

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA- ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL: Análise da ambiguidade da interferência do
Supremo Tribunal Federal nas esferas de poder**

NATHALY THAIS DANTAS GUIMARÃES DE OLIVEIRA

CARUARU

2018

NATHALY THAIS DANTAS GUIMARÃES DE OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL: Análise da ambiguidade da interferência do
Supremo Tribunal Federal nas esferas de poder**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro
Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, como
requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof^o Msc. Luis Felipe Andrade Barbosa

CARUARU

2018

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Prof.

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

O Ativismo Judicial é reconhecido como uma posição mais protagonista do Poder Judiciário em face das outras esferas de Poder. Este panorama tem sido largamente percebido no Brasil, principalmente em situações onde não há uma norma que seja anterior ao fato ou mesmo quando há lacunas legislativas em relação a determinados temas. Diante deste contexto, através do método hipotético-dedutivo, o presente trabalho pretende analisar casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), partindo-se da problemática acerca dos contornos jurídicos de uma decisão ativista e suas repercussões no ordenamento jurídico brasileiro. Como hipótese de trabalho, entende-se que suas consequências são interpretadas como positivas quando o tema versa sobre direitos e garantias fundamentais; por outro lado, seu viés negativo é apresentado quando o debate é essencialmente político, voltado para decisões de competência dos demais Poderes, especialmente sobre matéria *interna corporis* das Casas legislativas. Em linhas gerais, verifica-se uma maior aceitação do ativismo quando as decisões da Corte versam sobre releituras constitucionais dos direitos e garantias fundamentais. Mas há limites claros em termos de instrumentalização pelo STF? Quais os riscos decorrentes de sua utilização para a população?

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Supremo Tribunal Federal; Separação dos Poderes; Decisão ativista.

ABSTRACT

The Judicial Activism is recognized as a protagonist of Judicial Power in relation to the other spheres of power. This panorama has been widely perceived in Brazil, especially in situations where there isn't standard that is prior to the fact or even when there are legislative gaps in relation to certain themes. Against this background, through the hypothetical-deductive method, the present work intends to analyze cases judged by the Brazilian Supreme Court, starting from the problematic about the legal contours of an activist decision and its repercussions in the Brazilian legal system. As a working hypothesis, it is understood that its consequences are interpreted as positive when the theme is about fundamental rights and guarantees; on the other hand, its negative bias is presented when the debate is essentially political, turned to competence of the other Powers, especially on matter *internas corporis* of legislative houses. In general lines, there is a greater acceptance of activism when the decisions of the Court are based on constitutional readings of fundamental rights and guarantees. But are there clear limits in terms of instrumentalization by the STF? What are the risks arising from its use for to the population?

Keywords: Judicial Activism; Brazilian Supreme Court; Separation of Powers; Activist Decision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1. O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL	06
2. O CRESCENTE PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO	09
2.1 O Supremo Tribunal Federal aos olhos da população	12
2.2 Divergências de posicionamentos entre Ministros em relação ao Ativismo	13
3. SISTEMA DE ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO STF	16
3.1 Estudo de casos	17
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	21
REFERÊNCIAS	24

INTRODUÇÃO

O protagonismo do Poder Judiciário tem sido matéria de discussão frequente entre estudiosos, doutrinadores e até leigos nos últimos anos no Brasil. Tal fato deve-se à atuação muitas vezes controversa por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria legislativa, com o uso de decisões e súmulas vinculantes. O próprio termo utilizado para esse fenômeno – judicialização – retrata como alguns assuntos políticos, sociais e legislativos, que antes eram de mérito do Congresso Federal, estão sendo decididos pelo Poder Judiciário.

A preocupação entre a separação do universo político e judiciário tem sido um dos maiores desafios utópicos da democracia brasileira. Enquanto a política teria como domínio a supremacia da vontade popular e da maioria, o Direito teria como fonte de atuação a supremacia da lei e o respeito total à Constituição Federal. Neste sentido, em teoria, não haveria encontro no desempenho de suas funções. Todavia, na prática, a judicialização é um fato, e os dois polos vivem em constante embate em seus ofícios, sendo o Direito um produto político e seus magistrados, juízes constitucionais.

Na época ditatorial vivenciada pelo Brasil, entre os anos de 1964 a 1985, o Judiciário brasileiro viu-se silenciado e de mãos atadas frente ao Executivo. Foi privado de suas funções principais: o de guardião da Constituição e impedido de garantir o exercício dos direitos fundamentais, em um momento em que os Atos Institucionais suspendiam direitos constitucionais. A partir da queda da Ditadura e a posterior promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário nunca foi tão próximo e tão presente na vida dos cidadãos como observado nas últimas três décadas.

A Constituição de 1988 é um diploma analítico, ou seja, detalha suas normas, sendo muito mais do que a definição de artigos e parágrafos, mas responsável por traçar as regras que o legislador e os operadores do Direito devem seguir. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal tem como uma de suas funções primordiais o de guardião da Constituição, zelando pelo seu cumprimento por parte de todos, seja a própria Administração Pública ou mesmo seus administrados.

Diante das considerações expostas, este artigo tem como foco o Ativismo Judicial, compreendido quando, em determinado momento histórico, o Judiciário adota uma postura tipicamente legislativa em juízo, disciplinando norma não prevista anteriormente pelo constituinte ou pelo legislador, bem como quando o Poder Judiciário interpreta uma determinada norma de forma expansiva à Constituição Federal, ampliando sua incidência no ordenamento jurídico.

Neste processo, salienta-se que são altamente notórias as conquistas realizadas no âmbito dos direitos fundamentais através dos posicionamentos emitidos pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange aos direitos das minorias. Como defensor da Constituição, o STF tem agido muitas vezes no lugar do Legislativo, o qual demora significativamente a abordar sobre temas com repercussão política, de forma a abranger e defender alguns direitos básicos que não são tratados de forma explícita pela norma vigente ou que não são operacionalizados no plano fático.

Entretanto, com a quantidade aparentemente infinita de escândalos políticos que vem sendo constantemente divulgados pela imprensa, houve a citação de ministros do STF nas investigações, o que faz questionar o grau de eficiência e imparcialidade do Supremo Tribunal Federal. Neste contexto, é relevante ressaltar que, desde a promulgação da atual Constituição, mais de 500 parlamentares foram investigados pela Corte; porém, a primeira condenação de parlamentar só ocorreu em 2010, ou seja, mais de vinte anos depois da primeira denúncia. Nesta perspectiva, como fortalecer uma democracia tão jovem em um país tão vasto, a partir de um inegável protagonismo do Judiciário frente aos demais Poderes?

