

**O LIMITE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E OS ASPECTOS
FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL/ *The
Limit of Performance of The Judicial Power Favorable and Unfavorable Aspects of Judicial
Activism In Brazil.***

*Indianara Bastos Garcia de Mattos e
Carina Leite de Lima^{*1*2}*

SUMÁRIO: *1. Introdução. 2. Da Separação dos Três Poderes. 2.1 Poder Legislativo. 2.2 Poder Executivo. 2.3 Poder Judiciário. 3. O Limite da Atuação do Poder Judiciário no Brasil. 4. Origem e Conceito do Ativismo Judicial. 5. Os Aspectos Favoráveis e Desfavoráveis do ativismo Judicial. 6 Considerações Finais. Referências.*

RESUMO: O presente artigo aborda a importância do respeito ao exercício da função legislativa, administrativa e judiciária em nosso ordenamento jurídico, apresentando a recepção teórica do conceito do ativismo judicial e sua origem no Brasil, sobretudo, nas circunstâncias em que o judiciário age legislativamente, usurpando dessa forma um poder que não lhe é atribuído, causando a instabilidade no ordenamento jurídico. Serão analisados os aspectos favoráveis e desfavoráveis do ativismo judicial no ordenamento jurídico, por meio da conceituação e definição lastreado na doutrina pátria acerca das funções de cada poder, relatando a importância e a característica de cada instituto. A metodologia aplicada para a

¹ * Trabalho de Conclusão do Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientado pelo Professor Ramonn Luiz Silva Domingues.

² * Acadêmicas do Curso de Direito no Centro Universitário Integrado de Campo Mourão – PR. E-mail: carinaleitte96@gmail.com; indianarabastos@hotmail.com.

construção do presente artigo foi à dedutiva por meio da revisão bibliográfica em obras especializadas, artigos de internet e revistas científicas.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial, Consequências, poder legislativo.

***ABSTRACT:** This article addresses the importance of respect for the exercise of the legislative, administrative and judicial function in our legal system, presenting the theoretical reception of the concept of judicial activism and its origin in Brazil, especially in the circumstances in which the judiciary acts legislatively, usurping this forms a power that is not attributed to it, causing instability in the legal system. The favorable and unfavorable aspects of judicial activism in the legal system will be analyzed, through the conceptualization and definition based on the national doctrine about the functions of each power, reporting the importance and characteristic of each institute. The methodology applied for the construction of this article was the deductive one through bibliographic review in specialized works, internet articles and scientific journals.*

***KEYWORDS:** Judicial activism, Consequences, legislative power.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo dedica-se à analisar as questões favoráveis e desfavoráveis em relação ao ativismo judicial no Brasil e, também, seu surgimento. Trata-se justamente de um ponto central atual. Destina-se a compreender a importância de distinguir a judicialização da política do ativismo judicial. A figura do juiz inerte, que atua sob exclusiva provocação, tem sido revista, sobretudo em estados democráticos de direito, em relação aos quais, embora existam poderes harmônicos e independentes, o sistema de freios e contrapesos se socorre da atuação ativa judicial, a fim de reestabelecer o predomínio e império da lei, as tutelas positivas de direitos fundamentais, direitos de terceira dimensão, e, sobretudo, excessos do poder executivo, quem, no exercício da administração pública, cumpre a lei segundo os critérios genéricos de conveniência e oportunidade.

Desse modo, surgem questionamentos de decisões e atuações de juízes, contemporâneas, cujos conteúdos ou fundamentos, segundo estes questionamentos, também afetam a gestão política, ou o exercício da função legislativa, uma vez que, indiretamente, estas decisões podem exceder à aplicação da lei, no exercício da atividade jurisdicional, função típica do poder judiciário, atribuindo às decisões, caráter ilimitado.

Segundo o que se discute, o ativismo judicial pode direcionar e reduzir o exercício dos demais poderes, uma vez que o pressuposto, ou fundamento, é o controle de constitucionalidade das leis, atos normativos ou decretos, e, nesse aspecto, não encontram limitações.

