Montesquieu. A Constituição de 1988 manteve o princípio com o enunciado um pouco diferente. O texto foi aprovado no segundo turno sem a cláusula independentes e harmônicos entre si, porque estava sendo adotado o parlamentarismo, que é um regime mais de colaboração entre poderes que de separação independente. Aquela cláusula é adequada e conveniente no presidencialismo. Como, no final, este é que prevaleceu, na Comissão de Redação o Prof. E então Dep. Michel Temer sugeriu a reinserção da regra da harmonia e independência que figura no art. 2º, sem, porém, indicar as ressalvas ao princípio que sempre constavam nas constituições anteriores, do teor seguinte: "Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro". Ressalva desnecessária.

A divisão de poderes nos traz duas características que será próprio de cada um, sendo que o primeiro deles é a especialização funcional que significa que cada

poder será especializado em sua atribuição, ou seja, o Poder Legislativo é especializado na criação das leis, o Poder Executivo é especializado pela administração e cumprimento das leis e por fim o Poder Judiciário possui sua especialização na aplicação das leis. A segunda característica é a independência orgânica, ou seja, cada poder é independente e não possui qualquer subordinação com outro poder.

A divisão de poderes foi pensada por diversos filósofos ao longo do tempo e com o passar do tempo cada um foi evoluindo e complementando o seu significado, dentre os pensadores podemos citar Aristóteles, John Locke, Rousseau e por fim o que idealizou o modelo que vivenciamos até hoje Montesquieu. José Afonso da Silva relata que o princípio da divisão de poderes hoje não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.

2. A independência e a harmonia dos poderes.

A independência e a harmonia que são citadas na Constituição são típicas do presidencialismo, uma vez que, no parlamentarismo há uma ligação dos poderes e esses, de certa forma, atuam interligados um com o outro.

Da independência dos poderes podemos trazer três características inerente do tema, sendo eles: a) os servidores ocupantes dos cargos públicos não dependem da confiança ou vontade um dos outros para a sua investidura ou sua permanência; b) em suas funções típicas, o titular não precisa consultar ou pedir autorização para exercer sua atribuição; c) cada organização é livre para fazer o

que a lei permitir, respeitando sempre os limites constitucionais a título de exemplo podemos citar a atribuição do Presidente da República que pode criar ou extinguir cargos públicos em âmbito Federal, esses desde que vagos, bem como exonerar e admitir novos servidores sem pedir autorização a qualquer outro poderes.

No tocante a harmonia dos poderes devemos mencionar que não existe uma divisão rígida, os Poderes devem interagir entre si e trabalhares conjuntamente para atingir o bem comum e nesse ponto, para evitar uma superposição de um poder sobre o outro, existe o sistema de freios e contrapesos que atua na interferência de um poder em outro, desde que amparado legalmente, para conter certa abuso ou ilegalidade que este venha fazer, ou seja, busca um equilíbrio necessário para que o bem da coletividade seja colocado em primeiro lugar.

Quanto a essa harmonia regida pelo princípio de freios e contrapesos podemos mencionar alguns casos presente na nossa Constituição que ilustra o sistema de frios e contra pesos que um poder exerce sobre o outro a fim de evitar abuso, por exemplo, a) O Presidente da República tem o direito de vetar ou sancionar leis elaboradas pelas casas legislativas no âmbito federal, mas por sua vez o Congresso Nacional irá julgar as contas do Presidente da República e verificar se não houve alguma improbidade durante o exercício financeiro, b) O Poder Judiciário podem declarar a inconstitucionalidade das leis criadas pelo Poder Legislativo e deixar de aplica-las, c) o Presidente da República é o responsável por nomear os ministros dos tribunais superiores, sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido.

Assim, esses são alguns exemplos onde podemos notar a harmonia entre os poderes e a aplicação do princípio de freios e contrapesos. Assim, notamos que o exercício do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder judiciário somente iram fluir caso haja uma harmonia entre eles, não significando que

haverá um domínio de um pelo outro, mas sim uma colaboração e controle recíproco.

DESENVOLVIMENTO

3. Políticas públicas x decisões judiciais.

O termo “políticas públicas” remete a um conceito recente – e amplo – nas Ciências Políticas. A partir da segunda metade do século XX a produção acadêmica norte-americana e europeia se debruçou sobre estudos que tinham por objetivo analisar e explicar o papel do Estado, uma vez que suas instituições administrativas impactam e regulam diversos aspectos da vida em sociedade. Nesse sentido pode-se concluir que as políticas públicas estão diretamente associadas às questões políticas e governamentais que mediam a relação entre Estado e sociedade.

Invariavelmente, as políticas públicas que mais se aproximam da vida cotidiana são as políticas sociais – comumente organizadas em políticas públicas setoriais (como por exemplo, saúde, educação, saneamento básico, transporte, segurança etc.).

