



Ativismo judicial: causas e efeitos

Judicial activism: causes and effects

Activismo judicial: causas y efectos

 DOI: <https://doi.org/10.17655/rdct.2023.e0007>



Túlio Belchior Mano da Silveira ¹

 Faculdade Autônoma de Direito – RJ, Brasil

 <http://lattes.cnpq.br/5035961222981175>

 <https://orcid.org/0000-0003-0953-3682>

Mário Jumbo Miranda Aufiero ²

 Faculdade Autônoma de Direito – SP, Brasil

 <http://lattes.cnpq.br/2568190746186816>

 <https://orcid.org/0009-0003-5045-0691>

Rennan Faria Kruger Thamay ³

 Faculdade Autônoma de Direito – SP, Brasil

 <http://lattes.cnpq.br/3295002524818823>

 <https://orcid.org/0000-0002-3271-5655>

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). | Email: contato@tuliosilveira.com.br

² Doutorando em função social do direito constitucional pela FADISP (Faculdade Autônoma de Direito- SP), Mestre em Administração Pública (Segurança Pública) pela Fundação Getúlio Vargas - RJ (2008), graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Amazonas (2000). | Email: aufieromj@yahoo.com.br

³ Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. Professor Titular do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Professor da pós-graduação (lato sensu) da PUC/SP, do Mackenzie e da EPD - Escola Paulista de Direito. Professor Titular do Estratégia Concursos e do UNASP. Foi Professor assistente (visitante) do programa de graduação da USP e Professor do programa de graduação e pós-graduação (lato sensu) da PUC/RS. | Email: rennan.thamay@hotmail.com

RESUMO:

O termo 'ativismo judicial' pode ser definido, sucintamente, como a atuação de cortes jurisdicionais para corrigir eventuais omissões legislativas em face da análise e da leitura dos princípios constitucionais. Este tema vem sendo muito discutido na história recente do Brasil, haja vista o cenário de polarização de ideias que o país vivencia, discussões que são por vezes alimentadas por críticos ao Supremo Tribunal Federal e sua atuação tida por estes como parcial, ferindo assim a divisão dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, que conforme reza o artigo segundo da Constituição, são harmônicos e independentes em si, não podendo haver a prevalência de um em detrimento de outro. Verificou-se que o ativismo judicial se mostrar um risco à sociedade no que diz respeito a decisões judiciais pautadas nos ideais pessoais defendidos pelo magistrado, porém, tal ativismo passa pela ausência de atuação dos outros dois poderes da república, Executivo e Legislativo, em exercer suas funções de forma republicana, ou seja, não agindo de acordo somente com as necessidades de ocasião, mas no sentido de oferecer pacificação social através de leis e de suas aplicações concretas. O que se pode objetivar, é a construção de um modelo de convivência de fato harmônica entre estes poderes através dos princípios constitucionais e do debate democrático.

PALAVRAS-CHAVE:

Ativismo Judicial.. Poder Judiciário..

ABSTRACT:

The term 'judicial activism' can be defined, briefly, as the action of jurisdictional courts to correct any legislative omissions in the face of the analysis and reading of constitutional principles. This theme has been much discussed in the recent history of Brazil, given the scenario of polarization of ideas that the country is experiencing. These discussions are fed by critics of the Supreme Court and its performance considered as partial, hurting the division of judicial, Executive and Legislative Branches, which as stated in the second article of the Constitution, are harmonious and independent in themselves, there can be no prevalence of one over the other. It was verified that judicial activism is a risk to society with respect to judicial decisions based on personal ideals defended by the magistrate, however, such activism goes through the absence of performance of the other two branches of the republic, Executive and Legislative, in exercising their functions in a republican way, in other words, not acting only according to the needs of the occasion, but in order to offer social pacification through laws and their concrete applications. What we can aim for is the construction of a model of harmonious coexistence between the branches through constitutional principles and through democratic debate.

KEYWORDS:

Judicial activism. Judicialization. Judicial Branch. Democratic State.

RESUMEN:

El término “activismo judicial” puede definirse, de manera sucinta, como la acción de los tribunales jurisdiccionales para corregir posibles omisiones legislativas a la luz del análisis y lectura de los principios constitucionales. Este tema ha sido muy discutido en la historia reciente de Brasil, dado el escenario de polarización de ideas que vive el país, discusiones que a veces son alimentadas por críticas al Supremo Tribunal Federal y sus acciones consideradas parciales, perjudicando así la división de los poderes Judicial, Ejecutivo y Legislativo, los cuales, como lo establece el artículo segundo de la Constitución, son armoniosos e independientes en sí mismos, y no puede haber prevalencia de uno en detrimento del otro. Se encontró que el activismo judicial resulta un riesgo para la sociedad respecto de decisiones judiciales basadas en los ideales personales defendidos por el magistrado, sin embargo, dicho activismo implica la ausencia de acción por parte de los otros dos poderes de la república, Ejecutivo y Legislativo, en el ejercicio de sus funciones de manera republicana, es decir, no actuando sólo según las necesidades de la ocasión, sino con el objetivo de ofrecer la pacificación social a través de las leyes y sus aplicaciones concretas. Lo que se puede aspirar es a la construcción de un modelo de convivencia verdaderamente armoniosa entre estos poderes a través de principios constitucionales y el debate democrático

PALABRAS CLAVES:

Activismo Judicial. Judicialización. Poder Judicial. Estado Democrático de derecho.