Por outro lado, tem-se que verdadeiros abusos, podem ser combatidos, a partir ou alicerçado no propósito de alcançar o interesse público, enquanto ou durante o exercício do poder administrativo ou legislativo, oportunidade em que, precisas atuações judiciais, nas mais variadas instâncias, servem para reparar iniciativas que, a todo o momento, do início ao fim, expressam desvio ou abuso de poder.

2. DA SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES

A ideia de separação de poderes surgiu desde a filosofia ensinada por Aristóteles (2000, p. 206), que defendia a pluralidade de autoridades formando um estado:

Por constituição entendo a organização das várias autoridades, e em particular da autoridade suprema, que está acima de todas as outras. Mas é preciso deixar claro que, em todos os casos, o corpo dos cidadãos é soberano; a constituição é a soma total da politeuma.

A pluralidade dentro do estado foi desenvolvida através do tempo, sendo abordada por outros pensadores, como John Locke, que inspirou as obras de Montesquieu, o filósofo conhecido como pai da teoria da separação dos poderes.

Para Locke, o estado tinha como base a sociedade, devendo representar a igualdade e a liberdade de seus membros, respeitando as leis naturais, onde a sociedade escolheria seus representantes para legislar sobre essas leis, e um juiz natural para aplicar essas leis.

Dessa forma, todo o poder emanaria do povo, pois escolheria os legisladores e os juízes imparciais para aplicar as leis. Nesta premissa, surgiu a Teoria da Separação dos Poderes, conforme se extrai da obra “O Espírito das leis”, com base nas ideias de Aristóteles e de John Locke.

Diferente dos antecessores, MONTESQUIEU (2000, p.167-168) dividia o estado em três:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se

que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. **Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.**

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

A divisão de poderes continuou a ser estudada, NASCIMENTO (1995, p. 34) leciona:

O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar.

Em todo caso, todos os pensadores chegavam a mesma conclusão, um estado justo e forte precisava ser plural. Sem a divisão de forças, sempre haveria um estado tirano ou injusto.

Por esta razão, a constituição federal de 1988, positivou a divisão dos poderes através do artigo 2º, como independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

2.1 DO PODER LEGISLATIVO

O Poder Legislativo encontra respaldo no artigo 44, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e é exercido pelo Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

Esse sistema bicameral foi pensado por Kelsen (1958, p. 354) para assegurar a democracia:

O sistema unicameral parece corresponder mais intimamente à ideia da democracia. O bicameral, típico da monarquia constitucional e do Estado federal, é sempre uma atenuação do princípio democrático. As duas câmaras

têm que ser formadas de acordo com princípios diversos, a fim de que uma delas não seja a supérflua duplicação da outra. Se uma delas é perfeitamente democrática, à outra tem que faltar-lhe em alguma medida esse caráter.

A câmara é composta por 513 deputados, todos eleitos pelo povo, com mandatos de 4 (quatro) anos, sendo proporcional a quantidade de deputados por população de cada estado.

No senado, são eleitos três senadores de cada estado, com mandatos de 8 anos, no total, o senado é composto por 81 parlamentares. A função natural da câmara é legislar, porém ela também exerce controle sobre o judiciário, deliberando sobre as propostas legislativas, conforme artigo 48 da Constituição Federal de 1988.

O controle sobre o poder Judiciário também é exposto através do artigo 58 da Constituição Federal (1988):

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de

investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

O poder das comissões parlamentares pode ser categorizado como poder de fiscalizador dos demais poderes.

Esse mesmo controle também pode ser exercido sobre o poder executivo. Com as mesmas ferramentas para fiscalizar atos ou orçamentos, através de comissões investigativas, ou simplesmente derrubando os vetos ou negando os decretos presidenciais.

