

# **O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

## **JUDICIAL ACTIVISM THE FEDERAL SUPREME COURT**

Arthur Bezerra de Souza Junior<sup>1</sup>

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho analisa os motivos que levaram ao surgimento e desenvolvimento do ativismo judicial, precipuamente, pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário e responsável pela guarda e interpretação da Constituição. Para tanto se estudam os contornos traçados pelo Texto Constitucional para atividade judicial em face dos princípios constitucionais. Também se examina com acuidade as modificações trazidas pela Emenda à Constituição n. 45/04, responsável pela Reforma do Poder Judiciário. De igual modo estuda-se a abrangência e os limites do ativismo judicial, bem como a legitimidade dessa atividade dentro de um Estado Democrático de Direito e em face do princípio da separação dos poderes previsto na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: ativismo judicial; Supremo Tribunal Federal; Separação de poderes.

### **ABSTRACT**

This paper analyzes the causes that led to the emergence and development of judicial activism, primarily, by the Supreme Court, court of the Judicial Branch and responsible for the safekeeping and interpretation of the Constitution. To this end we study the contours outlined by the Constitutional Text for judicial activity in the face of constitutional principles. It also examines acuity changes brought about by n Amendment to the Constitution. 45/04, responsible for the Reform of the Judiciary. Similarly studies the scope and limits of judicial activism, as well as the legitimacy of this activity within a democratic state and in the face of the principle of separation of powers enshrined in the Constitution of 1988.

Keywords: judicial activism; Supreme Court; Separation of powers.

---

<sup>1</sup> Mestrando do programa de mestrado em Direito na área de concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade da Universidade Nove de Julho.

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE e Coordenadora do curso de Direito da UNINOVE. Membro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Conselho de Estudos Avançados da FIESP (CONSEA).

## INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um fenômeno recente no sistema judicial brasileiro e que se faz sentir mais significativamente no Supremo Tribunal Federal. Corresponde a uma atuação criativa dos julgadores, buscando uma nova hermenêutica para produzir suas decisões com o intuito de conferir efetividade aos direitos constitucionalmente consagrados, principalmente, em caso de omissão dos poderes que detém a função primeira de regulamentá-los.

As omissões dos Poderes Legislativo e Executivo no que tange às suas funções constitucionalmente previstas acabam por suscitar uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário. Nesse particular, ao suprir tais omissões, as decisões do Poder Judiciário acabam, em alguns casos, por extravazar seus limites e ingressar no campo da criação legislativa e da realização de políticas públicas.

Os Poderes Legislativo e Executivo atualmente vivem uma crise institucional e democrática, furtam-se, muitas vezes, das suas funções constitucionalmente consagradas, gerando assim descrédito em toda a sociedade brasileira.

Em face dessa circunstância não pode o Poder Judiciário se manter omissivo quando provocado, precipuamente, o Supremo Tribunal Federal que é o guardião da Constituição. Atualmente, é nítida a transferência para Supremo Tribunal Federal da competência para se manifestar sobre temas de extrema relevância para o País, como por exemplo, pesquisas sobre células-troco, relações homoafetivas, demarcação de terras indígenas, dentre outras.

Contudo, críticas e questionamentos surgem em razão do desenvolvimento do ativismo judicial. Dentre as críticas formuladas, destaca-se principalmente a de que esse fenômeno, principalmente, quando levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal fere a tripartição dos poderes expressa no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Por outra banda, questiona-se igualmente a circunstância de o Supremo Tribunal Federal não se manifestar em face das omissões dos outros Poderes Públicos, a desta maneira não conferir efetividade as normas constitucionais.

Como Guardiã da Constituição, não seria permitido ao Supremo Tribunal Federal deixar de zelar pelo respeito às normas constitucionais. A necessidade de manifestação do Poder Judiciário acerca de certas questões decorre da própria judicialização da política levada a efeito pela Constituição Federal de 1988.

Busca-se aqui examinar as razões que permitiram o surgimento e o desenvolvimento do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto se examina os contornos fixados pela Constituição para atuação do Poder Judiciário, bem como as recentes alterações constitucionais e legislativas que incluíram instrumentos que aperfeiçoaram a justiça constitucional, possibilitando assim adoção de novas técnicas de decisão pelo Supremo Tribunal Federal. De igual modo examina-se, em que medida o ativismo judicial pode ensejar uma violação ao princípio da separação dos poderes e do próprio Estado Democrático de Direito.