Há uma demanda gigantesca por diversas políticas públicas que solucionem a grande cesta de problemas sociais. Por outro lado, sabemos que os recursos não são infinitos. Desse modo, a gestão das políticas públicas depende, entre outras coisas, da capacidade técnica dos agentes públicos e do orçamento público.

Há um processo de articulação, elaboração e planejamento das políticas públicas da saúde de forma integrada, bem como o processo de monitoramento e avaliação da gestão no âmbito do SUS.

Resumindo, os modelos de atenção e gestão à saúde representam a forma de organização do sistema de saúde e suas práticas em resposta às necessidades da população. Os modelos são expressos em políticas, programas e serviços de saúde que estejam em harmonia com os princípios e diretrizes que estruturam o SUS.⁷

4. A judicialização da sociedade

Inicialmente definimos judicialização como sendo a transferência de questões político, social ou moral para o Poder Judiciário.

A judicialização envolve questões de grande repercussão política ou social que estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas que normalmente deveriam decidir e gerir, ou seja, não estão sendo decididas pelo Congresso Nacional no âmbito do Poder Legislativo Federal ou pelo Presidente da República no âmbito do Poder Executivo Federal. Deste modo, há uma transferência de poder para os juízes e tribunais de todo o país e dependendo do caso chega a ser discutida, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, ocorre uma transferência/encargo para o Poder Judiciário de atribuições que deveriam ser tratados pelos Poderes Legislativos e para os Poderes Executivos. Nesse sentido define o Ministro Barroso (p.233):

“Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico.”

Ou seja, o judiciário que tinha como tarefa típica de solucionar problemas da sociedade se vê praticando tarefas típicas de outros poderes que não seria necessariamente sua atribuição. Entretanto, essa judicialização, ou seja, o chamamento do judiciário para atuar em assuntos atípicos do seu propósito, não ocorre somente na Federação Brasileira e sim como um movimento global, inclusive em países que não seguiram o modelo inglês de jurisdição. Nesse assunto continua o ministro: (p233)

“Fruto da conjugação de circunstância diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês –

a chamada democracia ao estilo de Westminster -, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito.”

Quanto a esse fenômeno da judicialização podemos apresentar três fatores que mais salta aos nossos olhos, sendo eles:

- O reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para a democracias modernas, ou seja, as pessoas passaram a chamar mais a atuação do Judiciário e com isso o Poder começou a ganhar espaço e visibilidade.
- A decepção com as políticas majoritárias e uma crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. A população começou a notar que muitas vezes os políticos não estavam mais trabalhando para o bem comum e sim visando apenas o enriquecimento e o empoderamento que o cargo lhe propõe. Nesse passo, quando uma questão política é analisada pelo Judiciário há uma transformação/constitucionalização da matéria que originalmente possui natureza política para o direito. Quando uma questão, podendo ser um direito individual, uma prestação da administração pública para a população ou até mesmo um direito difuso, ou seja, de todos, essas matérias serão disciplinadas conforme a norma constitucional, transformando-se em uma pretensão jurídica que poderá ser discutida por qualquer cidadão sob a forma de ação judicial. Podemos citar como exemplo o direito a saúde e a educação, ambos direitos são assegurados pela Constituição Federal, assim é plenamente possível judicializar e exigir esses dois direitos, levando ao Poder Judiciário a discussão sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. Nesse quesito ainda, os políticos preferem que o Poder

Judiciário decida questões polêmicas que exista desacordo moral na sociedade. Ao jogar o problema nas mãos do Poder Judiciário, esse não pode eximir da obrigatoriedade de se pronunciar, e dessa forma os reais os políticos tiram esse peso de suas costas e se eximem de contrariar certa parte da população que for prejudicada com a atuação dele.

- Mais um ponto que causa a judicialização em nosso País é o sistema de controle de constitucionalidade adotado em nosso ordenamento jurídico, sendo considerado um dos mais abrangentes em todo o mundo. Nosso sistema é conhecido por ser híbrido, pois combina duas formas que são conhecidas no mundo, de um lado temos o modelo europeu e de outro lado o modelo americano. O modelo americano é o que chamamos de controle incidental difuso de constitucionalidade pelo qual qualquer pessoa pode alegar a inconstitucionalidade de uma lei e o juiz ou tribunal que estiver julgando a causa poderá deixar de aplicar a lei que foi arguida a inconstitucionalidade no caso concreto. De lado contrário, temos o sistema europeu de controle de constitucionalidade, sendo conhecido também como controle concreto, aqui é permitido que determinadas matérias arguidas por determinados sujeitos já preestabelecidos na Constituição leve até o STF a tese que sustenta a inconstitucionalidade de uma lei. Deste modo, quase todas questões poderão ser levadas ao conhecimento do STF por esses sujeitos.