2.2 DO PODER EXECUTIVO

Já o poder executivo encontra amparo legal entre os artigos 76 a 91 da Constituição federal de 1988, atribuindo ao poder executivo a administração do estado, como poder de

escolha sobre o orçamento e execução dos deveres estatais, como garantir educação, saúde e segurança a todos. (LENZA, 2013).

O poder executivo é dividido entre a união, os estados e os municípios, tendo como cargo máximo de representação o presidente, os governadores e os prefeitos, respectivamente.

O poder executivo também possui o poder sobre os demais poderes, como forma de contrapeso, exercendo de forma mais comum o veto, para controlar o poder legislativo, também podendo fiscalizar as decisões tomadas pelo legislativo.

No que diz respeito ao veto presidencial, essa possibilidade se consagra como importante instrumento de controle do exercício do poder legislativo do Congresso, que, como disse Montesquieu, permite ao Presidente da República prevenir possíveis abusos no processo legislativo, na doutrina “se o Poder Executivo não tiver direito de frear as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico. Porque, podendo atribuir-se todo poder imaginável, aniquilará os demais poderes” (MONTESQUIEU, 1994, p. 174)

Já em relação ao poder judiciário, o chefe do poder executivo pode realizar veto as propostas legislativas ou conceder indultos aos condenados pelo judiciário, conforme artigo 84 da Constituição Federal. Também podendo propor ação declaratória de constitucionalidade em face de discussões judiciais.

2.3 DO PODER JUDICIÁRIO

Por fim, do poder judiciário, que naturalmente é incumbido de resolver os litígios da sociedade, aplicando as leis e verificando a legalidade dos atos praticados por todos os cidadãos, inclusive daqueles membros dos outros poderes.

Cabendo também ao poder judiciário a fiscalização dos demais poderes, em defesa da constituição federal, defendendo a lei maior tanto internamente nos próprios tribunais, como também nas demais esferas do estado, seja na câmara legislativa, seja no palácio no planalto.

O judiciário sempre é invocado para fiscalizar os atos dos demais poderes, para verificar a legalidade destes, também devendo agir sempre que haja uma omissão de direitos, ou que algum dos poderes esteja ferindo a lei.

Já como função secundária, como o judiciário atua diretamente nos litígios aplicando a lei, cabe ao julgador legislar sempre que a lei é omissa, podendo usar de parâmetro a lei existente que mais se assemelhe ao caso concreto.

Para Hans Kelsen, o juiz não é apenas aquele que aplica a lei, mas é aquele que a interpreta para cada caso (1987, p.21):

O chamado “juízo” judicial não é, de forma alguma, tampouco como a lei que aplica, um juízo no sentido lógico da palavra, mas uma norma individual, limitada na sua validade a um caso concreto, diferentemente do que sucede com a norma geral, designada como “lei”.

Em outras palavras, o poder judiciário também pode ser chamado de poder decisório, devido ao poder de interpretar a lei, para que melhor de adegue a cada caso.

Com relação ao sistema de freios e contrapesos, Pinho (1961) indica que os poderes devem possuir equilíbrio entre si, nas mesmas formas de governo de Aristóteles a origem do sistema de freios e contrapesos.

O poder judiciário também exerce influencia sobre o legislativo, não só legislando em caso de omissão, mas também tem um poder muito semelhante ao poder do veto presidencial, podendo suspender a eficácia de uma lei caso esta seja inconstitucional, ou seja, contrária a outra lei já existente.

O conflito entre leis federais é resolvido perante o Superior Tribunal de Justiça, a constitucionalidade é verificada pelo Supremo Tribunal de Federal, alguns exemplos são: constitucionalidade ação direta de inconstitucionalidade – ADIN vide art. 102, I, “a”, a ação declaratória de constitucionalidade – ADECON, vide § 1º, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF vide art. 103, § 2º, ADIN.