## 1. O ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos com a publicação do artigo intitulado “The Supreme Court:1947” na Revista *Fortune*, no ano de 1947 de autoria do jornalista Arthur Schlesinger Jr<sup>3</sup>.

Na ocasião, o referido jornalista dividiu os juízes da Suprema Corte Americana em “Ativistas” e de “Auto Contenção”. Explicou que os ativistas propendiam em usar seu poder de julgar, ou melhor, para efetivar o que entendiam sobre justiça social. Já os juízes denominados de auto-contenção preocupavam-se mais com a forma, com o conservadorismo que a legislação impunha.

Em reação ao termo criado e utilizado, Craig Green debate Schlesinger afirmando que o autor do termo não se embasou em razões sólidas para levar a efeito sua classificação e que seu intento era basicamente o de atacar pessoalmente os juízes da Suprema Corte Americana. Verifica-se, que a classificação levada a efeito pelo referido jornalista considerou mais aspectos políticos do que jurídicos, uma vez que ele não possuía conhecimento jurídico para tanto, nem esse era o intuito precípuo do artigo publicado. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos pontualmente declara que:

(...) a discussão sobre ativismo, como se constata nos Estados Unidos, desloca-se mais para o plano da filosofia política, sendo a indagação central a legitimidade do Poder Judiciário, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Cf. TOURINHO LEAL, *Ativismo ou Altivez?* Minas Gerais: Fórum, 2010. .

<sup>4</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos* – São Paulo: Saraiva, 2012, p.40.

O ativismo judicial nos Estados Unidos é caracterizado pela interferência do Poder Judiciário nas questões puramente ligadas às políticas públicas. Porém, verifica-se, que outras questões são levantadas naquele País quando trazida a tentativa de sua conceituação. Richard W. Garnett elenca outra hipótese: “o termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão.”<sup>5</sup>

Consoante o conceito de Richard W. Garnett, o termo ativismo judicial é utilizado politicamente com o fulcro de denegrir decisões emanadas das Cortes as quais contrariam as vontades políticas. Vê-se, nesse caso, a sutil ligação entre atividade política e decisões que contrariam essas atividades. Portanto, o ativismo judicial nos Estados Unidos da América compreende precipuamente as decisões que invadem a esfera de políticas públicas.

O ativismo judicial surgiu e se desenvolveu nos Estados Unidos. Contudo, esse fenômeno se expandiu para outros Países, dentre eles, o Brasil. Ainda sim, a conceituação de ativismo judicial continua gerando calorosos debates acadêmicos, tendo em vista o princípio da separação dos poderes.

O termo ativismo judicial não encontra consenso na doutrina brasileira. Para Paulo Gustavo Gonet Branco:

As referências ao que se tem designado como *ativismo judicial* refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus contornos. Nem mesmo se encontra um consenso em torno de saber se refere a uma atitude desejável ou negativa. O risco disso está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e a julgar instituições e a formar opiniões políticas sobre bases dissolventes da mistificação.<sup>6</sup>

A definição, por vezes, é carregada de calorosa paixão política e crítica e, na maioria das vezes, usada para combater posicionamentos ideológicos distantes das opiniões de seus autores.

---

<sup>5</sup> GARNETT, Richard W. *Debate: judicial activism and its critics*. University of Pennsylvania Law Review, 2006. v 155, p. 112.

<sup>6</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Texto não publicado, 2011, p. 2. – Extraído da dissertação de mestrado de Carolina Scherer Bicca, intitulada “*Ativismo Judicial*” no Controle das Políticas Públicas: O Caso da Assistência Social no Brasil.