Nesse diapasão, inúmeras questões de interesse e relevância política foram movidas e discutidas pelo Poder Judiciário, especialmente perante a nossa Suprema Corte que decidiu finalisticamente diversas questões.

Ademais, podemos notar que o STF vem pronunciando sobre a mais variada matéria durante os últimos anos, tais como: a) Políticas Governamentais, b) Relação entre os Poderes da União, c) direitos fundamentais, etc.

Vale ressaltar que o STF, decidindo discussões dos âmbitos citados acima, foi provocado a pronunciar-se e o fez nos limites dos pedidos, não extrapolando sobre seus poderes. O ministro Luiz Barroso se pronunciou dizendo que o “Tribunal não tinha alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez que foram preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial.” E continuou “a judicialização, de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem.”

Assim, a judicialização é um caso inelutável, pois nosso desenho institucional não dá outra opção para o Poder Judiciário. Uma vez provocado adequadamente, o judiciário não tem a alternativa de não se pronunciar sobre o caso, devendo de alguma forma dar uma resposta ao caso concreto. Entretanto, a forma como vai dar essa resposta que vai dizer se existe um ativismo judicial ou não no objeto debatido.

5. Ativismo judicial

Fazendo uma analogia, a judicialização e o ativismo judicial são parentes, ou seja, pertencem a mesma família, mas nasceram em lugares distintos, não possuindo a mesma origem. Como descrito acima, a judicialização foi um processo natural que decorreu do modelo constitucional que foi adotado pelo Brasil e não um exercício arbitrário do Poder Judiciário, pois uma vez provocado fez o que lhe cabia, sem alternativa. Se uma norma constitucional, que traz um direito ao cidadão, é arguida por um pedido perante o poder Judiciário, cabe ao juiz dela conhecer e se o pedido contiver todas as exigências de admissibilidade, deve o magistrado decidi-la. Por sua vez, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição e a partir dessa interpretação aplicar-se-á uma hermenêutica que irá expandir o alcance

daquela norma. Normalmente, tal interpretação que expande uma determinada decisão acontece, pois o Poder Legislativo foi inerte e o Poder Judiciário buscará que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

De mais a mais, o ativismo judicial está ligado a uma proatividade mais ampla e profunda do Poder Judiciário para que os direitos presentes na constituição sejam concretizados, não apenas em um caso concreto, mas de um modo geral para todos, entretanto, de certa forma, há uma maior ingerência do judiciário nos outros poderes. Tal ativismo se manifesta através de diversas condutas, que pode ser: a) a aplicação dos princípios constitucionais em matérias que não são abordadas diretamente pela Constituição, independentemente da manifestação ou não do Poder Legislativo; b) a decretação da inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, seguindo um critério menos rigoroso que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a inércia do Poder Público nas matérias de políticas públicas.

O ativismo judicial foi uma expressão criada nos Estados Unidos sendo empregada como adjetivo para as atuações da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Durante esse período os Estados Unidos estavam passando por uma revolução em suas práticas políticas, uma vez que as jurisprudências que vinham sendo firmadas estavam sendo conduzidas em um viés progressista, principalmente em direitos fundamentais. Todas as transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. Diante das decisões da Suprema Corte que vinha intervindo cada vez mais nas políticas públicas, a expressão ativismo judicial passou a ter uma conotação negativa, depreciativa, sendo considerada uma intervenção abusiva por parte do Poder Judiciário, uma vez que o viés conservador se insurgiu sobre esses atos.

Entretanto, deixando de lado o viés ideológico e político progressista e conservador, o ativismo judicial está ligado a uma atuação mais ampla e intensa do Poder Judiciário que visa aplicar e concretizar os direitos e garantias fundamentais do cidadão que por vezes não são efetivados pelo Poder que deveria aplicar a garantia.

No Brasil o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal e responsável por garantir que a aplicação das normas constitucionais seja feita conforme o constituinte originário pensou em 1988 e desde lá a nossa Suprema Corte vem tentando garantir os direitos que estão positivados em nossa carta política.

O ministro do STF Luis Roberto Barroso trouxe em seu livro alguns exemplos de ativismo judicial já praticado pela Corte Suprema, *in verbis*:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) 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, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito.

Assim, a judicialização, como dito, é uma circunstância próprio do direito brasileiro. Entretanto, o ativismo judicial é uma atitude por parte do Poder Judiciário que ao interpretar a Constituição influencia diretamente em outro Poder da União, sendo aplicando, por analogia, uma outra lei a determinados grupos devido a omissão legislativa ou impondo a prática de determinado ato pelo Poder Executivo.