Diante do exposto, serão analisadas algumas medidas e posicionamentos adotados pelos Ministros do STF, os quais foram considerados pelos juristas como decisões tipicamente ativistas. Portanto, o presente artigo tem como objetivo evidenciar as diversas faces desse fenômeno e suas consequências no Brasil.

É certo que uma democracia sólida necessita de um Judiciário forte e independente, mas que não possua privilégios excessivos, nem que atue de forma tipicamente seletiva, para que consiga ouvir e considerar a voz e diversidade da sociedade, garantindo-se efetivamente seus direitos fundamentais, base de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

1. O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL

O termo *ativismo judicial* é utilizado de diversas formas, em conceitos diferentes por variados autores. A primeira vez que foi utilizado foi no ano de 1947, nos Estados Unidos da América – EUA, em uma publicação jornalística sobre a composição e atuação da Corte Suprema Americana. No Brasil, desde a promulgação da nossa atual constituição que esse termo vem sendo abordado sempre que o Supremo Tribunal Federal entende de forma a extrapolar suas funções de intérprete da lei, legislando sobre determinado assunto sem a devida provocação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Segundo Alexandre de Moraes (2012, p. 01):

A possibilidade do Supremo Tribunal Federal em conceder interpretações conforme à Constituição, declarações de nulidade sem redução de texto, e, ainda, mais recentemente, à partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e eficácia do ordenamento jurídico, mas também em relação à sua interpretação, acabaram por permitir, não raras vezes, a transformação da Corte em verdadeiro legislador positivo, completando e especificando princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional; ou ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo.

Tendo isso em vista, entende-se o ativismo como uma questão sensível, que já possui profundas raízes no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, é necessário compreender que a interpretação além da própria legislação, seja de forma ampla ou através de criação legislativa, pode ferir substancialmente os pilares constitucionais, da qual o STF deveria ser guardião incansável.

Compactuando-se deste entendimento, deixa evidente Ives Gandra da Silva Martins (2011, p. 26):

Infelizmente, nada obstante o imenso respeito e inquestionável admiração que tenho por todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, tem ele se transformado em constituinte derivado, em legislador positivo e invadindo a esfera de competência do Congresso Nacional, lastreado exclusivamente no princípio “magister dixit” e não pode ser contestado.

Outrossim, o desenho constitucional considera a Separação dos Poderes de tamanha importância que é tratado logo no início da atual Constituição Federal, no seu artigo 2º onde são ditadas quais as funções típicas de cada Poder e como deve ser a relação entre eles, através de suas respectivas funções atípicas, prezando-se sempre pela harmonia entre os Poderes. Neste contexto, o Ativismo Judicial parece obstruir a clareza deste artigo, causando um forte desequilíbrio entre os Poderes, no qual o Judiciário força o seu protagonismo, quando deveria haver uma relação de igualdade institucional.

Neste aspecto, Luís Roberto Barroso (2008, p. 06) defende que:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Barroso (2008, p. 17) ainda entende que:

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Ocorre que o desenho democrático é construído a partir da ideia de que, para se ter a competência de produzir leis em uma democracia representativa, deverá o indivíduo ser eleito pelo povo, através do voto. Entretanto, quando o Supremo parece interpretar uma lei positiva sem o devido diálogo com os outros Poderes, desrespeita não apenas a Constituição, mas toda a população brasileira.

Sobre este aspecto, Barroso (2008, p. 04) tece considerações importantes, que deveriam guiar a atividade dos ministros:

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contra majoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Sistema Judiciário Brasileiro. Composto por 11 ministros, dentre eles um presidente, que devem ser brasileiros natos (art. 12, § 3º, IV, da CF/88), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/88). Possui a função de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, devendo ser seu guardião e intérprete, além de garantir e preservar os Direitos Fundamentais da pessoa humana.

Talvez um dos maiores perigos do desenho brasileiro more no fato de apenas 11 indivíduos ser capazes de legislar sobre determinada pauta, sem o aval da população, da qual eles nem sequer respondem, dado que o STF não é responsivo à opinião pública, mantendo uma posição de imparcialidade, garantida pelos institutos da independência, imparcialidade e irredutibilidade de subsídios.

Para piorar o cenário, quando um ou mais ministros decidem de acordo com suas preferências, ou levam em consideração algum debate político, tornam um instrumento tipicamente regulador em inapto para consagrar suas funções democráticas. Neste contexto, a

situação fática do cenário jurídico brasileiro torna obsoleta uma das hipóteses de Soares (2010, p. 26) sobre a explicação do uso do ativismo pelo Judiciário: “A moralidade passa a ser um dos elementos que explicam a falta de confiabilidade nas instituições políticas e o aumento da procura por soluções judiciais. Assim, temos a terceira hipótese: o ativismo judicial permite que sociedade exerça maior controle da ética na política”.

Todavia, é importante destacar que a vinculação entre os Poderes é o marco inicial para o que pode se tornar um Supremo parcial, baseado na indicação da composição da Corte Constitucional. É de competência do Chefe do Poder Executivo indicar os Ministros, levando-se à sabatina do Senado Federal. Esse fenômeno pode trazer certa inconstância às decisões proferidas pelo STF, dada a alternância de grupos políticos no poder, pois à medida que a composição for modificada, poderão surgir posições diferentes sobre determinado tema, causando-se instabilidade jurídica ao sistema.

José de Ribamar Barreiros Soares (2010, p. 82) afirma que:

Analisando essa questão da representatividade das minorias no âmbito das cortes constitucionais, Thamy Pogrebinski (2009) traz a lume a discussão a respeito do lugar de representação desses grupos, inseridos cada vez mais no conceito de minorias políticas e a possibilidade da defesa de seus interesses pelas cortes constitucionais. Desse modo, afirma a autora que o caráter não-majoritário das cortes constitucionais transforma essas instituições em lugar propício para o exercício da representação propriamente política, e não meramente judicial.

Entretanto, uma vasta gama de estudiosos que apoiam a atuação ativista do STF sugere que o ativismo traz mais benefícios que malefícios para o ordenamento brasileiro: as decisões positivas na esfera social, a exemplo do reconhecimento da união estável para casais homoafetivos, trouxe uma espécie de atualização da norma em vigor.