O controle do Poder Judiciário é exercido em relação ao Executivo – Sobre os exemplos deste controle, reportamo-nos, também, ao Controle De Constitucionalidade, em especial às observações do item anterior, esclarecendo que se o Poder Executivo concorre para a inconstitucionalidade, através da sanção da norma, figurará no polo passivo da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade).

Nesta abordagem do controle de freios e contrapesos, já começamos a ver alguns indicadores de ativismo judicial, seja na oportunidade de legislar em casos de omissão, ou interpretar as leis que sejam dúbias, ou ainda revogar a eficácia de uma lei.

Para Montesquieu (2000), esse ativismo não é necessariamente prejudicial, pois só existe na omissão do poder legislativo, e resolvendo litígios, caso o poder legislativo cumpra seu papel, não haveria a necessidade de o poder judiciário atuar de forma ativista.

Com relação ao poder executivo, o poder judiciário também exerce influência, pois os atos do executivo também estão sujeitos a análise constitucional, podendo qualquer ato ser anulado através de uma ADIN.

O §2º do artigo 103, permite ao poder judiciário que obrigue os demais poderes a se adequarem a suas decisões, pois explicitamente permite ao judiciário obrigar outro poder a se adequar quando violar a constituição federal.

3. O LIMITE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

O ativismo judicial se alastra na discussão da insegurança jurídica, baseado na maior parte do entendimento doutrinário de afronta ao princípio da inércia da jurisdição, tendo em vista a expansiva atuação do Poder Judiciário, em decorrência das lacunas existentes deixados pelo legislador (LEAL, 2011, p. 228).

Em uma análise histórica, denota-se que os direitos fundamentais sempre existiram em nosso ordenamento jurídico. No entanto, os direitos fundamentais tendem a se modificar com o passar do tempo, dado o desenvolvimento da sociedade. Ou seja, um mesmo direito de 20 anos atrás pode ser considerado diferente nos dias atuais (SILVA, 1993, p. 166).

Conforme destaca Oliveira (2017):

Deste modo, é correto afirmar que o ativismo judicial não possui limites temporais, decerto sempre estará presente ante a modificação do Direito e a morosidade dos poderes políticos.

Tanto o Executivo, quanto o Legislativo, são poderes por excelência. Ocorre que, diante da excessiva demanda pelos cidadãos, em relação aos direitos sociais e fundamentais, há

uma morosidade na atuação destes poderes, expandindo a atuação do Poder Judiciário nestes casos (LUSTOZA, 2015).

Neste mesmo diapasão, Silva (2019) explica o entendimento de Lustosa (2015):

Lustosa (2015) refere que o fenômeno do ativismo não pode dar ao Judiciário um crescimento ilimitado em detrimento dos demais Poderes. Muitas vezes, o magistrado não é o profissional mais capacitado para se imiscuir em determinadas questões, devendo ser deferente com as escolhas legislativas ou a atuação discricionária da administração, desde que ambas sejam razoáveis.

Os estudiosos têm registrado que os limites são inúmeros, ao procederem a análise da possibilidade de intervenção dos magistrados nos atos normativos que implementam as políticas públicas, entre eles, uma possível intervenção descabida, e, portanto, antidemocrática, nos critérios subjetivos dos agentes políticos eleitos exatamente para viabilizar as tais políticas de lastro constitucional através de mecanismos eleitos em seus programas governamentais.

Conforme o entendimento de Leite (2014, p. 110), o Brasil carrega um modelo histórico de autoritarismo, no qual tem vivenciado o absolutismo, o coronelismo e o patrimonialismo. Como consequência, o ativismo judicial, em grande parte da doutrina, entende-se como um aspecto desfavorável, porque teme-se que o Judiciário incorra no autoritarismo.

De fato, há uma sobreposição do Poder Judiciário em relação às outras esferas – Poder Executivo e Legislativo –, o que fere a separação dos poderes, conforme previsto na Constituição Federal.