Contudo, mister se faz conceituar o ativismo judicial, em virtude de sua relevante função na efetivação das normas constitucionais e principalmente dos direitos e garantias fundamentais. Mayra Marinho Miarelli e Rogério Montai de Lima observam que:

Por “ativismo judicial” entende-se o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do interprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.<sup>7</sup>

O ativismo judicial contradiz a ideia de um juiz que exerça a função apenas de “*bouche de la loi*”<sup>8</sup>, no qual o juiz ou tribunal deve apenas citar os preceitos contidos em textos legais, ou seja, a letra pura da lei. O ativismo judicial é a liberdade consciente e prudente, com respeito aos princípios constitucionais, dentre eles o da segurança jurídica, de criação dos tribunais pautada na interpretação legal e com o fulcro supremo na efetivação de direitos contidos na Constituição. Entende Elival da Silva Ramos que ativismo judicial é:

(...) o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).<sup>9</sup>

Em face da leitura do texto transcrito acima se observa que Elival da Silva Ramos ao contrário dos entusiastas do ativismo judicial, o admite com reservas e defende uma noção um tanto quanto pejorativa desse fenômeno interpretativo e judicante.

---

<sup>7</sup> MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, P. 34.

<sup>8</sup> Significa “Boca da Lei”.

<sup>9</sup> RAMOS, Elival da Silva, *Op. cit.*70.

Para o autor, a extrapolação das funções típicas do juiz, como a criação legislativa, representa uma agressão ao princípio da separação dos poderes, bem como decisões que interfiram diretamente na discricionariedade do Poder Executivo no tocante às Políticas Públicas são pontos negativos e passíveis de empreender a necessária preocupação. Desta forma, ativismo judicial poderia ser uma aberração jurídica, ao ponto de infringir o próprio princípio da segurança jurídica.

Todavia, para Luis Roberto Barroso,<sup>10</sup> o termo não se relaciona com o uso indevido do poder e sim em uma dimensão participativa e de busca mais profunda dos comandos constitucionais. Está devidamente ligada à ideia de ocupação de espaços vagos deixados pelo Legislativo.

A Constituição Brasileira possui tamanha carga axiológica que deixar de implementar seus ditames ou simplesmente desrespeitar direitos individuais gera seu incontestável desacato. E a já citada omissão legislativa acarreta o desrespeito dos princípios constitucionais, violando o próprio Estado Democrático de Direito.

A altivez judiciária nada mais representa do que a concretização dos valores contidos no Texto Constitucional brasileiro. É por meio de uma atuação mais presente e com o intuito de suportar as bases do Estado Democrático de Direito ao ponto de fazer valer a vontade do constituinte originário que as normas constitucionais se concretizam. Preleciona Luis Roberto Barroso que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] a ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos [...].<sup>11</sup>

O autor referido aponta para a necessidade do exercício do ativismo judicial, demonstrando ser uma saída plausível pela crise institucional instalada no Poder Executivo e no Poder Legislativo. Contudo, adverte não ser o ativismo judicial o

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89

remédio definitivo, mas sim uma medida de aplicação excepcional nos momentos de crise intensa. Acrescenta Luis Roberto Barroso:

Uma nota final: o ativismo, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder legislativo..<sup>12</sup>

Destarte, tem-se que o ativismo judicial no Brasil é assunto que gera polêmicas e controvérsias na doutrina. Contudo, sua aplicação no sistema brasileiro tem sido justificada, na grande maioria das vezes, pela necessidade de uma atitude mais enérgica e ativa dos tribunais com o intento de fazer valer os valores e preceitos contidos na Constituição Federal de 1988.

Sem sombra de dúvidas, desta discussão nascem alguns questionamentos, como por exemplo, se tal prática é legítima em nosso sistema jurídico.

## 2. O NEOCONSTITUCIONALISMO

O ativismo judicial tem o seu desenvolvimento diretamente relacionado com o neoconstitucionalismo, que nada mais é do que uma decorrência da própria evolução do Estado Democrático de Direito. Num primeiro momento tem-se o Estado Pré-Moderno, caracterizado pela “pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista e sua fundamentação.”<sup>13</sup>

Nesta época, não havia centralização do direito no ordenamento positivado. Várias eram as fontes como, por exemplo, os conselhos dos pensadores e juristas, as ordenações do Rei ou Imperador. Tamanha gama de fontes normativas deixava a desejar sobre a segurança jurídica abrindo campos contrários de interpretação.