Atualmente o Poder Judiciário vem analisando questões e decidindo de moto claramente ativista, os exemplos são inúmeros. Veja-se, em meados aos anos de 2008 o Supremo Tribunal Federal, em uma decisão claramente ativista, aplicou a Constituição e estendeu a vedação do nepotismo aos poderes Legislativos e Executivo, oportunidade que ditou a Súmula Vinculante 13, após julga um único caso, assumindo assim, uma conotação quase que normativa, ou seja, em nome dos princípios Constitucionais que regem a administração pública (moralidade e impessoalidade) consagrou uma vedação que não estava explícita em nenhum ponto da Constituição Federal ou em qualquer lei infraconstitucional.

Ademais, o Poder Judiciário impõe condutas de atuação ou de abstenção por parte do Poder Público, sendo claramente matérias de políticas públicas, grande exemplo ocorre no âmbito da saúde pública. O Judiciário através de decisões, recorrentemente, condena a União, os Estados ou os Municípios, ou até mesmo os três a fornecerem medicamentos ou tratamentos que não estão presentes nas listas do Ministérios da Saúde ou Secretarias Estaduais e municipais.

6. Autocontenção judicial

Contraopondo o termo de ativismo judicial a autocontenção judicial o Poder Judiciário irá buscar reduzir a intervenção nos poderes, dando-lhes mais liberdade e discricionariedades nas suas atuações. Novamente vale menção ao texto do ministro Barroso:

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o

ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias em favor das instâncias tipicamente políticas.

7. Ativismo - autocontenção judicial

Tal expressão se faz presente nos países que possuem uma corte suprema ou tribunais constitucionais que tem como principal tarefa de exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos dos outros poderes.

Ultimamente, vivemos em meio a uma pandemia e várias atitudes dos outros poderes são questionados per toda a população, estamos vivendo em meio a um vendaval. Com essa crise instalada nos Poderes, muitas vezes uma guerra entre o Executivo com Legislativo. Nos últimos anos, uma persistente crise assola o Brasil, tanto quanto a representatividade, legitimidade e funcionalidade dos representantes dos poderes, desde modo o Poder Judiciário vem crescendo ainda mais, prolatando decisões que visa regular essa “guerra”.

Quanto a essa atuação há uma face positiva, pois o Judiciário busca atender o que não vem sendo atendido pelos outros poderes. Entretanto, há também um aspecto negativo, uma vez que traz a tona as dificuldades enfrentadas pelos outros Poderes o que pode diminuir ainda mais a credibilidade perante a população. A adiada reforma política é uma necessidade drástica do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil.

8. Oposições quanto o aumento da intervenção do poder judiciário nos outros poderes

Existe três oposições que vêm sendo levantadas quanto ao aumento da judicialização e do ativismo judicial no Brasil. Isso não quer dizer que alguma delas leve conseqüentemente a um grande problema na atuação, mas é merece

uma observação especial. As críticas são voltadas para os Riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

9. Riscos para a legitimidade democrática.

Os ocupantes do Poder Judiciário, aqui me refiro a todos os graus de jurisdição (juizes, desembargadores ou ministros), não são eleitos pela população, mas sim são aprovados em concurso de provas e títulos, entretanto, não podemos negar que desempenham, mesmo que indiretamente, um poder político, uma vez que, pode invalidar atos praticados por membros dos outros poderes. Como exemplo, imaginemos um ministro do Supremo Tribunal Federal invalidar um ato emanado pelo Presidente da República que foi eleito com mais de 40 milhões de votos, ou inclusive, declarar inconstitucional uma lei promulgada pelo Congresso Nacional que possui 513 membros que foram escolhidos pela população, esse evento de sobreposição do Poder Judiciário sobre os outros poderes é nomeada por Alexander Bicker de dificuldade contra majoritária. Deste modo, como um membro que sequer foi escolhido pelo povo tem o poder de invalidar os atos deste? Quanto a essa pergunta podemos apresentar duas respostas: uma seria a natureza normativa e a outra filosófica.

Primeiramente, quanto a natureza normativa, decorre do fato de que a própria Constituição Federal, expressamente, essa prerrogativa ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal nos exemplos citados acima. Na maioria dos Estado Democráticos de direito deixa uma parte do poder político reservado para ser exercida por agentes que foram eleitos pelas vias eleitorais, e os membros que possuem essa atribuição terá atuação inteiramente técnica e imparcial. Conforme a doutrina clássica juizes, desembargadores e ministros não possuem vontade política, pois uma vez que ao aplicarem a Constituição ou as leis, eles estão concretizando a vontade tomada pelo constituinte ou pelo legislador, ou seja, pelos representantes do povo. Entretanto, tal explicação deve ser ter uma aceitação com temperamento, uma vez que os membros do Poder Judiciário não são mecânicos. Ao usar expressões vagas, sem determinação, por exemplo, dignidade da pessoa humana, direito a privacidade ou boa-fé

objetiva, automaticamente, de certa forma, poderão criar um direito sob os argumentos citados.