1. Introdução

A judicialização, o ativismo judicial⁴ e o papel do Poder Judiciário têm se tornado temas muito discutidos nos últimos anos, seja entre doutrinadores, em livros, artigos acadêmicos e jornalísticos, ou como aponta Viaro (2017), até mesmo em programas de rádio e televisão ou em conversas cotidianas entre a população geral. Muitas das discussões sobre o ativismo judicial trazem forte viés ideológico, como aponta Machado (2008, p.15):

É digna de nota a quantidade de títulos dedicados ao fenômeno do ativismo judicial, mas certamente é ainda mais impressionante que poucos desses estudos incorporem a necessidade de transparecer o que significa uma atividade judicial ativista, passando direto à defesa ou crítica do fenômeno.

Como afirma Teixeira (2012), tais temas podem ainda deixar o âmbito da argumentação jurídica e serem utilizados como instrumentos de decisão política, tratando-se para alguns de uma prática ilegítima e inconstitucional que fere a divisão dos poderes, ao passo que, para outros, ocorre apenas em razão de uma eventual omissão dos demais poderes.

Haja vista o cenário de polarização de ideias que pode ser observado na história recente do Brasil, sendo as opiniões contrárias ao ativismo judicial vigentes em tempos recentes muito alimentadas, em especial, por críticos do Supremo Tribunal Federal e sua atuação tida por estes como parcial, e que a interpretação do Direito é função essencial, dada a importância deste para os operadores jurídicos e para a aplicação da justiça (Lima; Villas Bôas Filho, 2018), propõe-se este estudo, que visa responder qual a definição de ativismo judicial, suas origens históricas e implicações na discussão e na prática jurídica.

Discutir o ativismo judicial, suas causas e efeitos é o objetivo do presente artigo, não sendo sua intenção exaurir a discussão do tema ou apresentar alguma solução

4 O termo 'ativismo judicial', conquanto o entendimento de que as cortes jurisdicionais atuam para corrigir omissões legislativas em face da análise e da leitura dos princípios constitucionais, surgiu nos Estados Unidos da América no contexto da segregação racial, em especial nas escolas durante os anos de 1940 a 1970.

acadêmica para o problema proposto, mas sim levantar o debate e colocar à reflexão dos colegas de academia tanto o desenvolvimento do assunto quanto os seus desdobramentos, passando primeiramente por uma revisão bibliográfica dentre livros, artigos, textos legais e matérias jornalísticas, e culminando em análises científicas acerca do ativismo judicial, buscando aqui realizar uma análise independente de vieses ideológicos.

Trata-se então de uma pesquisa do tipo qualitativa, com enfoque descritivo, que segundo Rampazzo (2002), tem como objetivo descobrir a frequência com que um determinado fenômeno ocorre, quais suas características e natureza, e baseando-se na observação, registro e análise do fenômeno em comento, podendo-se também correlacioná-lo com outros eventos.



2. Ativismo judicial

Para entender o conceito de ativismo judicial, se faz necessário analisar as origens históricas do uso deste termo, pois a menção ou discussão sobre o ativismo judicial, que tem marcado os tempos recentes da República Brasileira, se trata de um assunto anterior à nossa época (Green, 2009). E ainda, mesmo antes de se usar essa expressão, várias decisões judiciais foram objeto de críticas em razão de seu alcance e por serem consideradas abusivas, podendo inclusive serem apontadas como escolhas políticas e não apenas judiciárias Teixeira, 2012).

De acordo com a revisão bibliográfica investigada, apesar de poder o ativismo judicial ser observado em decisões anteriores, como no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, ou *Lochner vs. New York* (Teixeira, 2012), de 1905, ambos nos Estados Unidos, este termo teria sido utilizado pela primeira vez em janeiro de 1947, também nos Estados Unidos, por Arthur Schlesinger Jr.

Assim define Kmiec (2004, p.1446):

Arthur Schlesinger Jr. introduziu o termo "ativismo judicial" no público, em um artigo da revista *Fortune* em janeiro de 1947. O artigo de Schlesinger mostrava todos os nove juízes da Suprema Corte naquela época e explicou as alianças e divisões entre eles. O artigo

caracterizou os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutlege como os "Ativistas Judiciais" e juízes Frankfurter, Jackson e Burton como os "campeões da auto restrição judicial". Juízes Reed e o presidente da Suprema Corte, o juiz Vinson formaram um grupo de centro. Em 1947, nenhum dos juízes questionava abertamente a constitucionalidade do New Deal. Em vez disso, o Tribunal dividiu-se sobre a interpretação da legislação e "a função adequada do poder judicial numa democracia" (tradução nossa).