Num segundo momento surge o Estado Legislativo de Direito, assentado no “monopólio estatal de produção jurídica e sobre o princípio da legalidade.”<sup>14</sup> Nesta fase, também denominada de positivismo, houve a concentração de produção jurídica na lei

---

<sup>12</sup> MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 63

<sup>13</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.101.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 97

escrita ou positivada. O que fugisse do que a lei determinava era considerado ilegal. Dessa forma engessou-se a interpretação legal, devendo o magistrado usar de critérios lógicos de subsunção de lei. A criação ou extensão interpretativa era considerada fora dos padrões do positivismo.

Por fim, nasce o Estado Constitucional de Direito, com o final da Segunda Guerra Mundial e tendo com traços característicos a subordinação do princípio da legalidade a uma Constituição rígida. Nesse sentido esclarece Luis Roberto Barroso:

A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais, se reconhece a imperatividade típica do Direito.<sup>15</sup>

Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhe determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos e, a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.<sup>16</sup>

Nota-se que, nesta nova fase do Estado Constitucional a lei infraconstitucional está intimamente ligada aos preceitos e mandamentos do Texto Constitucional. Fala-se, portanto, em vinculação criativa e interpretativa aos mandamentos e princípios da Constituição.

A análise dos princípios constitucionais fundamentam decisões, influencia a doutrina e traz uma nova realidade hermenêutica. Passam a coexistir no mesmo ordenamento jurídico o positivismo e os princípios, sendo que a questão axiológica passa a ter fundamental importância na atividade dos magistrados.

Após o fim da Segunda Grande Guerra, a humanidade ainda chocada com as atrocidades deste imenso confronto bélico, busca a religação do direito com os valores. No Brasil esse fenômeno se dá com a promulgação da Constituição de 1988, na qual traz consigo a judicialização da política e um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Elucida Daniel Sarmiento que “por outro lado, o neoconstitucionalismo

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 97

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 98

alenta um ideário humanista, que aposta na possibilidade de emancipação pela via jurídica, através de um uso engajado da moderna dogmática constitucional.”<sup>17</sup>

Os direitos e garantias fundamentais alcançam um *status* jamais imaginado nessa nova fase, sendo considerados a base da estrutura lógica e de coerência da Constituição. Para Daniel Sarmento:

Trata-se, portanto, de uma teoria otimista – ou naive, diriam os seus críticos -, que também não se compadece com o desencanto pós-moderno, profundamente descrente em relação à razão. Enquanto os pós-modernos criticam as “metanarrativas”, e buscam desconstruir as elaborações abstratas sobre as quais se fundou o Direito moderno – direitos humanos, liberdade, igualdade etc. – os neoconstitucionalistas insistem no aprofundamento do projeto político da Modernidade, de emancipação pelo uso da razão, através dos instrumentos do Direito Constitucional, sobretudo os direitos fundamentais.<sup>18</sup>

Nasce, assim, o neoconstitucionalismo como sustentáculo do ativismo judicial na medida em que impõem a necessidade de proteção aos princípios constitucionais, principalmente no tocante à efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Há presença de princípios no Texto Constitucional, em razão de sua abstratividade e generalidade trazem a oportunidade de aplicação de uma interpretação que vai além da simples letra da lei e prioriza a sua finalidade.

### **3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL**

O Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Poder Judiciário e responsável pela interpretação e guarda da Constituição. Tem-se que em virtude, sobretudo, dos efeitos das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam, *erga omnes* e vinculante, elas impactam todo o sistema jurídico do País. Nesse sentido, relevante se faz analisar se o Supremo Tribunal

---

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. in FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 56.

<sup>18</sup> SARMENTO, Daniel *Op. Cit.*, p. 57.

Federal adota o ativismo judicial em suas decisões. Para tanto é necessário inicialmente examinar algumas posições adotadas pelos Ministros em suas manifestações.

O Ministro aposentado Cezar Peluso ao ser questionado sobre o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal declarou que:

O Supremo sempre aponta para os interesses gerais da sociedade. Essa acusação de ativismo não é exclusiva da Suprema Corte do Brasil. Nos EUA, sérios problemas que deveriam ter sido resolvidos no plano legislativo, ou na área administrativa, só tiveram solução social satisfatória com a intervenção da Suprema Corte. Foi assim inclusive com o racismo. No Brasil lidamos com uma Constituição Analítica, bem diferente da Americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que poderiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: A Constituição de 88 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado, ele decide. Isso já foi chamado de “ativismo judicial a convite constitucional”, o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusações de partidarismo. Mesmo lidando com questões políticas, age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras cortes. Eu diria mais: quando decisões da Corte chama a atenção da opinião pública é porque as matérias tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como o aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direito dos homoafetivos.<sup>19</sup>

Consoante o posicionamento adota pelo Ministro aposentado Cezar Peluso Supremo Tribunal Federal não só é ativista como que tal postura é necessária para a concretização dos preceitos da Carta Magna ante sua politização e a omissão dos demais poderes.