Por sua vez, a explicação filosófica para que haja o ativismo judicial é um pouco mais sofisticada, mas igualmente fácil de compreender. O Estado constitucional democrático é a união de duas ideias, mas não podemos confundi-las. Constitucionalismo é o poder limitado e o respeito aos direitos fundamentais. Estado de direito como expressão da razão. Já democracia é a soberania popular, o governo é do povo. O poder traz seu fundamento na vontade popular. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir tensão e conflitos.

Por essa razão, a Constituição harmonizar dois papéis de suma importância a fim de mitigar a problemática. O primeiro é criar regras para que a democracia seja exercida na sua forma mais ampla, com a maior participação possível da população e promovendo a alternância no poder. Entretanto, a democracia não se resume ao princípio majoritário. A título de exemplo, se houver oito cristãos e dois ateus em um único ambiente, não poderá o grupo maior determinar as regras a boa vontade e deixar o grupo minoritário a ver navios, apenas pelo fato de estarem em um número superior. Nesse ponto que está presente o segundo grande papel da Constituição, que é promover os direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria. E esse é o papel do guardião da Constituição, ou seja, o Supremo Tribunal Federal irá velar pelos direitos democráticos e fundamentais sem levar em conta qualquer política, doutrina predominante ou concepção religiosa.

Assim, a atuação do Judiciário seria, quando bem exercida, é uma garantia para a democracia e não um risco para ela. Por fim, vale uma observação. O Poder Judiciário não pode acabar com a política, com a vontade da maioria e nem com o papel o Poder Legislativo. O Judiciário deve ser imparcial perante as decisões dos outros poderes, o ativismo só deve ocorrer para que haja a preservação da democracia e dos direitos fundamentais, sempre fundamentando suas decisões perante a constituição.

10.A capacidade institucional do judiciário e seus limites

Atualmente, a maioria dos Estados que possuem a democracia como seu fundamento são organizados no modelo de separação de Poderes. O Poder legislativo, responsável pela criação do direito positivo, o Poder Executivo, responsável pela administração, execução das leis e prestar os serviços públicos e por fim o Poder Judiciário, responsável pela aplicação das leis e solucionar os conflitos, todos esses sendo especializados e independentes. Não obstante, pelo sistema de freios e contrapesos, cada Poder atua indiretamente no outro para evitar qualquer superposição de um sobre o outro e manter a democracia e os direitos fundamentais. Cada Poder, ainda, interpreta a Constituição e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previsto. No sistema atual, quando existe, por exemplo, uma divergência na interpretação de uma lei cabe ao Poder Judiciário decidir e apontar qual o caminho correto, mas essa palavra final não significa que qualquer matéria deve ser decidida em um tribunal.

Atualmente os doutrinadores de Direito Constitucional vêm trazendo duas ideias quanto a atribuição dos poderes: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional aponta qual o melhor Poder está mais habilitado e capacitado a produzir a melhor decisão da matéria em questão. Por exemplo, uma matéria que exige um grande conhecimento técnico ou científico de grande complexidade pode não encontrar no juiz de direito a melhor solução para resolver a questão. E são nesses problemas que os Poderes Legislativos e Executivo devem se manifestar e apoiar o juiz a conduzir a decisão baseado na razoabilidade. O juiz deverá ouvir os especialistas, analisar pareceres e assim aplicar o melhor do direito. A título de exemplo, podemos citar questões da demarcação das terras indígenas ou a transposição de rios, nesses casos o juiz não tem conhecimento e teve que ser auxiliado por técnicos e cientistas especialistas no caso e aqui que a capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Além da capacidade institucional temos o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, no qual pode fazer com que o Poder Judiciário tome uma posição com um cuidado ainda maior. Quando um caso chega para o Poder

Judiciário, o juiz, que foi aprovado no concurso e passou por um longo estudo, está preparado para aplicar o direito e realizar a justiça no caso concreto. Nem sempre, o juiz, terá informações, tempo ou conhecimento para imaginar o impacto que sua decisão no ramo econômico ou na prestação de um serviço público. Exemplo clássico sobre o tema é quanto a matéria de saúde, corriqueiramente há decisões, intervenções, que pode ajudar uma pessoa individual, mas pode vir a prejudicar uma coletividade, pois ao determinar o fornecimento de um medicamento ou de um tratamento a alguém, pode haver risco na própria continuidade das políticas públicas de saúde como um todo, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Ou seja, o Poder Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir.

Em suma, deve haver uma avaliação criteriosa e bem analisada sobre o caso em questão e avaliar a própria capacidade institucional e se for o caso deve não exercer o poder, sendo assim uma autolimitação espontânea.