Diante de todo este panorama, quando se trata da garantia dos direitos fundamentais e das causas sociais, é possível defender que o Supremo estaria exercendo seu papel de guardião e defensor da Constituição? E mais, o Ativismo usado para as causas sociais seria uma forma de defesa dos Direitos e garantias no cidadão? O resultado obtido justificaria os meios utilizados pelo STF?

2. O CRESCENTE PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

Na ceara política internacional, o protagonismo do Judiciário já está mais que consolidado em alguns países, especialmente naqueles em que houve um processo recente de democratização. Porém, recentemente, o assunto virou pauta internacional após a eleição do

polêmico presidente americano Donald Trump, dado que as Cortes americanas têm exercido um papel de destaque em relação à atuação do novo presidente.

O decreto presidencial de Trump, que proíbe a entrada em solo americano de imigrantes de sete países, de maioria mulçumana, como a Síria e a Líbia, tem exigido das Cortes judiciais dos seus Estados uma posição mais rígida em relação ao poder de decisão e atuação do presidente. Usando-se como base a Constituição Americana, juízes de alguns Estados têm derrubado este decreto, afirmando que se trata de uma ordem totalmente inconstitucional, já que se defende se tratar de uma perseguição puramente religiosa, proibida pela Carta Magna do país. Segundo noticiou a Folha de São Paulo (2017):

Na batalha jurídica travada neste momento, interpreta-se o texto para extrair as obrigações e restrições nele contidas; pergunta-se a Trump, como presidente, tem poderes para legislar sozinho sobre a matéria e se os decretos presidenciais estão sujeitos a controle de legalidade e constitucionalidade por partes dos Tribunais.

Mesmo possuindo uma estrutura de formação de governo e Separação dos Poderes um pouco distinta do Brasil, é bastante clara a liberdade de atuação e o protagonismo do Judiciário nos EUA, onde não é dado o poder de legislar apenas ao próprio Poder Legislativo ou por meio de Decretos ao Poder Executivo, auferindo-se às Cortes judiciais um poder maior de decisão e intervenção.

A esfera jurídica nos Estados Unidos é tão independente e de considerável valor que possui a competência de derrubar o posicionamento do cargo político mais alto de um país, o presidente, caso sua decisão seja considerada inconstitucional. A liberdade de atuação das Cortes é tanta que não importa a hierarquia do Tribunal, visto que o controle de constitucionalidade difuso é bastante significativo.

Trazendo-se para uma ótica mais próxima da realidade brasileira, visualiza-se que a Colômbia é outro país que tem dado ao seu Poder Judiciário uma maior importância no governo. Rodrigo Uprimny Yepes (2007) especifica algumas das mudanças que ocorreram com o Sistema de Separação de Poderes Colombiano:

A partir da Constituição de 1991, a Corte Constitucional decidiu exercer um controle judicial mais estrito do uso dessas faculdades pelo governo. Em particular, decidiu exercer um controle "material" das declarações de emergência por parte do presidente, em virtude do qual a Corte analisa se efetivamente existe ou não uma crise suficientemente grave que justifique o recurso aos poderes de exceção. Antes, essa avaliação era considerada uma questão política, pois cabia ao presidente avaliar autonomamente se existia ou não uma perturbação econômica ou da ordem pública que justificasse recorrer a um estado de exceção. Por isso, a Corte Suprema, que antes da Constituição de 1991 exercia o controle constitucional, considerou que essa avaliação

escapava ao controle judicial e estava submetida unicamente ao controle político exercido pelo Congresso. Ao contrário, com a Constituição de 1991, a Corte Constitucional assumiu, desde suas primeiras decisões em 1992, até suas últimas sentenças em 2003, que embora o Governo goze de uma margem de apreciação para avaliar se existe ou não uma crise e se é ou não necessário recorrer a um estado de exceção, suas decisões estão submetidas não somente ao controle político do Congresso, mas também a um controle judicial.

Observa-se que a participação cada vez maior e necessária do Poder Judiciário tem se tornado uma tendência internacional. Em grande medida, o Judiciário tem sido utilizado como uma forma de controle da moralidade e legalidade dos governos, atuando na maioria das vezes como fiscal e guardião da lei, mas também ultrapassando barreiras funcionais, antes de outros Poderes, com a possibilidade de modificar e criar normas através de decisões judiciais.

Tanto na Colômbia quanto no Brasil, desde a promulgação de suas atuais Constituições, a área de atuação e o poder de decisão de suas Cortes aumentaram consideravelmente, devido tanto à necessidade de intervenção do Judiciário em causas sociais, quanto à falta de eficiência prática do Poder Legislativo.

É importante verificar que esse fenômeno não é mais tendência apenas em países de primeiro mundo; como trabalhado, o panorama é amplamente observado entre os subdesenvolvidos, com a participação mais ativa do Judiciário em seu sistema de governo. Contudo, após a promulgação da atual Constituição brasileira, o protagonismo do Judiciário no país cresceu de forma considerável, dado a sua maior liberdade de atuação, auferindo-se ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião, protetor e intérprete da própria norma jurídica.

Em seu art. 102, a Constituição Federal de 1988 descreve minuciosamente as funções do STF; entre elas, encontra-se a de apreciar e julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, como também compete julgar as infrações penais comuns, quando o sujeito passivo for o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. Trata-se de um artigo bem detalhado que descreve as áreas de atuação específicas do Supremo.

Além das funções descritas na Constituição, o Supremo pode, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, tornar suas reiteradas decisões constitucionais em Súmulas Vinculantes, que deverão ser seguidas pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário e pela Administração Pública como um todo. Este instituto deu ao Poder Judiciário a habilidade de também legislar, já que algumas de suas decisões deverão ser obrigatoriamente seguidas pelos demais Poderes, aumentando-se o raio de influência decisória do STF.

Segundo Alexandre de Moraes (2012, p. 08):

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal,

de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Com a criação das Súmulas Vinculantes, perde-se a noção de que apenas o Legislativo pode, através de sua principal atribuição, criar normas jurídicas. Cabe agora ao Judiciário não apenas a aplicação das normas, mas também a sua própria criação, em situações específicas.