Após longos anos sob o regime de exceção no Brasil, a Constituição Federal de 1988 veio instituir o Estado Democrático de Direito. O Texto Constitucional é bastante extenso e analítico, talvez em razão da ânsia de liberdade que imperava naquele determinado contexto histórico e político do País. Buscou-se com o intuito de proteger os cidadãos, a democracia e as instituições incluir no bojo da Constituição Federal os mais diversos temas. Nesse particular, houve uma judicialização de matérias políticas.

Contudo, uma vez constantes no Texto Constitucional, incumbe ao Supremo Tribunal Federal o dever constitucional de zelá-los e efetivá-los. Uma Constituição

---

<sup>19</sup> <http://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua>

inoperante e ineficaz não pode ser considerada uma Constituição zelada. E para não incorrer neste risco, o Supremo Tribunal Federal preenche os espaços deixados pelos demais poderes e zela pela Constituição da República, no momento que a torna efetiva. Todavia, a questão ganha novos contornos quando se está diante da proteção de direitos sociais constitucionalmente previstos e que, na maioria das vezes, implicam na elaboração e execução de políticas públicas. Em face da omissão dos outros Poderes nessa matéria, o Supremo Tribunal Federal quando provocado torna efetivos tais direitos adentrando na seara dos demais Poderes e se utilizando do ativismo judicial.

No mesmo sentido se manifestou o Ministro Celso de Mello, por ocasião da posse do Presidente Ministro Gilmar Mendes, em seu discurso:

É por isso que posso afirmar, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte – que não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República – desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição.

Isso significa reconhecer que a prática de jurisdição, quando provocada por aqueles que atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.<sup>20</sup>

Em face do trecho do discurso supratranscrito, observa-se claramente que o Ministro Celso de Melo adverte para a necessidade de uma Corte independente com o fim de garantir a proteção dos direitos e garantias individuais dos cidadãos e que se ativa é, deve-se ao “Ativismo à convite Constitucional” pois a Constituição da

---

<sup>20</sup>[http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo\\_judicial\\_compensa\\_omissao\\_poder\\_publico?pagina=5](http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico?pagina=5)

República é deveras politizada impondo ao Supremo Tribunal Federal sua defesa e o ingresso na esfera dos outros Poderes.

Nota-se que o emprego do ativismo judicial é justificado na necessidade de se dar efetividade às normas da Constituição. Em face de temas políticos contidos na Lei Maior, nada mais pertinente que o Supremo Tribunal Federal se manifeste visualizando a concretude dos preceitos constitucionais.

Preleciona, ainda, o Ministro Celso de Mello, em entrevista ao *site* Consultor Jurídico - CONJUR:

A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros. Esse déficit de qualidade jurídica no processo de produção normativa do Estado brasileiro, em suas diversas instâncias decisórias, é preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República. É importante resaltar que, hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implementação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo Constitucional. Isso lhe dá uma consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional.<sup>21</sup>

Tem-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal adota o ativismo judicial com vistas a dar efetividade às normas constitucionais, precipuamente, em face da omissão dos demais Poderes. Nesse sentido interessante citar recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais se verifica o ativismo judicial, em virtude da matéria que abordam. São elas, dentre outras: a) Instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência – ADI 3105/DF; b) Criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do judiciário – ADI 3367; c) Pesquisa com células-tronco embrionárias – ADI 3510/DF; d) Interrupção da gestação de fetos anencefálicos – ADPF 54/DF; e)

---

<sup>21</sup> [http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes\\_papel\\_ativo\\_interpretacao\\_lei](http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei) Acesso em 17/02/2013.

Restrição do uso de algemas – HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11; f) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol – PET 3388/RR; g) Vedação ao Nepotismo – ADC 12/DF e Súmula Vinculante nº 13.

