

Ativismo judicial: reflexões sobre a tensão entre direito e política

Judicial activism: reflections on the tension between law and politics

DOI:10.34117/bjdv7n1-633

Recebimento dos originais: 10/12/2020

Aceitação para publicação: 22/01/2021

Antonio Isidoro Piacentini

Doutor em Direito Constitucional

Rua Antonio Augusto Barros Penteado, 462, Piracicaba/SP

E-mail: antonio.piacentin@mackenzie.br

Giulia Mori Amantéa

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Avenida Cândido de Abreu, 70, Centro Cívico, Curitiba, Paraná, apto 2211

E-mail: giulia_amantea@yahoo.com.br

RESUMO

Trata-se de pesquisa científica tendo como tema base o fenômeno do “Ativismo Judicial” nos Tribunais do Brasil e suas possíveis consequências no âmbito do direito e política. São analisadas todas as características gerais do ativismo as quais são contrapostas frente à Constituição Brasileira e seu ordenamento jurídico, assim como, princípios como o princípio da legalidade. Ainda, a pesquisa discorre sobre o sistema tripartite de separação de Poderes do Brasil, ora, Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como, o sistema de freios e contrapeso o qual permite a harmonização e união dos Poderes. Foram estudadas, também, as possíveis causas que ensejam o Ativismo Judicial no Brasil, podendo-se entender que as lacunas no ordenamento jurídico as quais não podem ser sanadas simplesmente com princípios, analogias ou costumes, podem ser uma das maiores causas para provocação de um Poder Judiciário com característica ativista. A pesquisa tem como escopo principal entender como o Ativismo Judicial é aplicado nas lides que provocam o sistema judiciário brasileiro, visto que é uma prática recorrente dos Tribunais e que causa dúvidas em determinados casos concretos. Sendo assim, infere-se que, ao final, o Ativismo Judicial poderá ser sobreposto no que tange ao resguardo e proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Tripartição de Poderes, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This is about an scientific research based on the phenomenon of judicial activism inside of the brazilian's Courts and theirs possible consequences in the field of law and potitics. All of the general characteristics of the activism are analyzed and they are compared to the brazilian's Constitution and their legal order, the same happens with principles like principle of legality. The research discourse about the division of the powers in Brazil, as Executive Power, Legislative Power and Judicial Power. After that the system of checks and balances are analyzed either, because it allows the harmonization between the three diferents powers already mentioned. Also, what possible cause the judicial activism in Brazil was studied, and we could understand that the gaps in the legal system who does not could be repaired and solved with principles, analogy and moral behavior, could be

one of the biggest cause of the judicial activism. The main goal of this work is understand when the judicial activism could be applied when the Courts has an problem to fix, because it's a regular activity and it's causing some problems. The conclusion of the research is that we need to think about the fundamental rights of the people and also protect it whit the judicial activism.

Keywords: Judicial Activism, Checks and balances, Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa científica tem como objetivo abordar o tema do ativismo judicial no contexto da separação de Poderes no Brasil. Dada a dimensão do tema, o trabalho será dividido em tópicos conceituais buscando-se maior compreensão do assunto. Propõe-se um estudo sobre o conceito geral do ativismo de uma maneira abrangente. De acordo com o pensamento de Fernando Capano, o tema ativismo judicial é muito importante entre aqueles que operam o Direito atualmente e isso se dá devido, entre outros, “[...] o fortalecimento da justiça constitucional e o conseqüente uso de novos métodos de interpretação [...]”. (CAPANO, 2011, p.137)

Em seguida, o tema será contraposto à Constituição Federal vigente e ao modelo tripartite de separação de Poderes, analisando os efeitos destas decisões judiciais frente à harmonia da separação dos Poderes, visto que, e ainda conforme o pensador já citado, “[...] por vezes, os magistrados atuam como verdadeiros legisladores positivos, criando o Direito de acordo com práticas que guardam elevada margem de subjetividade”. (CAPANO, 2011, p.137). Também serão estudados os motivos de ocorrência do ativismo judicial no Brasil em particular no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Como necessário se faz entender quando deve haver a real aplicação do fenômeno do ativismo judicial nas decisões dos Tribunais brasileiros, e como forma de concretizar tal problemática, será analisada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277 – Casamento Homoafetivo) proposta pela Procuradoria-Geral da Republica e julgada em maio de 2011 por este Tribunal.

A contribuição desta pesquisa se faz no âmbito das necessidades da sociedade na utilização do Poder Judiciário para o esclarecimento de questões, há uma grande importância em sanar dúvidas sobre a competência da Justiça para uma maior proteção do Direito no caso concreto.

Ao final, espera-se uma maior compreensão sobre os fundamentos jurídicos relativos ao ativismo judicial dentro dos Tribunais, bem como, seus efeitos nas relações sociais e no âmbito dos diretos fundamentais.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO GERAL

A caracterização do fenômeno do ativismo judicial se diferencia frente à *common law* e a *civil law*. O conceito se opõe visto que no sistema anglo-saxão a jurisprudência ocupa o cargo de maior fonte do direito, ou seja, um direito extraído a partir de casos julgados, já no sistema romano-germânico ela se adequa diante de normas já expressas pelo legislador. Como no entendimento de René David (*apud* RAMOS, 2015, p.104) “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”. Diante de tal controvérsia de atuação da jurisprudência, deve-se entender que o ativismo judicial se dá de forma distinta em cada um dos sistemas.

No Brasil contemporâneo, o comportamento do Poder Judiciário se realça, cada vez mais, no que se refere aos debates por ele trazidos. Tal exercício da jurisdição avocou uma abordagem que poderia ser típica do sistema da *common law*. Há certa discricionariedade dos julgadores, os quais se sentem mais livres de condições e restrições (trazidas pelo ordenamento jurídico) para proferirem suas respectivas sentenças, caracterizando o auferido ativismo judicial.