Neste contexto, o ativismo judicial é considerado por muitos uma consequência da falta de eficiência dos parlamentares em legislar, de forma que abre precedentes para a politização da justiça, fazendo-se com que o Judiciário decida sobre questões fora de sua alçada originária.

Portanto, pode haver ativismo através do uso de Súmulas, quando o STF não apenas interpreta a norma, mas acrescenta um preceito que não estava previsto formalmente na lei, ou seja, a criação de um precedente totalmente novo. Tal decisão seria considerada ativista porque a incumbência de criar e legislar pertence tipicamente ao Poder Legislativo. Por conseguinte, entende-se que, se o Supremo, através de uma decisão transformada em Súmula Vinculante, trouxer nova norma não contemplada formalmente em nenhum precedente legislativo anterior, estaria agindo abertamente de forma ativista.

2.1. O Supremo Tribunal Federal aos olhos da população

Nos últimos anos, a imagem do STF tem caído perante os olhos da população. Enquanto a esfera institucional brasileira se encontra em colapso, com a então presidente sofrendo um impeachment em 2016 e diante da atual investigação sobre o vice que assumiu o cargo, sem contar toda a investigação e processo da Operação Lava Jato envolvendo muitos senadores e deputados, houve em paralelo a perda da confiança nos representantes eleitos, esperando-se que a justiça seja obtida através das manifestações judiciais dos ministros do Supremo.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal não mostrou a eficiência que a população esperava. O povo exausto já de tantos escândalos políticos anseia por justiça e o STF insiste em conceder alvará de soltura para alguns dos muitos investigados da Operação Lava Jato, deixando a população decepcionada com seu último recurso no clamor contra a corrupção. Reclamações de que o Supremo estaria tomando suas decisões nitidamente políticas invadem as mídias todos os dias, gerando repercussões no imaginário da população.

Tais fatos abalaram negativamente a imagem do Judiciário em relação à opinião pública. Segundo pesquisas realizadas no ano de 2012 pelo IBOPE, ano do ápice do escândalo político

do “Mensalão”, o índice de aprovação do STF pela população era bem maior que a do Congresso Nacional. Enquanto o Legislativo possuía apenas 35 pontos de aprovação, o STF saía na frente em relação à opinião pública, com 54 pontos.

Todavia, o passar dos anos não foram positivos para o Supremo. Uma nova pesquisa realizada no ano de 2016 revelou a queda considerável da credibilidade do STF perante a população brasileira. O relatório Índice de Confiança na Justiça - ICJ Brasil (2012), realizado em sete Estados do país apontou que o Poder Judiciário tem apenas 29% da confiança da população.

Joaquim Falcão (2015, p. 109) faz a seguinte indagação: “Quem julga o próprio Supremo? Aparentemente ninguém. Inexiste poder superior. Na verdade, todo mundo vai julgá-lo”. Para piorar ainda mais um cenário já caótico, segundo o renomado site Consultor Jurídico (2013), um dos ministros do Supremo Tribunal Federal teve suas conversas telefônicas vazadas provenientes de um grampo realizado pela Polícia Federal com o objetivo de investigar corrupção por parte de alguns parlamentares e ministros do STF, o que deixa a população em um nível maior de preocupação e desconfiança, já que é função do STF julgar quem possui foro privilegiado, ou seja, os maiores cargos do país. Se até o Supremo está aparentemente corrompido, para quem a população poderá recorrer ao combate à corrupção?

2.2. Divergências de posicionamentos entre Ministros em relação ao Ativismo

Ao serem nomeados pelo Presidente da República, os ministros do Supremo têm a obrigatoriedade de passar por uma sabatina no Senado, em que são feitas indagações sobre os mais variados temas ao indicado ao cargo. É recorrente, já algum tempo, nas últimas Sabatinas realizadas, que o Senado queira saber a posição do possível ministro indicado sobre o tema do Ativismo Judicial, o que demonstra uma preocupação dos Poderes Legislativo e Executivo sobre o crescente protagonismo do Judiciário.

O ministro Luís Roberto Barroso, em sua sabatina no Senado, que ocorreu no ano de 2013, revelou-se mais adepto e mais liberal em relação ao tema, defendendo que muitas vezes o Senado e o Congresso não atendem às necessidades das minorias e, por isso, o Supremo teria a necessidade de tomar decisões mais ativistas, como, por exemplo, a aprovação do casamento homoafetivo, delineado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Afirmou ainda que o fenômeno do ativismo dá aos juízes o poder de julgar e atender temas que não são assistidos pela norma, mas que precisam ser decididos para a efetividade do Estado.

Em um de seus artigos, Barroso (2008, p.17) defende que:

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais

se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas—como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo.

Outrossim, afirma que o ativismo judicial é mais uma solução do que um problema e que este nada mais é que a crise de legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. No caso, Barroso acredita que o ativismo também pode ser considerado uma solução para problemas que surgiram com o progresso e transformações que a sociedade vivenciou desde a promulgação da Carta Magna. Dessa forma, adota um posicionamento mais liberal e atual sobre alguns temas, como a legalização da maconha e a descriminalização do aborto em gestações de até 3 (três) meses que, segundo ele, seria uma tentativa de igualar o Brasil aos países de primeiro mundo.

Acompanhando tal posicionamento, o ministro Gilmar Mendes, em entrevista realizada no ano de 2010, afirmou que, com as mudanças sofridas pela sociedade, é necessária e cobrada uma posição mais positiva do Judiciário e que, se essa ação for considerada ativista, trata-se de uma decorrência da própria constituição do Estado Social. Para o ministro, quando o Judiciário age no momento em que o Legislativo se omite, ou permanece inerte, não se trata de ativismo, mas sim, de uma forma efetiva de proteção ao exercício dos direitos.

Todavia, este não é o posicionamento de todos os Ministros. Alexandre de Moraes (2012), por exemplo, afirma que o ativismo judicial traz muitos perigos para a democracia e o funcionamento adequado da República. Em sua sabatina no Senado, ele afirmou que a possibilidade do Judiciário de produzir Súmulas Vinculantes capazes de serem seguidas por todos os tribunais do país, faz com que o Supremo usurpe, algumas vezes, o poder de positivizar uma norma do Poder Legislativo, tornando-se político, em sua atuação como ministro, ele afirma que as súmulas proferidas pelo STF acabam por desequilibrar o sistema de pesos e contrapesos entre os poderes, onde o Judiciário estaria invadindo a área de competência legislativa. Em uma palestra IV Colóquio (2017) ele afirmou: "Uma coisa é a interpretação constitucional, outra é o ativismo judicial".