Há, pois, uma nova postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de zelar pela efetividade das normas constitucionais, decorrente principalmente da omissão dos demais Poderes, cumprindo assim o mister previsto no Texto Constitucional. Luis Roberto Barroso explica que:

O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da Sociedade com as instituições judiciais. É certo que os métodos de atuação e argumentação empregados por juízes e tribunais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político.<sup>22</sup>

O Poder Judiciário, precipuamente, o Supremo Tribunal Federal não é mais a instituição que apenas aplica a letra fria da lei. Pelo contrário, adotam-se, cada vez mais, interpretações extensivas para que a real vontade constitucional seja concretizada em sua plenitude. Há a necessidade de suprir a omissão legislativa para que a Justiça sobressaia sobre o Direito Positivo, que por não poucas vezes é injusto.

Não há como negar a presença de ativismo judicial na atuação do Supremo Tribunal Federal, no entanto, sua adoção deve ser sempre feita na observância do princípio da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Op. Cit.* 83

#### **4. FATORES ENSEJADORES DO ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Como dito anteriormente, reconhece-se que o Supremo Tribunal Federal tem empregado o ativismo judicial em suas decisões. A promulgação da Constituição de 1988 e o desenvolvimento do neoconstitucionalismo possibilitou a adoção de novas interpretações, na medida em que se busca uma maior efetividade das normas constitucionais, principalmente, as relativas à proteção de direitos e garantias fundamentais.

Apesar das discussões acerca da legitimidade dessas decisões, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é incumbido de guardar e zelar pela Carta Magna, ou seja, seus preceitos, princípios e mandamentos. É o guardião da democracia, da segurança jurídica e dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido o próprio desenvolvimento da teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse no Brasil, propiciou o aparecimento do ativismo judicial. A teoria da Força Normativa da Constituição pode ser entendida pela necessidade de se outorgar aplicação direta às normas constitucionais, independentemente, da necessidade de regulamentação legislativa ou atuação do Poder Executivo. A Constituição passa a ser concebida não mais como uma mera carta de interesses, desprovida de efetividade e apenas delineando os rumos ao qual o legislador e administrador público deveriam seguir. Luis Roberto Barroso exemplifica a teoria da força normativa da Constituição ao afirmar que:

Atualmente, passou a ser premissa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.<sup>23</sup>

Em face da aplicação dessa teoria não se pode negar efetividade às normas constitucionais sob o argumento de se tratar de uma norma de eficácia limitada ou programática, é necessário que o Poder Judiciário encontre mecanismos para dar efetividade ao desiderato constitucional. Para zelar pela Constituição, o Supremo

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Op. Cit.*, p. 91.

Tribunal Federal deve dar aplicação às normas constitucionais por meio de suas decisões,

A força normativa da Constituição representa, portanto, a vinculação de seus preceitos e normas sendo legítima sua aplicação, deste modo abre-se um campo favorável para o surgimento e desenvolvimento do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.

Outro elemento ensejador do ativismo judicial diz respeito à presença de princípios no Texto Constitucional que em razão de sua abstratividade e generalidade permitem uma maior liberdade do magistrado na sua interpretação, possibilitando assim um maior desenvolvimento das normas constitucionais por meio da interpretação.

A judicialização da política também aparece com um elemento propulsor do ativismo na medida em que com a presença de inúmeros direitos sociais no Texto Constitucional, necessário se faz a elaboração e implementação de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, em face de uma eventual omissão desses Poderes nessa seara, caberá ao Poder Judiciário fazê-lo, uma vez que a questão passou a receber tratamento normativo e com isso aquele que se sentir lesado irá se socorrer do Poder Judiciário para fazer valer seus direitos.

Assim, para concretizar a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal profere decisões, que num primeiro momento parecem extrapolar a sua função típica. Contudo, esta atuação ativista é pautada na força que possui a Constituição e também na omissão dos outros Poderes no cumprimento de seu mister.

Não obstante os fatores como a adoção da teoria da força normativa da constituição, a judicialização da política levada a efeito pelo Texto Constitucional e os princípios constitucionais, outros fazem parte do rol de influências nas decisões ativistas de nossa Corte Constitucional. Destaca-se, dentre eles, a necessidade de preservação do poder do Supremo Tribunal Federal que deve demonstrar competência e autoridade em suas decisões na proteção das normas constitucionais.