11. A polêmica da Súmula Vinculante

Quando tratamos da edição de uma súmula vinculante chegamos a um ponto polêmico, pois na doutrina há controversas quanto a elas. Para Alexandre de Moraes, o efeito vinculante não acarreta um engessamento ou impedimento da evolução e interpretação do direito. Por sua vez, José Anchieta da Silva, defende que a súmula vinculante agride o art. 5º, II, XXXV, XXXVI, e LII, e o art. 60, §4º, IV, ambos da Constituição Federal.

Para os que defende o posicionamento do Professor Anchieta, o Supremo Tribunal Federal ao editar uma súmula vinculante estaria invadindo as esferas dos Poderes Legislativos e Executivos, violando o sistema tripartido de poderes e gerando uma insegurança jurídica.

Criadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o constituinte buscou uma proximidade entre os sistemas civil law e common law no direito brasileiro,

buscando uniformizar a jurisprudência e ter um sistema mais célere dos processos.

Após a criação das súmulas vinculantes, regulamentadas pela Lei nº 11.417/06, denominadas *stare decisis*, obrigaria todos os órgãos do Poder judiciário, bem como da administração pública a seguir a decisão do Supremo tribunal Federal, assim como ocorre nos Estados Unidos, no qual a decisão da Suprema Corte é equiparada à lei ou ato normativo.

Nesse ponto, surgiu um problema apontado pelos estudiosos de que esse ativismo judicial feito pelo Supremo Tribunal Federal faria surgir uma subjetividade em suas decisões e extrapolaria o âmbito de atuação da Corte. Essa atuação por parte do STF foi apontada pelo Ministro Luiz Roberto Barroso como: uma verdadeira americanização do Direito Constitucional Brasileiro.

Entretanto, o que se percebe é que o Poder Judiciário está buscando uma maior celeridade nos processos e caso não haja uma estrapolação de poderes ao editar uma súmula vinculante uniformizaria a interpretação da Constituição Federal.

Diante desse cenário, o Supremo ao editar uma súmula vinculante busca fundamentar a redação com os pressupostos constitucionais, cumprindo assim seu papel.

As súmulas vinculantes configuram-se num típico exemplo de um sistema de precedentes, transformando o Direito Constitucional Brasileiro, conforme o pensamento de Luís Roberto Barroso, em uma verdadeira americanização das técnicas constitucionais.

Ao argumento de que a súmula vinculante fere a regra dos seguintes dispositivos constitucionais: art.2º e art.60, §4º, inciso III (cláusula pétrea acerca da separação dos Poderes), pois a edição de súmula vinculante não só atinge os litigantes, mas toda a sociedade brasileira, contrariando a Teoria da Tripartição de Poderes, entretanto, as súmulas vinculantes foram criadas para cumprir o

princípio da celeridade processual e sanar as diversas omissões dos outros poderes. Ademais, a criação de uma súmula vinculante não impede que o Poder Legislativo edite uma lei em sentido formal que vá de encontro ou ao encontro da súmula.

Deste modo, a pesquisa acerca da validade e interpretação das súmulas vinculantes contribuirá para a sociedade um fortalecimento de um verdadeiro Estado Constitucional com poderes harmônicos e independentes entre si.

Assim, mesmo com pensamentos contrários, as súmulas vinculantes vieram para contribuir e eliminar omissões que estavam presentes no ordenamento jurídico e propiciar que todos possam ver seus direitos cumpridos e ter uma uniformização quanto aos temas, criando assim uma segurança jurídica e havendo uma celeridade processual adequada.

12. Casos de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal

UNIÕES HOMOAFETIVAS: Nem a lei e nem a constituição previu as relações homoafetivas, mas essa era uma realidade. Pessoas do mesmo sexo viviam juntas por décadas, construía patrimônio, se separavam, e como ficavam as decisões diante do caso concreto? Como ficaria o direito à pensão? A partilha de bens? Tudo isso levou o STF a reconhecer a união homoafetiva, mesmo sem previsão legal. Foi uma decisão ativista, utilizando-se da mutação constitucional, para atender um anseio da sociedade para o qual o legislativo se manteve inerte.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DE PROGRESSÃO DOS CRIMES HEDIONDOS: Apesar do debate ocorrido nas duas Casas Legislativas, entre os representantes eleitos do povo, que editaram, por lei, a vedação à progressão de regime em casos de crimes hediondos, o STF, alegando uma densa base principiológica, entendeu que tal vedação era inconstitucional. Nesse ponto, o STF atropelou os outros dois poderes (Legislativo e Executivo), impondo a sua vontade, mesmo diante de um procedimento legislativo legítimo e editou a Súmula Vinculante 26.