Kmiec cita ainda trecho do artigo de Arthur Schlesinger Jr (1947, p.201):

O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autorrestricção judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor de sua própria concepção de bem social; o outro, com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como um instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes de governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala BlackDouglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com suas próprias pré-concepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano (tradução nossa).

Em suma, Schlesinger descreve que os juízes campeões da autorrestricção judicial interpretam que a Corte tem a responsabilidade de agir com deferência às vontades do legislador, não intervindo no campo da política, enquanto os juízes ativistas acabam por substituir a vontade do legislador por sua própria vontade, em prol de uma atuação ativa na promoção dos direitos e liberdades civis das minorias, agindo de forma a corrigir possíveis erros ou omissões do legislador (Campos, 2016).

2.1 Estado Democrático de Direito e a tripartição dos poderes

A Constituição Cidadã, promulgada em cinco de outubro de 1988, estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, conforme reza seu artigo 1º (Brasil, 1988):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a

soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O Estado Democrático de Direito é o instituto jurídico constitucional que estabelece os limites de atuação dos governantes em relação ao cidadão, conferindo a este a proteção necessária contra abusos estatais, de modo que os direitos e garantias fundamentais do indivíduo sejam resguardados. As leis, em sentido *stricto sensu*, servem como as balizas instrumentais para que o estado em toda sua completude tenha os limites necessários para não ir além do que a soberania popular determinou, por meio de seus representantes. Enquanto, em um estado absolutista, o governante não tem a régua do limite da discricionariedade, em um Estado Democrático de Direito, a discricionariedade é limitada apenas às opções conferidas pela representação popular.

José Afonso da Silva (1988) apresenta conceito importante sobre o Estado Democrático de Direito:

O Estado democrático de Direito concilia Estado democrático e Estado de Direito, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do status quo.

O artigo segundo da Carta Magna, por sua vez, estabelece a separação dos poderes da União entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme lê-se (Brasil, 1988): Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Tal divisão entre poderes é adotada em diversos países constitucionalistas, e inspira-se nas ideias de Montesquieu relatadas em sua obra “O espírito das leis” (2004), estabelecendo a separação dos poderes da República em uma clara intenção de não deixar nas mãos de um só poder a concentração dos poderes do Estado, afinal, de acordo a famosa frase atribuída à John E. E. Dalberg Acton, “o poder tende a corromper, e o poder absoluto corrompe absolutamente” (Barros,

2003). O próprio Montesquieu afirma que o homem que detém o poder tende a abusar dele, se fazendo então necessário dar harmonia e limitação a cada um dos poderes, organizando a sociedade política de forma que um poder seja o freio do outro, “um limitando o outro concomitantemente” (Dourado; Augusto; Rosa, 2011).

Conforme diz o artigo segundo da Constituição, todos os poderes são harmônicos e independentes em si, não podendo haver a prevalência de um em detrimento de outro.

Entretanto, há de se observar que o texto constitucional é aquele conjunto de normas e regras que visam dar unicidade à população que abarca e conferir a pacificação social. Deste modo, é o texto constitucional a regra suprema da qual derivam as outras normativas do Estado em qualquer de suas esferas.

Tanto por isso que, aos Entes Federativos é dada a limitação legislativa pelos próprios limites impostos pela Constituição, não podendo, ainda que autônomos entre si, legislar aquém do que a Constituição previu e muito menos além daquilo defeso na Carta.

Tal observação, fruto da obviedade jurídica, é fundamental para que possamos traçar as linhas de atuação do Poder Judiciário em nossos tempos, em especial acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal em relação ao processo de judicialização da política.

Quando falamos aqui de judicialização da política, não estamos apenas nos referindo a temas como a cláusula de barreiras ou a política partidária, mas ainda e principalmente da judicialização do próprio processo político, quer seja na formulação de legislações propriamente ditas, ou regulamentares destas, ou ainda ante omissões flagrantes da atuação de determinadas instituições de fiscalização e controle, como os Tribunais de Contas e as Procuradorias.

Em outras palavras, o que estamos aqui a aventar é que o processo de judicialização da política e de seus processos deve ser, inicialmente, considerada como sendo um sintoma da politização das instituições republicanas e não o fim em si mesmo.

Neste sentido, pode-se conjecturar que o ativismo judicial, *latu sensu*, figura como última defesa do Estado de Direito. Entretanto, é este justamente o problema da judicialização, ao passo que, ao adentrar em cearas que não seriam de sua

atuação, o Poder Judiciário acaba por corroer ainda mais o tecido democrático e ampliando a politização das instituições.

É claro que não podemos desconsiderar o papel do Juiz na questão, e aqui não estamos a nos referir ao estado/juiz, ou seja, não estamos a analisar a atuação jurisdicional do Estado em si, mas sim a própria figura do Juiz enquanto pessoa e as influências a que está sujeito na construção de suas decisões.