Ainda, conforme enfatiza Oliveira (2017):

Muitas vezes, o magistrado não é o profissional mais capacitado para se imiscuir em determinadas questões, devendo ser deferente com as escolhas legislativas ou a atuação discricionária da Administração, desde que ambas sejam razoáveis (LUSTOZA, 2015).

Assim, entende-se pela necessidade de atuação do Judiciário dentro dos seus limites, a fim de evitar riscos para a legitimidade democrática. Os três poderes devem agir mutuamente, sem a existência de hierarquia, sendo que o contrário poderá acarretar um desequilíbrio da relação entre os mesmos. Deve-se, ainda, preservar a competência política do Legislativo e do Executivo, tendo em vista que os seus membros foram eleitos pela e para representar a maioria.

4. ORIGEM E CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

A origem do ativismo judicial se dá nos Estados Unidos, no ano de 1947, quando o historiador Arthur Schlesing Jr. utilizou este termo pela primeira vez no artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, vol. 35, nº 1, no mês de janeiro de 1947. Considera-se, portanto, os Estados Unidos como o berço do termo “ativismo judicial”. (CAMPOS, 2016, p. 63).

Campos (2016) ainda enfatiza que o historiador estadunidense classificou os juízes da suprema corte, nomeados pelo ex-presidente Roosevelt, em: (i) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – *Justices Black e Douglas*; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – *Justices Murphy e Rutledge*; (iii) juízes campeões da autorrestrrição – *Justices Frankfurter, Jackson e Burton*; e (iv) juízes que representariam o equilíbrio de forças (*balance of powers*) – *Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed*.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso (2009), o ativismo judicial possuía, em um primeiro momento, natureza conservadora, mas, com a atuação da Suprema Corte Americana, passou a ter natureza progressista, dada a jurisprudência progressista da casa em relação aos direitos fundamentais.

No Brasil, o tema “ativismo judicial à brasileira” foi empregado pela primeira vez por Veríssimo (2008, p. 415):

O fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria, por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o caso brasileiro anômalo é o fato de essa corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente, uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo “à brasileira.

Dessa forma, o termo continuou a ser utilizados nos demais países, dentre eles o Brasil, e remonta até os dias de hoje.

Nesta linha de raciocínio, Barroso (2014, p. 533) conceitua o ativismo judicial:

O Ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e o seu alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Ainda, esta mesma fonte aponta algumas condutas que podem ser consideradas ativistas, quais sejam, (a) a aplicação direta da Constituição em situações não expressas em seu texto, independentemente da manifestação do legislador ordinário; (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, baseando-se em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição, e (c) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas.

Não obstante, conforme Oliveira leciona (2017):

Para muitos, ativismo se trata de o Judiciário promover o atendimento das demandas da população que deveriam receber a devida atenção do Executivo e do Legislativo, mas não o fazem, nascendo essa necessidade de o julgador se inserir socialmente e agir positivamente como válvula para legitimação dos mandamentos constitucionais.

O cidadão leva o Poder Judiciário a judicializar determinada questão que não foi resolvida nem pelo Poder Executivo e nem pelo Poder Legislativo, de modo que o magistrado, ao analisar a ação, terá de tomar uma atitude, esta intensa e expansiva em relação à Constituição, que é o que intitula o ativismo propriamente dito.

Entende-se, portanto, que há uma atitude mais retraída do Poder Judiciário, quando for a intenção mais conservadora, não invadir as demais esferas – Poder Executivo e Legislativo. Portanto, o magistrado, quando nota determinada lacuna na legislação, supre-a de forma a expandir os direitos fundamentais e os demais previstos na Constituição, e, conseqüentemente, expandindo o poder do magistrado. Desta forma, o Poder Judiciário se faz como última alternativa, podendo acarretar o desequilíbrio da relação entre os três poderes, sem a existência de hierarquia e cada um destes possuir a própria independência (FELLET et al., 2011, p. 13).

Assim, há a necessidade de haver um equilíbrio entre dilemática questão entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo em vista a letargia da matéria dos dois primeiros e a atuação deste último para cumprir os anseios da sociedade em relação aos direitos fundamentais descritos na Carta Magna.