VEDAÇÃO AO VOTO IMPRESSO NAS URNAS ELETRÔNICAS: mais uma vez, após o regular procedimento legislativo que aprovou a minirreforma eleitoral, o STF interviu, de maneira ativista ao declarar a inconstitucionalidade do voto impresso na urna eletrônica. Também se utilizou uma série de princípios, numa tentativa de dar razão à sua decisão. Sobre essa decisão, destaco que o voto impresso não ficaria de posse do eleitor, e mesmo assim, um dos princípios que norteou a decisão do STF foi a vedação ao retrocesso. Essa decisão foi, e ainda é muito questionada no que tange à ingerência política sofrida para que fosse declarada esta inconstitucionalidade.

CRIMINALIZAÇÃO DE HOMOFOBIA COMO RACISMO: por mais repugnante que possam ser os crimes de homofobia e racismo, essa decisão do Supremo foi perigosa para o Estado Constitucional Democrático e o equilíbrio dos Poderes. Isso porque tão somente por lei pode ser criado um crime. E, nesse caso, o Supremo criou um crime. Reforço: por mais louvável que seja a intenção do Supremo, ela abre um precedente perigoso e que pode ser utilizado de maneira desarrazoada em casos futuros.

13. Ativismo judicial pelo mundo

Como já mencionado, o ativismo judicial é um fenômeno mundial, e como tal, trouxe algumas decisões ativistas proferidas pelas cortes supremas mundo afora.

CANADÁ: A Suprema Corte do Canadá decidiu se os Estados Unidos poderiam ou não fazer testes com mísseis em território canadense.

ISRAEL: Em Israel, a Suprema Corte sobre a construção de um muro separando a parte Palestina.

ESTADOS UNIDOS: Nos Estados Unidos, a Suprema Corte decidiu sobre o resultado das eleições do ano 2000.

CONCLUSÃO

A judicialização e o ativismo judicial ficaram evidentes na cultura brasileira nos últimos anos e o que tudo aponta será o que vai acontecer futuramente. Mesmo sendo próximos, são duas coisas distintas. A judicialização nasceu e veio crescendo com o passar dos anos devido ao modelo de Constituição analítica e o controle de constitucionalidade que está presente no Brasil, tais características permitiram que diversas discussões que antes não eram apreciadas pelo Poder Judiciário passaram a chegar a sê-las. A judicialização não é uma vontade do Judiciário, mas sim foi algo criado pelo Constituinte originário.

Por sua vez, o ativismo judicial é um posicionamento por parte do aplicador das leis, um modo proativo e de expansão da interpretação da Constituição, aumentando sua eficácia e potencializando o alcance das normas constitucionais. Tal mecanismo foi a solução para solucionar a inércia dos outros Poderes. A judicialização e o ativismo judicial, por melhor que seja a ideia pode tornar-se um problema de legitimidade e conseqüente nascimento de um super Poder Judiciário, pois estaria decidindo sobre matérias a quem de seus alcances. Esse percalço de legitimidade, em razão dos membros do Poder Judiciário não serem eleitos pela população e interferir nas ações que, na teoria, deveriam ser feitas pelos representantes do povo, se atenua na medida em que os juízes sempre tomam suas decisões embasados na Constituição Federal e nas leis. Não é uma atuação a bel prazer, mas sim por uma representação indireta da vontade da população embasada no ordenamento jurídico e usando sempre como parâmetro as cláusulas constitucionais abertas, por exemplo, dignidade da pessoa humana, eficiência, a vida, ao ambiente, etc, e tal decisão ou como uma edição de uma Súmula Vinculante passa a ter, inclusive, um nível quase normativo. Entretanto, se existir uma lei editada pelo Poder Legislativo que concretize a norma constitucional não pode o aplicador da lei deixar de fazê-lo. Ou seja, ao se interpretar a constituição, a vontade do legislador sempre deve prevalecer, pois ele que foi eleito pelo povo.

Os riscos da politização da política não podem ser eliminados. A Constituição é um documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, ou

seja, Política em Direito. Deste modo o Supremo tribunal Federal, ao proferir uma decisão ou editar uma Súmula Vinculante, não pode simplesmente decidir sem pensar nas consequências políticas, principalmente para não resultar, dessa decisão, algo danoso para a sociedade. Somente agindo, assim, dentro dos limites do ordenamento jurídico.

Quanto a capacidade institucional aos efeitos sistêmicos, o Poder Judiciário, antes de tomar qualquer decisão que de certa forma tratada em outro âmbito, deveria verificar se o outro Poder, entidade ou órgão teria mais qualificação para decidir. Por exemplo, a questão da transposição de um rio, os aplicadores do direito não possuem conhecimento para determinar quais serão os impactos se será viável ou não, e nesse ponto será melhor o Poder Executivo tomar a decisão, caso apresente uma melhor qualificação e claro, desde que não viole nenhum preceito fundamental.