Vejamos que a tripartição dos Poderes do Estado surgiu justamente para se evitar que uma pessoa, investida em um cargo, pudesse enfeixar sob sua mão todos os poderes do Estado, tanto o de punir quanto o de julgar e ainda o de acusar.

Nesta situação, notamos que, ao ser o mesmo ente que julga aquele que acusa, estamos diante uma situação em que o poder de resistir do cidadão se torna praticamente nulo, porque seria preciso convencer não um juiz autônomo e independente, mas sim um juiz que se insere na mesma estrutura da acusação, e o que é ainda pior: essa discrepância de poderes tende a se agravar quanto mais desprovido de recursos financeiros for o acusado. Esse é o mote, aliás, que deu azo a tripartição de poderes, não apenas a constituição de poderes autônomos, mas também e principalmente a criação de uma estrutura que possa diluir o Poder Estatal.

Dessa visão do Poder Judiciário é que nasce a ideia de um Direito Democrático, não apenas em relação a participação na atividade política do Estado, mas em relação ao acesso a uma justiça democratizada.

2.2 A Construção de um Direito Democrático

O tema de acesso a uma justiça democrática é um dos mais importantes temas da atualidade do universo jurídico, não apenas no Brasil ou no Ocidente, mas em todo o planeta.

É claro que a ideia, o conceito de uma justiça 'justa' é tema antigo, podendo ser encontrado no *Ius Latino*, e ainda figurando como fonte de críticas sociais como em *Les Misérables*⁵, de

Victor Hugo e outras dezenas de obras, dentre elas, podemos citar até mesmo a *L'Internationale* (Pottier, 1871) nos versos: “Crime de rico a lei o cobre, o Estado esmaga o oprimido, não há direitos para o pobre, ao rico tudo é permitido”, o que

5 Escrito em 1862.

ilustra com clareza a importância que a construção de uma *lurisdictio* democrática, ou seja, com a participação equânime de todos os envolvidos no processo assume para um real Estado, não apenas de Política e Direitos Democráticos, mas de decisões jurisdicionais Democráticas, no intuito de se alcançar ou ao menos se aproximar de decisões jurídicas mais justas.

Neste sentido é que o juiz “Boca da lei”, ou seja, apenas como uma figura que ao ler à vontade expressa pelo legislador diz do direito ao caso concreto, perde o significado, posto que aos casos concretos se deveria caber uma análise concreta.

Daí deriva-se, por exemplo, o princípio da insignificância, também chamado de Crimes Famélicos, ou Furtos Famélicos. Obviamente, para qualquer operador do Direito atualmente, tal princípio já está amplamente consolidado, ao menos do ponto de vista jurídico, mas notemos aqui que o Estado está justamente se abdicando de seu poder/dever punitivo em razão de uma situação concreta de vulnerabilidade de um agente que, de fato, transgrediu as normas e que cometeu um crime, ou contravenção.

A construção de uma decisão jurídica democrática passa então por elementos outros que não a simples tipificação da conduta, mas sim a análise do caso concreto e dos agentes envolvidos, levando-se em consideração os elementos motivadores de sua ação delituosa, e não apenas a ação em si. Neste sentido, podemos afirmar que a atuação do Poder Judiciário vem se configurando como um agente garantidor e principalmente ativo para concretizar os princípios constitucionais, alocados, dessa maneira, acima de sua função precípua de simples intérprete da letra da lei.

Neste sentido, e o podemos afirmar com certa clareza, o ativismo judicial não é, de forma alguma, algo novo. Ao contrário, nasce justamente na tripartição de poderes e na nova figura que o Estado assume para com seus súditos, não mais como simples garantidor da paz social e da força, mas como promotor da justiça social e agente efetivo da redução das desigualdades.



3. Ativismo judicial penal

Pode-se afirmar de forma bastante assertiva que os pilares nos quais se assenta o Poder Judiciário, em especial nas matérias penais sejam: a estabilidade, conquanto o saber a tipificação penal e a correta atribuição de penas, agravantes e atenuantes; a previsibilidade, segundo a qual o Estado, de posse de seu poder/dever punitivo não pode surpreender as partes através de um julgamento não embasado pela letra da lei; e a segurança jurídica decorrente de decisões fundamentadas que possam ser aguardadas segundo o mandamento legal relativo aquele tipo (Barroso, 1999).

Nenhuma sociedade deseja ficar desprotegida contra os desmandos do Estado. Por outro, essa mesma sociedade também não desejaria ficar de forma permanente sob a instabilidade, imprevisibilidade e insegurança quanto ao que será ou não objeto de decisão de um dos Poderes deste mesmo Estado.