5. OS ASPECTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS DO ATIVISMO JUDICIAL

Atualmente o tema ativismo judicial tem sido questões de debate em nosso ordenamento jurídico, sendo este, uma forma de atuação ativa do poder judiciário frente as questões que envolve decisões e temas inerentes aos outros dois poderes, o Legislativo e Executivo.

Após a análise crítica do fenômeno e no contexto o qual ele se insere no tema, constatamos que embora nossa constituição federal seja ampla em seu regulamento, no entanto, não existe leis específicas que trata de cada assunto, desse modo, para que não haja nenhum tipo de lesão ao direito, o poder judiciário usa como parâmetro leis semelhante aquela situação para resolver conflitos que não existe lei que o regulamenta.

Ocorre que não há consenso no mundo jurídico sobre o ativismo judicial, portanto, possui duas faces: os aspectos favoráveis e desfavoráveis.

Um grande exemplo de decisões ativista de forma positiva, foi prolatada pelo STF, que reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo, senão vejamos:

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 ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ ENTIDADE FAMILIAR” E “ FAMÍLIA” . A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades

domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “ entidade familiar” , não pretendeu diferenciá-la da “ família” . Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “ entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “ do regime e dos princípios por ela adotados” , verbis: “ Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” .

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

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

Desta forma, foi usado como parâmetro a lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 1.723, que visa o reconhecimento como entidade familiar a união estável entre homem e mulher com o objetivo de constituição de família, tendo como base direitos fundamentais previsto em nossa constituição, sendo assim, visando reforçar o ensejo da referida decisão, João Agnaldo Donizete Gandini, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza, leciona que:

Um dos argumentos relacionados com a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário é a de que tal medida fere de morte o princípio da separação dos poderes, argumento este com o qual, diga-se de passagem, não concordamos. Explica-se. A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes. Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.

Sendo assim, o ativismo judicial observando seus limites em casos que demanda de uma atitude ativista, resguarda os direitos previsto em nossa constituição, visando o direito de igualdade para todos, mesmo em casos não expresso em lei.

Por outro lado, o tema ativismo ainda é visto de forma negativa, pois, ainda que em casos específicos onde requer resposta do judiciário quanto as questões tratadas em nosso ordenamento, é concluída sobre o conteúdo da decisão ativista, e não sobre a decisão em si.

Conforme o site do STJ (2017):

Saldanha Palheiro defendeu a tese de que o ativismo judicial sem parâmetros gera um cenário de insegurança jurídica, pois, “em alguns casos, há causas sobre o mesmo tema, no mesmo estado da federação, sendo julgados de maneiras distintas, a depender da vara que as analisa.

Entende-se que a mesma é prejudicial à democracia, haja vista a lacuna que permite a imposição das preferências dos magistrados não eleitos, sobrepondo-se às deliberações do legislador.

Daniel Souza Sarmiento (2007, p. 33) assevera que:

Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das

idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Sendo assim, diante da omissão legislativa e da intromissão do poder judiciário em conformidade com este entendimento Geórgia Lage Pereira Carmona traz que:

(...) a crítica se funda na alegação de que o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgir-se contra os atos instituídos pelos poderes eleitos pelo povo. Assim, o Poder Judiciário, com seus membros não eleitos, não poderia demudar ou arrear leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular. Este poder não teria legitimidade para isso. É o que se chama de desafio contramajoritário, interferindo diretamente no poder regulatório e ferindo o princípio da separação dos poderes. Ou seja, onde estaria, a sua legitimidade para proscreever decisões daqueles que desempenham mandato popular, que foram escolhidos pelo povo. (CARMONA, 2015).