O ministro em questão ainda demonstra sua cautela:

O bom senso entre a “*passividade judicial*” e o “*pragmatismo jurídico*”, entre o “*respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes*” e “*a necessidade de garantir às normas constitucionais à máxima efetividade*” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do *ativismo judicial*, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da

opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais. (MORAES, 2012, p. 24).

Verifica-se que sua posição é mais restrita e conservadora que a exposta por Barroso e Gilmar Mendes. Para Alexandre de Moraes, o Judiciário deve interpretar a Constituição como função primordial e preencher apenas alguns vazios deixados por ela de forma complementar, mas não deve atuar de forma livre, criando direito novo, ou que diverge do que o legislador quis propor.

Com isso, são perceptíveis as divergências de posicionamento entre alguns dos ministros que compõem a atual formação do Supremo. É possível rotular tal diferença de entendimento como positiva, gerando-se uma espécie de sistema de contrapesos dentro da esfera do Tribunal, não permitindo que o STF seja ativista em determinadas hipóteses, exercendo mais do que sua função constante no ordenamento jurídico.

Em paralelo, Joaquim Falcão (2017, p. 20) expõe que:

Nos dois níveis, observamos uma dinâmica similar: o plenário é sitiado de todos os lados pela ação individual de ministros. Positivamente, atuam para decidir temas que consideram importantes, mas fora do controle do plenário. Negativamente, atuam na formação da agenda, para evitar que certos temas sejam objeto de qualquer decisão.

Portanto, há sempre a possibilidade de um ministro decidir de acordo com seus entendimentos pessoais restritamente em vez avaliar o caso de forma ampla e imparcial. Joaquim Falcão ainda argumenta que o Supremo Tribunal é composto não de 11 ministros e sim de 11 “ilhas”, onde cada um decide de acordo com suas próprias convicções, tornando-se um órgão frágil e fragmentado. Este aspecto acaba por contribuir na própria autocontenção da Corte, evitando-se a produção de decisões tipicamente ativistas.

3. SISTEMA DE ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO STF

Apesar de ser um tema muito comentado e de se tratar de uma preocupação recorrente nos últimos anos, muito ainda se é discutido sobre o que faz uma decisão ser ou não ativista. É de entendimento majoritário que é dever do Supremo decidir sobre temas sociais e de direitos fundamentais mais livremente. Todavia, como saber que determinada decisão ou súmula proferida pelo STF é ativista?

O próprio conceito do que é o ativismo judicial já ajuda nesse quesito. Como observado, considera-se ativista toda decisão que se trate de fato não positivado anteriormente pela norma, ou seja, que o legislador constituinte não tivesse regulado antes da decisão proferida sobre aquele tema. Também são consideradas ativistas decisões com caráter político ou partidário ou que ainda exprimisse visões pessoais de juízes, o que também acaba por ferir o princípio da imparcialidade jurídica. Há ainda o entendimento de que é ativista a decisão que se mostra totalmente contrária ao que já é estabelecido pela Constituição, ou seja, a decisão que contraria a norma. E, por fim, entende-se também ativista a decisão proferida pelo Judiciário sem qualquer provocação ou diálogo institucional com os demais Poderes.

Segundo Lênio Luiz Streck (2016):

Há uma pergunta fundamental que deve ser feita e que pode dar um indicador se a decisão é ativista: a decisão, nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares? Há outras perguntas que podem ser feitas, conforme explicito em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica* (4ª. Ed, RT). Sendo essa primeira resposta um “não”, há fortes indícios de que estamos a ingressar no perigoso terreno do ativismo.

Esta seria considerada uma forma mais profunda e particular de monitoramento das decisões do STF, evitando-se que decisões ativistas fossem proferidas, mesmo quando não se tratar de Súmulas Vinculantes, ou seja, seria um método de prevenção contra posicionamentos que fossem considerados ativistas. Para esta posição doutrinária, controlar e evitar que erros como esses sejam cometidos é de suma importância para a adequada funcionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Ainda segundo Streck (2016):

Entendam-me bem: nem toda resposta juridicamente errada é, por ser errada, ativista; aliás, a postura pode ser ativista e, a resposta jurídica, correta. A questão é que, *pelo só fato de ser ativista*, há um problema de princípio que a torna errada, na sua formulação. É uma questão de dever judicial.

Trata-se de um entendimento mais duro e mais crítico sobre o tema, no qual o doutrinador segue a linha de raciocínio de que, mesmo que determinada decisão tenha a aparência de correção e não apresente aparentemente um aspecto ativista, caso seja analisada mais profundamente, pode ter sinais claros de ativismo, devendo ser evitada a todo custo. Outro ponto importante é que toda decisão deve ser suficientemente justificada. A regra seria de que, como um juiz de primeira instância deve justificar suas sentenças, o STF tem o dever de fundamentar de forma clara o posicionamento ou decisão proferida, para uma melhor análise tanto dos ministros, quanto pela própria sociedade.

3.1. Estudo de casos

A partir da fundamentação apresentada, torna-se mais evidente o âmago ativista de uma decisão. Um dos exemplos claros deste aspecto versa sobre o que preconiza o artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, o qual em teoria não deixa dúvidas quando retrata taxativamente que: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Contudo, no ano de 2016, no julgamento do HC 118.770, o Supremo decidiu por 7 (sete) votos a 4 (quatro), que não é necessário esperar o trânsito em julgado para que o réu seja preso, viabilizando-se a prisão após julgamento de segunda instância. Tal decisão aparenta ser totalmente contrária ao objetivo do legislador da Carta Magna e ao princípio da inocência, consagrado à alçada de direito fundamental.

Um dos aspectos interessantes da decisão são as manifestações contrárias a tal entendimento. A Ministra Rosa Weber, por exemplo, destacou em sua manifestação a desconformidade do entendimento debatido: *“Se a Constituição, com clareza, em seu texto vincula o princípio da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado, não vejo como possa chegar-se a uma interpretação diversa”*.