A nosso ver, o que se coloca em questionamento para a caracterização do ativismo judicial penal, é o liame essencial da questão voltada a divisão dos poderes e mais, os limites que devem ser impostos a cada um deles, para a construção efetiva de um Estado onde o Direito seja de fato democrático. Não olvidando, porém, da consideração de haver a necessidade de um Ente estatal garantidor das regras e princípios constitucionais.

Observemos outrossim que o Constituinte de 1988 estabeleceu no artigo 5º inciso XXXV da CRFB, que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988), trazendo para a sociedade uma proteção e ao mesmo tempo a abertura para um processo de judicialização permanente, já que, se “eu não gostar” de uma determinada situação, aciono o Poder Judiciário e lá vou encontrar a última trincheira para a defesa dos “meus direitos”.

E se de um lado a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, de outro lado há que se estabelecer o próprio conceito de lesão e ameaça a um direito, sob pena de termos uma sociedade em que tudo acaba sendo discutido no judiciário.

O desafio entre diferenciar o que pode ser classificado como judicialização e o ativismo judicial, é que no primeiro a lei em sentido estrito prevê a conduta e o resultado e no segundo, a lei não prevê a conduta, ou seja, não há previsão legal. É claro que essa breve diferenciação não seria suficiente para cravar a distinção de um ou outro instituto, porém, seria o pontapé inicial para abrir o debate e delimitar corretamente o que deve ser entendido como judicialização e o que teve ser entendido verdadeiramente como ativismo judicial.

Não se pode, no entanto, migrar para o conceito de ativismo judicial todas as vezes em que uma decisão desagradar o entendimento doutrinário a ser firmado, sob o risco da manutenção diária da imprevisibilidade, instabilidade e insegurança jurídica.

Em publicações recentes, nota-se que alguns autores (Eisgruber, 2007) apresentam argumentos para tentar justificar a prática do ativismo judicial sob o aspecto normativo. Segundo Richard Ekins (2018):

O escopo da autoridade judicial é um tema de máximo interesse público. A tradição da common law acerca da adjudicação tem há tempos compreendido essa autoridade como limitada e disciplinada: as cortes não têm gozado de qualquer poder geral para mudar a lei, ou para se afastar das escolhas legislativas do Parlamento ou para superar as opções políticas do Executivo. Esses limites, contudo, têm estado sob pressão nos últimos anos. No Reino Unido, juízes têm percebido essa mudança, algumas vezes (mas nem sempre) com aprovação. Outros, publicamente, começaram a notar e debater as implicações disso para o equilíbrio de nossa Constituição, e sua capacidade para realizar um autogoverno popular e o império da lei (tradução nossa).

Deve-se estabelecer a harmonização dos interesses de modo que os legítimos representantes eleitos exerçam seus poderes de acordo com a realidade social daquele momento e não ao Poder judicante seja dado a onipotência e onipresença para decidir o que não esteja previsto em lei.

Em outras palavras não apenas o poder judiciário precisaria, por exemplo, se adequar e se pautar pelos princípios constitucionais, mas também os integrantes dos outros poderes, com o fortalecimento das próprias comissões internas de Constituição e Justiça de cada casa legislativa.

Não se pode esperar que a Constituição preveja em detalhes e em variabilidade quase infinita de condutas humanas as determinações legais, isso seria impossível

e inconcebível tanto para o proceder das atividades jurídicas quanto para o conhecimento geral das leis e das proibições.

Em outro aspecto, também não se pode querer que os tribunais, em especial os superiores decidam caso a caso unicamente de acordo com suas convicções, opiniões, preconceitos e desejos.

O império da lei exige dos Três poderes da República, além de sua autonomia, também o caráter de harmonia, e a peça capaz de promover tal harmonização não é, e não pode ser outra que não a Carta Constitucional e os princípios que a ela deram razão de ser e principalmente de estar.

3.1. Possíveis Causas e Efeitos do Ativismo Judicial Penal

Analisar as possíveis causas de um fenômeno social é trabalho quase sempre hercúleo, isso porque, em primeiro momento, se está a analisar no mesmo tempo em que o fato está ainda a acontecer e depois porque, até mesmo para os mais honestos pesquisadores, é difícil não eivar as considerações de nossas próprias convicções, interesses e experiências.

No entanto, apesar da extrema dificuldade, podemos assentar as causas do ativismo judicial nos momentos distintos, o primeiro pela necessidade de se garantir a entrega das prestações sociais estabelecidas pelo texto constitucional, tanto através das garantias sociais como da proteção conferida à vida, à velhice, e ainda a liberdade, a livre iniciativa, o trabalho, o direito a opinião livre etc. O segundo momento em que podemos alocar o ativismo judicial reside justamente no fato de que este Poder, diferentemente dos outros dois, perfaz aquele pelo qual o Estado mais se evidencia na vida corrente do cidadão e que trata, no caso penal, de princípios muito básicos e por isso mesmo caros socialmente falando, a citar: vida, honra e liberdade.