Assim, traduz-se em uma insegurança jurídica, tendo em vista a invasão de outras esferas do poder, ferindo a separação dos poderes – conforme previsto na Constituição Federal –, e a ausência de garantia de que o judiciário não continuará a declarar leis inconstitucionais, frente à interpretação de outros princípios, e, como consequência, o povo fica à mercê exclusiva do judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, na doutrina, não há um consenso a respeito do ativismo judicial, e, portanto, o termo possui duas faces: os aspectos favoráveis e desfavoráveis. Mas, em qualquer um dos casos, importante salientar a necessidade de observância da Carta Magna, que preceitua a separação dos três poderes, sem que haja sobreposição do Poder Judiciário em relação ao Legislativo e ao Executivo.

Não obstante, a democracia traduz-se pelo equilíbrio entre os três poderes e deve preservar a mútua atuação entre os mesmos, apesar de haver uma morosidade por parte do Legislativo e do Executivo, o que acarreta na atuação do Judiciário, para interpretar e decidir, unicamente, os direitos fundamentais.

De fato, há lacunas deixadas pelo legislador, mas isto não atribui ao Poder Judiciário um crescimento ilimitado, sobrepondo-se aos demais poderes. O magistrado deve atuar com razoabilidade, sem exceder os seus limites, e ainda, considerar cada situação em específica e

saber se deve atuar de modo ativista e a legislação ser reinterpretada, ou se deve aguardar que os demais poderes o façam.

Não há dúvidas de que estas lacunas sempre existirão. Por todo o exposto, há a necessidade de haver a atuação política do julgador, a fim de inovar soluções que ainda não foram concebidas pelo legislador, evitando-se a insegurança jurídica e ferir o princípio da separação dos três poderes.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Política. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista de Direito do Estado, n. 16, out./dez. 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 60, abril./jun. 2016. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf>. Acesso em: 19 out. 2022.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

KELSEN, Hans, **Teoria Geral de Direito e do Estado**, 5ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 2ª. Ed, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1987

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Ativismo judicial e déficits democráticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional**. São Paulo: LTr, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**. Curitiba: Editora Íthala, 2015, pp. 239-252.

MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo Judicial: o que é, histórico e exemplos**. Aurum, 2019. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>>. Acesso em: 24 out. 2022.

MONTESQUIEU, **Do espírito das leis**, São Paulo: Saraiva, 2000.

NASCIMENTO, Ricardo de Castro. **Divisão de poderes: Origem, Desenvolvimento e Atualidade**. PUC-SP, São Paulo, 2017.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. **Ativismo Judicial: Qual o limite do poder judiciário? RKL Advocacia**, 2017. Disponível em: <<https://www.rkladvocacia.com/ativismo-judicial-qual-o-limite-do-poder-judiciario/#comments>>. Acesso em: 24 out. 2022.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Ativismo judicial: para quem e por quê?** Migalhas, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>>. Acesso em: 24 out. 2022.

SARMENTO, Daniel Souza. l(org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SERRA, Juca Almeida Formigli. **A legitimidade do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Faculdade Baiana de Direito, 2015. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Juca%20Almeida%20Formigli%20Serra.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2022.

SILVA, Hygor Farias. **Ativismo Judicial como assegurador de direitos fundamentais sociais, frente à inércia e a omissão dos poderes executivos e legislativos, sob a ótica dos direitos à educação e à saúde.** 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/14274/1/HFS02052019.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2022.

SILVA, Vanessa Jéssica Mansur. **Direito Constitucional. Conteúdo Jurídico, 2019.** Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52639/a-evolucao-do-ativismo-judicial-o-papel-do-judiciario-como-legislador-positivo>>. Acesso em: 24 out. 2022.

SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira.** Imprensa: Niterói [s.n.], 1961.

STJ. **As consequências do ativismo e a independência do juiz em debate no STJ.** STJ, 2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-12-04_18-02_As-consequencias-do-ativismo-e-a-independencia-do-juiz-em-debate-no-STJ.aspx>. Acesso em: 24 out. 2022.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira.** Revista Direito GV, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 407-440, 2008.