Neste sentido, a imprensa destacou sua surpresa em relação ao julgado, conforme destacou René Ariel Dottida (2017):

O Supremo Tribunal Federal, com o malsinado precedente no HC 126.292 e agindo como arauto da mídia sensacionalista, de uma só “penada” afrontou:(a) o princípio constitucional da *presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII);(b) os princípios de independência e *harmonia* entre os poderes do Estado, essenciais em um Estado Democrático de Direito;(c) a regra legal da presunção de inocência (CPP, art. 283);(d) o direito de iniciar o pagamento da multa somente após 10 (dez) dias do trânsito em julgado da sentença (CP, art. 50); (e) os comandos dos arts. 105, 147, 160 e 164 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), que regulam a execução das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, do *sursise* da multa.

Fazendo-se uma análise baseada nas características citadas anteriormente de uma decisão ativista, o posicionamento do Supremo deixa evidente que se trata de uma usurpação quase que escancarada de função do Poder Legislativo, pois a Corte Constitucional estaria se sobrepondo ao objetivo do legislador constituinte, com a produção de direito novo, negando-se uma garantia fundamental ao cidadão.

Outra hipótese que serve como parâmetro de demonstração do uso negativo do ativismo judicial seria a decisão de modulação de efeitos para o futuro no controle de constitucionalidade

realizado pelo Supremo. A Lei nº 9.868/99, em seu artigo 27, concede ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de decidir que determinada declaração tenha a eficácia em um período no futuro, em data fixada pelo próprio Supremo, desde que garantida a segurança jurídica e o interesse social, institutos abertos, determináveis a partir do caso concreto.

Sobre o tema, Heleno Taveira Torres (2012) destaca que:

A regra foi sempre, e continua sendo, o efeito de nulidade nas declarações de inconstitucionalidade. Entretanto, declara, o referido artigo, que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, apurados no caso concreto ou no conjunto dos casos submetidos ao mesmo tratamento jurídico (quando reconhecida a repercussão geral), pode o Tribunal restringir os efeitos (i) ou decidir que ela só tenha eficácia (ii) a partir de seu trânsito em julgado (efeitos prospectivos) ou de outro momento que venha a ser fixado (modulação temporal), que pode ser para o passado (modulação retroativa) ou para o futuro (modulação pro futuro). E sempre com o procedimento de quórum especial, de dois terços dos votos.

Esta prerrogativa de ação fornecida ao Supremo tornou-se muitas vezes um instrumento para que o mesmo venha aplicá-la ou não, conforme sua conveniência. A partir da utilização dos argumentos de segurança jurídica e interesse social, que podem ser muito subjetivos, a depender da opinião do que deve garantir ou não esses conceitos, que difere para cada Ministro. O seu uso, principalmente em matéria tributária, onde o Supremo muitas vezes deixa de seguir princípios como a confiabilidade e a imparcialidade, faltando muitas vezes com uma justificativa plausível e coerente em seu posicionamento, quando modula efeitos para o futuro em decisões onde o Estado deve, por exemplo, indenizar o contribuinte ou ainda quando declara totalmente inconstitucional determinada norma, causando inegável instabilidade jurídica.

Grace Maria Fernandes Mendonça (2015, p. 14) expõe:

Em outras palavras, ao se proceder à limitação temporal de efeitos, é possível que a decisão judicial conciliatória dos princípios e valores envolvidos adentre, em algum nível, no âmbito de atuação próprio do legislador, rendendo ensejo à prolação de uma decisão de natureza ativista. Isso porque razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social constituem conceitos essencialmente elásticos, que podem propiciar a criação de um ambiente favorável a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial.

Há casos, também em matéria tributária, em que alguns membros do Supremo insistem em agir como legislador positivo, fugindo totalmente de suas funções típicas. Um exemplo claro foi a decisão proferida no ano de 2007, em sede do Recurso Extraordinário nº 405.579, que se tratava de uma suspensão de um benefício fiscal concedido a uma empresa de pneus que não se enquadrava no rol de isenções do art. 5º da Lei 10.182/02. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes atuou de forma considerada ativista, já que a concessão de benefícios fiscais é de

competência unicamente legislativa, competência instituída pela Constituição, em seu art. 145. O Ministro em questão votou para que fosse mantido o benefício, com a justificativa que a empresa prestava serviços semelhantes ou equivalentes a empresas isentas citadas na norma, ferindo-se o princípio da igualdade. Por sua vez, o ministro Joaquim Barbosa, relator da sessão, argumentou que não cabe ao Supremo a competência de ampliar ou restringir benefícios fiscais, já que a norma é clara ao instituir ao Poder Legislativo a competência para tal feito.

Tanto o uso descabido da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade quanto a posição adotada pelo ministro Gilmar Mendes podem ser consideradas ativistas. Isso é demonstrado quando um ministro pode optar pela eficácia imediata ou não de determinada decisão, causando um sentimento de insegurança jurídica e aumentando ainda mais a descrença da população no Supremo Tribunal Federal.

Outro grande perigo que mora nas decisões ativistas ocorre quando estas envolvem assuntos da esfera política do país. Recentemente no ano de 2017, a Primeira Turma do Supremo, decidiu pelo afastamento do senador Aécio Neves do Senado Federal, no qual foi deferido no julgamento de agravo na Ação Cautelar (AC) 4327. Sob um prisma superficial, parece ser uma atitude condescendente com a situação, já que o senador estaria aparentemente envolvido com o processo da Lava Jato, segundo as investigações realizadas. Porém, analisando-se mais detidamente o caso, é competência do Supremo Tribunal Federal interferir em assuntos *interna corporis* de uma casa Legislativa?

Hely Lopes Meirelles entende que (2003, p. 683): “Pode-se inferir então que o Judiciário pode se pronunciar a respeito de atos *interna corporis*, quando estes não estejam ajustados a prescrições constitucionais, regimentais ou legais as quais definam condições, rito ou forma para sua realização”. De acordo com a Constituição, em seu artigo 55º, § 2º, pela alteração promovida pela Emenda Constitucional 76 de 2013, é de competência do próprio Senado decidir sobre a perda de mandato de um de seus membros, assim como o Congresso Nacional decide acerca dos deputados federais. Novamente, a Carta Magna deixa claro o objetivo e a vontade do Poder Constituinte e, mais uma vez, o STF vai totalmente de encontro à disposição constitucional, exercendo mais uma vez uma função que teoricamente não possui.