A discussão doutrinária acerca de uma possível hierarquização dos princípios constitucionais não é, nem de longe, nova, por exemplo toda a celeuma que constantemente podemos ver em tribunais, periódicos e programas de opinião acerca do direito ou não do aborto, ou seja, do direito de interrupção de uma gestação. Ora, tal celeuma, embora incrustada em questões muitas vezes de cunho religioso, no aspecto jurídico, conquanto tomando os princípios constitucionais como

elementos norteadores da discussão e das eventuais resoluções, é nada menos do que a discussão acerca de qual princípio, nestes casos concretos, deve ser utilizado para balizar uma decisão jurisdicional, em vértice: o princípio da vida ou o princípio da liberdade.

É claro que essa questão, por exemplo, levanta uma série de outros questionamentos, como os sociais, clínicos e biológicos (momento em que se inicia a vida, ou em que momento o nascituro passa a ser um sujeito de direitos), no entanto, é uma discussão em que em seu cerne reside a disputa doutrinária principiológica a ser adotada como referência nos processos decisórios.

Neste aspecto, bem como em outros casos em que podemos identificar um princípio se chocando a outro, a jurisprudência dos Tribunais superiores tem lançado mão de um terceiro princípio, não como critério de desempate, mas como critério anterior, ou seja, como critério para se lançar mão, no caso concreto, do princípio da vida ou da liberdade, que no caso é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, no tema aqui abordado à guisa de exemplificação, é que atualmente, embora não totalmente pacificado, há a não aplicação de pena em casos de interrupção de gravidez em que esta tenha ocorrido mediante crime de estupro, ou que possa implicar em riscos de morte à mãe, ou ainda em casos de bebês com anencefalia.

Notemos que aqui, não estamos a dizer que o princípio da vida tenha sido descartado, mas sim que, através do princípio da dignidade da pessoa humana, se privilegiou a vida e a liberdade da pessoa vítima de abuso ou sob riscos de perder seu bem mais precioso, que é a vida. Entretanto, notemos que a decisão, em momento algum passou a ser do Estado, ou seja, o que o Estado/Juiz faz é permitir que a pessoa possa escolher e para isso retira a possibilidade de uma condenação dentro de uma tipificação penal.

É óbvio que se pode dizer que essa atuação judicial seja de fato uma espécie de ativismo judicial decorrente, em muitos casos, da omissão legislativa, muitas vezes porque os legisladores optam por não legislar sobre um tema que possa ser considerado como sendo espinhoso do ponto de vista eleitoral, e neste aspecto, é justamente por isso que a Constituição estabeleceu um rol de garantias ao magistrado, no artigo 95 (Brasil, 1988):

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

- Vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;
- Inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;
- Irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Tais garantias servem justamente para que o magistrado possa decidir o caso concreto sem temer, por exemplo, perder votos, ou sofrer críticas e possíveis retaliações.

Mas mesmo com as garantias e com as jurisprudências, e outra vez recorrendo ao mesmo exemplo, podemos encontrar certo ativismo judicial embasado por questões de cunho pessoal do magistrado, como em caso recentemente divulgado pela mídia (Broges; Batistela, 2022):

Uma menina de 11 anos está sendo mantida pela Justiça em um abrigo de Santa Catarina para evitar que faça um aborto autorizado. Vítima de estupro no começo do ano, a menina descobriu estar com 22 semanas de gravidez ao ser encaminhada a um hospital de Florianópolis, onde teve o procedimento para interromper a gestação negado. Ainda, Justiça e Promotoria pediram para a menina manter a gestação por mais “uma ou duas semanas”, para aumentar a sobrevida do feto. “Você suportaria ficar mais um pouquinho?”, perguntou a juíza.

Assim como no exemplo anterior, neste caso também se verifica um ativismo judicial. Também aqui podemos notar o conflito que se estabelece entre os princípios do Direito à Vida e do Direito à Liberdade, e novamente, sem adentrarmos em qualquer tipo de juízo de mérito, tal ativismo só é possível devido ao silêncio legislativo acerca, não do caso, mas da correta tipificação legal, ou na verdade, no caso em si, em se considerando que já há previsões legais que orientem a decisão do magistrado, artigo 128 do Código Penal (Brasil, 1940):

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

O tipo de ativismo que observamos parte de um ativismo Legislativo exercido pelo Poder Executivo, privilegiando pauta com viés eleitoral e não jurídico, como podemos observar em Cartilha emitida pelo Ministério da Saúde no ano de 2022, que já não mais se encontra disponível no site do órgão⁶, mas que citava, segundo matérias jornalísticas da época (G1, 2022):

"Não existe aborto 'legal' como é costumeiramente citado, inclusive em textos técnicos. O que existe é o aborto com excludente de ilicitude. Todo aborto é um crime, mas quando comprovadas as situações de excludente de ilicitude após investigação policial, ele deixa de ser punido, como a interrupção da gravidez por risco materno".