Por fim, o Poder Judiciário como um todo deve guardar a Constituição Federal, presando pela aplicação dos direitos fundamentais e dos valores democráticos, inclusive em face aos outros Poderes. Qualquer atuação que vá na contramão se dará a favor e não contra o sistema democrático. Nas demais situações ordinárias, o Judiciário e principalmente o Supremo Tribunal Federal deverão acatar as leis editadas pelo Poder Legislativo e deixar a atuação da administração, que é especializada, atuar livremente. Deste modo, as decisões devem respeitar a divisão dos poderes devendo sempre presar pela racionalidade, motivação, correção e justiça.

Assim, o ativismo judicial está sendo uma solução e não um problema, entretanto ele é um remédio poderoso, cujo o uso deve ser moderado e eventual, ou seja, ele não é a regra e sim a exceção. O crescimento do Poder Judiciário não pode sair da estrada e colocar a nossa democracia em discussão e sim manter seu foco sobre os casos que afligem o Brasil: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade dos outros Poderes devem ser feitos através de atualizações e reformas deste e não feitas pelos juízes.

ANEXOS

Ementa: 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-REDUCIONISTA. 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 desembocar no 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 ESTABELEECER 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-equiparação 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. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF - HC: 82959 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. ART. 5º DA LEI N. 12.034/2009: IMPRESSÃO DE VOTO. SIGILO DO VOTO: DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO. VULNERAÇÃO POSSÍVEL DA URNA COM O SISTEMA DE IMPRESSÃO DO VOTO: INCONSISTÊNCIAS PROVOCADAS NO SISTEMA E NAS GARANTIAS DOS CIDADÃOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A exigência legal do voto impresso no processo de votação, contendo número de identificação associado à assinatura digital do eleitor, vulnera o segredo do voto, garantia constitucional expressa. 2. A garantia da inviolabilidade do voto impõe a necessidade de se assegurar ser pessoal o

voto para garantia da liberdade de manifestação, evitando-se coação sobre o eleitor. 3. A manutenção da urna em aberto põe em risco a segurança do sistema, possibilitando fraudes, o que não se harmoniza com as normas constitucionais de garantia do eleitor. 4. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 12.034/2009. (STF - ADI: 4543 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/11/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014)

DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUCTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. 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. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, 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. (STF – MI: 4733 DF 9942814-

37.2012.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/09/2020)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. MORAES, Alexandre De. Direito Constitucional. 27ª ed. São Paulo. Atlas, 2010.
2. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. Disponível em: <http://www.alexandredemoraesadvogados.com/categoria/publicacoes/artigos/>
3. BRASIL — Congresso Nacional. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.
4. Ran Hirschl, The judicialization of politics. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), The Oxford Handbook of Law and Politics, 2008, p. 124-5.
5. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. 2008.
6. BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/aamericanizacaododireito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf.
7. CARVALHO, Gonçalves Kildare. Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo. 17ªed. Belo Horizonte. Del Rey, 2011.
8. Oscar Vihena Vieira, Supremocracia, Revista de Direito do Estado 12, 2008, no prelo.
9. Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição constitucional, 2005, p.146.
10. Cláudio Pereira de Souza Neto, Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685, Interesse público 37, 2006.
11. Alexander Bickel, The least branch, 1986, p. 16 e s.
12. Eros Roberto Grau, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 2002, p. 64

13. Friedrich Muller, Métodos de trabalho do direito constitucional, 2005, p. 6-7.
14. Ronald Dworkin, The forum of principle. In: A matter of principle, 1985.
15. John Rawls, O liberalismo político, 2000, p. 261.
16. Daniel Sarmiento, Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda, Revista de Direito do Estado 2:83, 2006. Embora ela se irradie por todo o sistema, e deva sempre estar presente em alguma medida, ela não deve ser invocada para asfixiar a atuação do legislador.
17. Paul Kahn, Comparative constitutionalism in a new key, Michigan Law Review 101:2677, 2002-3, p. 2688-9.
18. V. Eduardo Mendonça, A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política, mimeografado, 2007.
19. Paul Kahn, Comparative constitutionalism in a new key, Michigan Law Review 101:2677, 2002-2003, p. 2705.
20. Scott M. Noveck, Is judicial review compatible with democracy?, Cardozo Public Law, Policy & Ethics 6:401, 2008, p. 420.
21. Carl Schmitt, La defensa de la Constitución, 1998, p. 57.
22. Gustavo Binenbojm, A nova jurisdição constitucional brasileira, 2004, p. 246.
23. A expressão é do Ministro Celso de Mello. V. STF, Diário da Justiça da União, 12 maio 2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.
24. V. Cass Sunstein e Adrian Vermeulle, Interpretation and institutions, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 28, 2002.
25. Ana Paula de Barcellos, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos.
26. fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, Revista de Direito do Estado 3:17, 2006, p. 34.
27. Ronald Dworkin, O império do direito, 1999, p. 271 e s.