Depois de vários desentendimentos entre o Senado Federal e o Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de outubro de 2017, o Plenário decidiu, por maioria de 44 votos a 26, derrubar a decisão proferida pelo STF de afastamento do mandato do senador Aécio Neves. Esta decisão da Casa legislativa deixou bem claro o descontentamento do Legislativo, reforçando-se que a prerrogativa de decidir sobre tais atos é da própria Casa Legislativa, sendo inconstitucional qualquer intervenção do STF.

Ou seja, o posicionamento do STF além de ir de encontro ao definido pelo legislador constituinte, consolida-se como uma decisão ativista com caráter eminentemente político e partidário, que fere o princípio básico da imparcialidade dos magistrados.

Todavia, há quem defenda que o ativismo tem seu lado positivo quando o assunto é relativo a causas sociais e à defesa dos direitos fundamentais e das minorias, que muitas vezes não são representadas por seus governantes. Como já aludido anteriormente, o ministro Barroso acredita que o ativismo voltado às causas sociais pode ser positivo, pois atualiza a legislação com as transformações vividas pela sociedade.

Um dos exemplos mais emblemáticos é a Resolução nº 175 de 2013 do Conselho Nacional de Justiça, sobre a aprovação do casamento homoafetivo. Mesmo possuindo algumas características consideradas ativistas, pelo fato da questão não ter sido tratada anteriormente pelo legislador, além de configurar uma usurpação de poder e função do Legislativo, ferindo o princípio da Separação dos Poderes, a decisão fora justificada como uma defesa aos princípios e garantias fundamentais presentes na Constituição, particularmente o princípio da igualdade e da liberdade sexual. Também foi usada como justificativa a inércia do Poder Legislativo em tratar do tema, deixando uma parte da população desprovida de um direito fundamental.

Outro caso em que um posicionamento foi considerado ativista e trouxe certa polêmica foi a decisão da Corte Constitucional, por 8 (oito) votos a 2 (dois), em considerar que o aborto de feto anencéfalo não é crime. O Código Penal prevê, em seu artigo 128, que o aborto que trazer risco à vida da mãe e a gravidez decorrente de estupro não é considerado crime. Novamente, o Supremo estaria editando norma não abordada pela legislação.

Todavia, a fundamentação para a decisão foi a proteção da saúde psicológica da mãe, pois um feto sem a formação de um cérebro não tem condições de sobreviver depois de nascido. O relator da decisão, o Ministro Marco Aurélio (2012) abordou sobre o caso, asseverando que: *“Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida”*. Sua fala trata-se de uma defesa aos que afirmavam que ele estava claramente contrariando a Constituição que considera o aborto crime contra a vida.

Nesta linha de raciocínio, Barroso (2008, p. 19) argumenta que:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.

As duas decisões anteriormente citadas possuem algumas características típicas de ativismo, pois tanto a aprovação do casamento homoafetivo, como a permissão do aborto do feto anencefálico não foram ventiladas anteriormente pelo legislador, e a posição deferida pelo STF constitui-se como produção de um Direito novo.

Portanto, diante de todos os aspectos abordados, mesmo adotando uma atitude considerada ativista, quando se trata da garantia dos direitos fundamentais e das causas sociais, o Supremo estaria exercendo seu papel de guardião e defensor da Constituição? O ativismo usado para as causas sociais seria uma forma de defesa dos direitos e garantias no cidadão? Por fim, o resultado justificaria os meios utilizados? Tais questionamentos norteiam o profundo debate jurídico em andamento sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil vem experimentando certa incerteza tanto política quanto jurídica nos últimos anos. Isso nada mais é que uma consequência dos eventos que vem ocorrendo desde o ano de 2010, como escândalos políticos e econômicos envolvendo desde a presidente da República a Ministros do Supremo. A grande maioria da população não deposita mais sua confiança em seus representantes e o Judiciário sofre cada dia mais com a queda de sua popularidade entre os brasileiros.

Como retratado nos tópicos anteriores, o Supremo é uma entidade composta por 11 ministros que deveriam atuar de forma única, como um organismo, de forma a atender e decidir de forma mais justa e coerente. Porém, o que mais acontece é um ministro decidindo de forma particular, de acordo com suas próprias percepções, causando um desequilíbrio no funcionamento do órgão. A falta de um sistema de controle no Supremo traz um perigo enorme para andamento adequado do órgão, pois um Supremo sem uma alguma forma de gestão e moderação, carrega perigos gigantescos para a organização do país. O risco de a corrupção política, que é infelizmente uma situação atual no nosso país, criar raízes no Judiciário é enorme e uma preocupação não só de estudiosos da área e sim da população em geral, que vem sendo bombardeada diariamente com manchetes jornalísticas de decisões e posições questionáveis tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Toda essa incerteza é mais acentuada quando um órgão que deveria seguir de maneira precisa a lei, ser seu defensor absoluto, onde deveria agir, essencialmente, como intercessor do interesse social e principalmente, manter como objetivo constante, uma busca eterna pela

justiça, afinal sua própria criação tem como propósito maior atingir todos esses objetivos. Todavia, atua de forma contrária, colocando-se acima da norma, forçando um protagonismo de atuação frente aos outros Poderes, agindo com interesses políticos, defendendo o ganho de terceiros específicos ou seu em particular, sendo parcial em suas decisões e, por fim, agindo de forma ativista, criando normas de caráter novo no ordenamento jurídico, gerando repercussões jurídicas em todas as instâncias do Poder Judiciário, função esta, fora de sua competência.

Em relação às decisões proferidas pelo Supremo consideradas ativistas, foram propostas pelo presente artigo um sistema de análise sobre como perceber que estamos diante do fenômeno do Ativismo Judicial. O ativismo revela-se de forma clara (a) quando o Supremo profere decisão sobre fato que não foi retratado ainda pelo legislador em nenhum meio de constituição de lei do ordenamento jurídico, ou seja, positiva um direito novo; ou (b) quando toma uma decisão baseada em alguma posição política ou em defesa ou de forma prejudicial relacionado a algum membro ou partido político; ou ainda (c) quando o órgão atua de forma contraditória ao que foi especificado anteriormente pelo legislador, decidindo por conta própria desrespeitando o Ordenamento Jurídico, e finalmente, quando (d) atua sem que o Poder Executivo e o Legislativo, no exercício de suas funções atípicas, o provoquem para tal.