Notemos que o uso da generalização da palavra **todo** grifada, na orientação do Ministério, visa conferir uma interpretação outra daquela que vemos em Lei, o que nos faz retornar ao princípio de nossa argumentação neste artigo, que é justamente o fato de que o ativismo judicial é antes um sintoma do que propriamente a causa da perturbação entre a harmonia dos poderes Constituídos.

⁶ Como pode ser verificado no link a seguir, a primeira edição da cartilha "Atenção Técnica para Prevenção, Avaliação e Conduta nos Casos de Abortamento", divulgada pelo Ministério da Saúde em junho de 2022 foi removida do acervo oficial do ministério: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_prevencao_avaliacao_conduta_abortamento_1edrev.pdf. Uma segunda edição foi lançada em setembro do mesmo ano, e trazia em seu texto conformidade com o que rege o Código Penal em seu artigo 128, acima citado na íntegra, e com a decisão do STF de 2012 sobre casos de anencefalia. Esta segunda edição pode ser observada nas seguintes referências: BRASIL. Secretaria de Atenção Primária À Saúde. Ministério da Saúde. **Segunda edição do documento técnico para condutas nos casos de abortamento está disponível**. 2022. Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/noticia/18856>. Acesso em: 30 out. 2022. BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Atenção Técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento**. 2022. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_avaliacao_conduta_abortamento_2ed.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

Em síntese, cabe ao Poder Judicial ater-se ao espaço que lhe foi conferido pelo texto Constitucional, da mesma maneira que cabe ao Poder Legislativo a função de legislar, e notemos que aqui não estamos a falar de uma simples determinação/orientação constitucional, mas sim de um poder/dever do Poder Legislativo; da mesma maneira que não cabe ao Poder Executivo conferir novo entendimento jurisdicional à letra da Lei, simplesmente porque não é sua tarefa, não se inculpe em seu poder/dever agir.

Assim deve ser, por exemplo, porque é natural que se espere de um governo eleito que ele possa propalar as bases segundo as quais foi eleito, ou seja, é normal que o governo de plantão queira implantar modificações para cumprir sua agenda que foi aprovada pelo crivo das urnas, mas tais modificações precisam respeitar os ditames e principalmente procedimentos legislativos adequados para cada caso, de outra maneira estaremos diante situação tendente ao infinito conquanto modificações segundo os preceitos, pautas e crenças de momento.

É natural, outrossim, que o processo Legislativo se dê com certa morosidade, porque também, se fosse realizado a sabor dos ventos, em especial dos ventos eleitorais, aí sim estaríamos diante uma situação de completa imprevisibilidade jurídica e caminhando no sentido do estabelecimento de regras e condutas individuais. Em outras palavras, não se pode desejar que haja uma Lei individual que possa ser aplicada para cada pessoa, pois isso nos conduziria a uma situação de guerra de todos contra todos permanentemente.



4. Conclusão

Podemos constatar que o ativismo judicial surge em primeiro momento do papel dado ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, devido a lacunas de interpretação e à necessidade de adequação da lei aos casos concretos propriamente dito em uma dinâmica social em constante e irrefreável modificação.

Em segundo momento, tal ativismo passa também pela ausência de atuação dos outros dois poderes da república, Executivo e Legislativo, em exercer suas

funções de forma republicana, ou seja, não agindo de acordo somente com as necessidades de ocasião, mas no sentido de oferecer pacificação social através de leis e de suas aplicações concretas.

De outra ordem, ao identificarmos o ativismo judicial no mesmo momento em que se pretendeu um Estado de Direito, com repartição de poderes, vemos que o juízo também sofre impactos advindos da pessoa do julgador, e por isso mesmo é que a estrutura judiciária se organiza em instâncias recursais.

Modo contínuo, é provável que o ativismo judicial nunca deixe de existir, pela própria estrutura da formulação dos poderes e das normas gerais. O que se pode objetivar, no entanto, é a construção de um modelo de convivência de fato harmônica entre estes poderes através dos princípios constitucionais e do debate.

O embate entre os três poderes, no campo das ideias, é justamente o que confere a unicidade desse sistema de governo, de forma que um não se sobressaia ao outro, é um aspecto natural da democracia.

Entretanto, quando falamos em ativismo judicial em seu aspecto penal, se por um lado podemos identificar esse ativismo como sendo indispensável para que minorias consigam determinados direitos, por outro podemos observar em determinados momentos que serve justamente ao contrário.

Há aqui então, a questão de sabermos, enquanto sociedade, o tipo de ativismo que seja menos danoso, tanto para a vida em coletividade (onde deve prevalecer o direito à diferença), quanto para a segurança jurídica. Se o ativismo judicial pode ser danoso para o equilíbrio entre os poderes, também o ativismo de outras matizes, que repercute também no judiciário, pode ser ainda mais danoso, pernicioso até.

Concluindo, o Poder Judiciário não pode e não deve ser pautado pelas diretrizes de um momento social, que pode, como algumas experiências humanas o comprovam, como é o caso da Alemanha Nazista — legal, em todos os seus aspectos — se radicalizar e impor um estado de coisas que privilegiam a violência e a intolerância.