De igual modo de nada adianta que as decisões sejam justas e bem fundamentadas se não houver o respeito sobre uma determinação emanada pelo Supremo Tribunal Federal. Caso isso ocorra, haverá o enfraquecimento da instituição correndo sérios riscos de se ter decisões ineficazes no âmbito do sistema jurídico criando assim espaços para a insegurança jurídica.

Há a necessidade de o Supremo Tribunal Federal mostrar sua força e seu espaço no desenvolvimento de sua missão constitucional. Nesse particular preleciona Luis Roberto Barroso explica que:

O primeiro impulso natural do poder é a auto-conservação. É intuitivo, que um tribunal, em suas relações com os outros atores político, institucionais ou sociais, procure demarcar e preservar seu espaço de atuação e sua autoridade [...] <sup>24</sup>

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à crise institucional pela qual passa o Poder Legislativo no momento atual, devido ao descrédito da população somado ao excessivo número de medidas provisórias do Poder Executivo que dificultam sobremaneira que ele desempenhe sua função a contento.

A crise de funcionalidade e representatividade do Poder Legislativo leva O Supremo Tribunal Federal a suprir esse vácuo, de modo a garantir que as normas constitucionais sejam respeitadas e aplicadas. Há, na realidade, o preenchimento desse espaço para que haja a concretização constitucional. Explica Luís Roberto Barroso que:

No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retratação do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e representatividade. <sup>25</sup>

Soma-se a isso a falta de qualidade na produção de leis, que acaba por suscitar uma maior atuação do Supremo Tribunal Federal quando provocado. Adverte o Ministro Celso de Mello que:

A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União e pelos Estados-membros. <sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Op. Cit*, p. 91.

<sup>26</sup> [http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes\\_papel\\_ativo\\_interpretaao-lei](http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretaao-lei)> Acesso em 16 fevereiro 2013.

A falta de tecnicismo e de conhecimento dos legisladores brasileiros gera produção legislativa recheadas de falhas e incongruências. Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao ser provocado, necessita corrigir esses lapsos por meio de suas decisões.

Tem-se, pois, que o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal não se dá por abusos de poder, arrogância e ditadura do Poder Judiciário. O ativismo judicial é fruto da marcha daqueles que detêm a nobre função de efetivar a Constituição Federal e seus preceitos, preservando assim o Estado Democrático de Direito.

O ativismo judicial não significa intromissão nos demais Poderes. Pelo contrário nada mais é do que decorrência da necessidade de se preservar as normas constitucionais em face da omissão dos demais Poderes. Frise-se, que a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo viola frontalmente o Texto Constitucional. Ademais, é preciso ter em mente que o Supremo Tribunal Federal só age quando provocado, desta feita, tem-se que a própria sociedade está a exigir o cumprimento dos preceitos constitucionais.<sup>27</sup>

## CONCLUSÕES

O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, como visto, decorre da necessidade se concretizar os preceitos constitucionais e em face da inércia institucional dos demais Poderes, principalmente do Poder Legislativo.

Trata-se, na verdade de um remédio para acabar com a omissão dos demais Poderes no cumprimento das normas constitucionais. É uma forma de se consolidar o Texto Constitucional.

A omissão dos demais poderes acaba por ensejar uma expansão do Poder Judiciário que quando provocado pela sociedade tem que se manifestar no sentido de preservar a força normativa da Constituição e o respeito aos direitos e garantias fundamentais nela previstos.

---

<sup>27</sup>MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

Todavia, o ativismo judicial deve ser levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal com observância do princípio da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito.

Em síntese, tem-se que o ativismo judicial levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal é uma postura necessária, ainda que excepcional, para a concretização da Constituição Federal de 1988.

## **REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Texto não publicado, 2011, p. 2. – Extraído da dissertação de mestrado de Carolina Scherer Bicca, intitulada “*Ativismo Judicial*” no *Controle das Políticas Públicas: O Caso da Assistência Social no Brasil*.

GARNETT, Richard W. *Debate: judicial activism and its critics*. University of Pennsylvania Law Review, 2006. v 155.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Minas Gerais: Fórum, 2010.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

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

SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.