Foram indigitadas no presente trabalho algumas decisões emitidas pelo STF para que com a utilização do sistema de análise proposto, fosse constatada a presença do ativismo Judicial nos citados posicionamentos tomados pelo Supremo. Nesse exame indicado, foi verificada a presença de uma ou mais das características citadas do ativismo em cada caso em análise. Como resultado do estudo, foi averiguado o uso negativo do fenômeno em algumas áreas do Direito, como na esfera Penal e Tributária, como aludido pelo presente artigo e, ainda na esfera política, com a interferência do Supremo em assuntos privados do Senado Federal.

Nesse diapasão, percebe-se como o ativismo pode apresentar riscos ao bom funcionamento do Sistema Judiciário, distorcendo suas funções ao mesmo tempo em que não impõe limites a sua atuação, ou seja, fazendo com que o Supremo não siga e nem responda sequer a norma vigente. Vale salientar que o ativismo também pode interferir no equilíbrio no sistema de Separação dos Poderes, fazendo com que o Supremo se considere legitimado a interferir no campo de atuação dos outros dois Poderes, tornando possível um futuro cenário de ditadura do Judiciário, onde há a constante intervenção do Supremo, tanto no Sistema de Governo quanto nas Casas Legislativas, desrespeitando o objetivo do Legislador Constituinte.

Por fim, também foram apontados durante o texto através da citação de duas decisões emitidas pelo Supremo, os benefícios do fenômeno do Ativismo quando se trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Como exposto, a sociedade passa por mudanças em sua composição

diariamente e seria necessário e ideal que as normas acompanhassem essas mudanças; porém, muitas vezes, o legislador age de forma morosa em responder a essas modificações, principalmente quando se trata de interesse das minorias. Nesse caso, o ativismo é de grande auxílio, pois contribui para tornar mais rápido o processo de assegurar os direitos fundamentais e ainda consegue defender os interesses de algumas minorias que muitas vezes não são bem representadas por seus representantes.

Vale ressaltar que o objetivo do presente trabalho não é propor meios de se extinguir o fenômeno, pois, sob uma ótica realista, ele já está por demasiado enraizado no sistema de governo do nosso país, sendo sua extinção um incidente muito pouco provável. Portanto, o que este artigo propõe é um modo de utilizar o Ativismo Judicial de forma mais controlada.

Assim, podemos concluir que, apesar de ser negativo seu uso de forma geral, especificamente nas causas sociais o Ativismo Judicial traz notáveis benefícios para a população, fazendo com que nosso ordenamento evolua junto com a sociedade, impedindo que alguns princípios constitucionais sejam obstruídos apenas por não se encontrar de forma objetiva e concisa na lei. Também é de entendimento defendido neste artigo que é necessário um sistema de controle do Supremo Tribunal Federal para prevenir as constantes práticas ativistas de seus membros, para que o STF possa atingir seu objetivo constitucional máximo de defensor da lei, acima de tudo.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Carlos Miguel. **Democratizando as indicações ao STF**. Gazeta Mercantil, São Paulo, 3 jul. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 20.05.2017.

DOTTI, René Ariel. **Execução imediata da condenação pelo júri - um equivocado exemplo de ativismo judicial**. In: **Gazeta do Povo**, 2017. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rene-ariel-dotti/execucao-imediata-da-condenacao-pelo-juri---um-equivocado-exemplo-de-ativismo-judicial-20fzbsncl05kikeprzsebvkc5>. Acesso em 20.05.2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Ativismo Judicial e a Ordem Constitucional**. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_\(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional).pdf). Acesso em: 20.05.2017.

MORAES, Alexandre. **As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade Limites ao Ativismo Judicial**. Disponível em <http://www.alexandredemoraesadvogados.com.br/wp-content/uploads/2014/02/2-As-S%C3%BAmulas-Vinculantes-no-Brasil-e-a-Necessidade-de-Limites-ao-Ativismo-Judicial...pdf> . Acesso em 20.05.2017.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5244>. Acesso em: 20.05.2017.

MENDES, GILMAR. **Conversas acadêmicas: Gilmar Mendes e a Jurisdição Constitucional (II)**. In: **Os Constitucionalistas**, 2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdiacao-constitucional-ii>. Acesso: 24/07/2017

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestrero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 683.

NASSER, Salem Hikmat. **Resultado de batalha jurídica ajudará a definir cara dos EUA**. In: **A Folha**, 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/02/1856142-resultado-de-batalha-juridica-ajudara-a-definir-cara-dos-eua.shtml>. Acesso em: 07/08/2017.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **A Judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. In: **Sur, Rev. int. direitos human. Vol. 4 no.6 São Paulo**, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004. Acesso em : 08/07/2017.

TOLEDO, Jose Roberto de e DRAMATTI, Daniel. **Brasileiro confia mais em STF que Congresso, diz IBOPE**. In: **O Estadão**, 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasileiro-confia-mais-em-stf-que-congresso-diz-ibope,977313>. Acesso em 05/10/2017.

CANARIO, Pedro. **Tuma Jr. conta como ministros do STF foram grampeados**. In: **ConJur**, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-03/livro-ex-delegado-pf-conta-ministro-stf-foram-grampeados>. Acesso: 06/10/2017

Notícias STF. 1ª Turma determina afastamento do senador Aécio Neves do cargo. In: **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356966> Acesso em : 16/02/2018.

AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto e TOLEDO, Jose Roberto de. **Confiança no judiciário é de apenas 29%, diz FGV**. In: **O Estadão**, 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/confianca-no-judiciario-e-de-apenas-29-da-populacao-diz-fgv/>. Acesso em 05/10/2017.

FALCÃO, Joaquim.; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe.; **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte (MG), 2017.

TORRES, Heleno Tavares. **Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial**. In: **ConJur**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>. Acesso em : 16/10/2017.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. **O ativismo judicial na modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade**. In: **Academia**, 2016. Disponível em:
http://www.academia.edu/34577851/O_Ativismo_Judicial_Na_Modulac_a_o_Temporal_Dos_Efeitos_Da_Decisa_o_Declarato_ria_De_Inconstitucionalidade. Acesso em: 16/010/2017.

Atos normativos. Portal do CNJ, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1754>. Acesso em 16/02/2018.

SANTOS, Jose Aparecido dos. **O ativismo judicial e seus reflexos em matéria tributária**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13711 Acesso em 16/10/2017.

STRECK, Lenio Luis. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** In: **ConJur**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 01/11/2017.

SANTOS, Débora. **Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime**. In: **G1**, 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>. Acesso em 07/08/2017.