CONFLITO DE INTERESSE

Nenhum declarado



REFERÊNCIAS

BORGES, C.; BATISTELA, C. Juíza de SC impede menina de 11 anos estuprada de fazer aborto e compara procedimento a homicídio. **G1**, Rio de Janeiro, 20 jun 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santacatarina/noticia/2022/06/20/juiza-sc-aborto-crianca-11-anos-estuprada.ghtml>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BARROS, B.F. **Lord acton**: o poder tende a corromper. E o poder absoluto corrompe absolutamente. Paraná: GRD Editora. 2003.

BARROSO, L.R. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (Brasil). **Atenção Técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento**. Brasília: MS, 2022. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_avaliacao_conduta_abortamento_2ed.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (Brasil). Secretaria de Atenção Primária À Saúde. **Segunda edição do documento técnico para condutas nos casos de abortamento está disponível**. Brasília: MS, 2022. Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/noticia/18856>. Acesso em: 30 nov. 2022.

CAMPOS, C.A.A. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 1, p. 59-117, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

DOURADO, E.A.N.; AUGUSTO, N.F.; ROSA, C.M.A.C. Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA, 5., 2011. **Anais [...]**. 2011. p. 2638-2649. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.

EISGRUBER, C.L. **Constitutional Self-Government**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

EKINS, R. (ed.). **Judicial Power and the Balance of our Constitution**. Londres: Heron, Dawson and Sawyer, 2018

G1. Cartilha editada pelo Ministério da Saúde diz que 'todo aborto é crime' e defende 'investigação policial'. **G1**, Rio de Janeiro, 08 jun 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/saude/noticia/2022/06/08/cartilha-editada-pelo-ministerio-da-saude-diz-que-todo-aborto-e-crime-e-defende-investigacao-policial.ghtml>. Acesso em: 30 nov. 2022.

GARAU, M.G.R.; MULATINHO, J.P.; REIS, A.B.O. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 191-206, 6 jun. 2015. Doi: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3108>. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3108>

GREEN, C. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, 27 maio 2009, p. 1209-1216. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410728. Acesso em 30 out. 2022.

KMIEC, K.D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004. Doi: <http://dx.doi.org/10.2307/3481421>. <https://doi.org/10.2307/3481421>

LIMA, F.R.S; VILLAS BÔAS FILHO, O. Separação dos poderes e complexidade social - uma releitura sistêmica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba / Universidade Federal do Paraná, v. 5, n. 1, p. 189-220, 1 jan. 2018. Doi: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i1.56247>. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.56247>

MACHADO, J.S. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2008. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Doi: <https://doi.org/10.17771/PUCRio.acad.14081>. Acesso em: 30 out. 2022. <https://doi.org/10.17771/PUCRio.acad.14081>

MAGALHÃES, E.H.C. **Tripartição dos poderes**: a estrutura dos poderes do estado democrático de direito brasileiro, adotado pela constituição federal de 1988. 2019. 72 f. Curso de Direito Constitucional, Universidade de Caxias do Sul, Canela, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/6618/TCC%20Eduardo%20Henrique%20Cortese%20Magalhaes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 out. 2022.

MONTESQUIEU, C.L.E. **O espírito das leis**: as formas de governo, a deferação, a divisão dos poderes. 8. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2004.

POTTIER, E.. **L'Internationale**. Paris: 1871.

RAMPAZZO, L. **Metodologia científica**: para alunos dos cursos de graduação e pós-graduação. São Paulo: Loyola, 2002.

SCHLESINGER JR., A.M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. 35, n. 1, 1947.

SILVA, J.A. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, jul./set. 1988.
<https://doi.org/10.12660/rda.v173.1988.45920>

TEIXEIRA, A.V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 037-057, jun. 2012. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322012000100002>.
<https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>

VIARO, F.A.N. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. In: DE PRETTO, R.S.; KIM, R.P.; TERAOKA, T.M.C. **Interpretação constitucional do Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2017, p. 231-253. Disponível em:
<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945>. Acesso em: 30 out. 2022.

**Correspondence address:**

Rennan Faria Kruger Thamay
Faculdade Autônoma de Direito – SP, Brasil E-mail: rennan.thamay@hotmail.com

Enviado para submissão:
12/05/2023

Aceito após revisão:
04/09/2023

Publicado no Fluxo Contínuo
19/09/2023

NOTA DO EDITOR:

A revista foi migrada do portal '<https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/>' para o portal '<https://direitocontexto.com.br/>' em Julho/2024. Os artigos foram reformatados e republicados.

EDITOR'S NOTE:

The magazine was migrated from the 'https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/' portal to the 'https://direitocontexto.com.br/' portal in July/2024. The articles were reformatted and republished.

NOTA DEL EDITOR:

La revista fue migrada del portal 'https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/' al portal 'https://direitocontexto.com.br/' en julio/2024. Los artículos fueron reformateados y republicados.