Podendo ser entendido por uma criatividade da função judiciária, como prega Cappeletti (*apud* RAMOS, 2015, p.107) em seu estudo *Juízes legisladores?*, o ativismo judicial dentro do sistema romano-germânico agrega uma proximidade entre o juiz e a função do legislador podendo este realizar a produção de normas jurídicas. Há um desvio de função do órgão jurisdicional trazendo para si a capacidade de guiar suas decisões de mérito por opiniões pessoais possibilitando assim a violação á Constituição. O autor Elival da Silva Ramos (2015) em seu livro *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos* entende que ainda se tratando de casos em que o juiz tem um amplo espaço para movimentação, pela inexistência de precedentes vinculantes ou ainda por existir uma lacuna de linguagem no texto constitucional, não se comportam os órgãos jurisdicionais como um autêntico legislador.

A originalidade das decisões proferidas por juízes ativistas, podem se caracterizar pelo motivo de o Brasil não ter, ainda, muito afinco em elaborar normas que sustentam e que consigam preencher todas as lides existentes. Para a autora Clarissa Tassinari (2013, p. 20) em sua obra *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário* dialoga que falta no Brasil “[...] um quadro com sustentabilidade teórica que dê conta de

compor todos os matizes necessários para consolidar uma teoria judicial que esteja adequada ao Estado Democrático de Direito, com todos os seus [...] desdobramentos”. Desdobramentos estes que, podem dar ensejo ao ativismo judicial visto a falta de uma norma que se estenda a tais casos concretos.

Os autores já citados (e ainda, os estudados na sequência deste trabalho) sugerem uma discussão se o objetivo do Poder Judiciário é o de conquistar certa legitimidade do controle de constitucionalidade sem que tenha preocupação com o modo com que o mesmo é exercido, ou seja, a questão não se dá apenas em face do Poder Legislativo e sobre o perfil ativista do Poder Judiciário, mas sim, devemos problematizar a maneira como este ativismo é feito nos tribunais do Brasil.

Com o aparato do ativismo judicial, há uma superação da efetiva função jurisdicional e o Poder Judiciário intervém naquela a qual cabe ao Poder Legislativo. Com uma descaracterização da primordial função do órgão jurisdicional este transborda seus poderes para questões que são de competências de outros.

Dentre seus limites, a questão ao Poder Judiciário confiada é a de julgar, dizendo o direito no caso concreto e permitindo a aplicação da lei. Ainda conforme o já citado autor destaca “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo”. (RAMOS, 2015, p.117).

Sendo assim, as decisões judiciais são atos de aplicação de uma norma pré-estabelecida pelo Poder Legislativo. Porém, com o ativismo judicial, tais decisões são necessariamente criativas e inovadoras por não se limitarem a apresentar o texto normativo em vigor. Entretanto, claramente, a liberdade de geração das normas é menor daquela direcionada a um legislador ou órgão remetente desta função.

Há o intuito de adequar a norma a cada conflito concreto, ou seja, a cada lide que provocou o sistema judiciário. Com isso, tem-se a mudança do texto constitucional para a melhor aplicação da lei.

Para Elival da Silva Ramos (2015), o próprio modelo de Estado do Brasil é impulsionador do ativismo judicial, o fato de ser um Estado democrático-social que tem um perfil intervencionista leva os tribunais a ultrapassarem limites de função, os quais foram impostos pelo próprio ordenamento jurídico primordialmente. Tal situação pode expor o Estado de Direito como pensa Gomes Canotilho, resumidamente:

[...] o facto de a democracia económico e social ser uma tarefa do legislador e não dos tribunais. Estes não teriam, na aplicação do princípio da democracia social e econômica, qualquer medida racional que os auxiliasse na tarefa de decisão. (*apud* RAMOS, 2015, p.271).

À luz de um Estado intervencionista, o Brasil segue “partidarizando” e “politizando” o Poder Judiciário. É de livre escolha do Presidente da República quem será indicado para cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo praxe atribuir conceitos ideológicos e partidários a cada indicado. Em um sentido mais estrito, aquele partido adepto ao Ativismo Judicial indicará um ministro também seguidor de tal doutrina, e o contrário também é válido. Como pensa o jornalista Demétrio Magnoli (*Folha de São Paulo*, 25 mar. 2017) em seu texto *Politizando o Supremo* “[...] cortes constitucionais sempre fazem política” e ainda mais “A indicação presidencial de ministro do STF e sua aprovação pelo Senado configuram uma politização”. Posto desta forma, podemos encontrar determinada parcialidade em decisões e votos, vez que o indicado tem princípios e entendimentos ora definidos. Evidentemente que não se trata de generalidade, porém, não deixa de ser fato que deve ser levado em consideração.

Frente a tais convicções, temos o ativismo judicial muito presente nos julgados contemporâneas do Brasil. Por ventura, podem entrar em conflito com os princípios constitucionais, um exemplo é o princípio da legalidade. Uma decisão judicial que é fundamentada por princípios constitucionais, pode ser um subterfúgio para a utilização do ativismo judicial. Pode haver certa confusão entre o efeito buscado por ambos e por conta de tal feito, juízes não limitam suas decisões. Sobre o assunto o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, em sua sabatina de posse no Senado Federal (2017), pontua:

[...] a Constituição não autoriza algo aberto, uma atuação absolutamente subjetiva do Poder Judiciário em relação a todos os temas de interesse nacional, em substituição às legítimas opções do Poder Legislativo. A moderna interpretação constitucional é possível, mas não uma criação de direito novo, a partir do afastamento da discordância de legítimas opções feitas pelo legislador. (G1-Política, 21 fev. 2017).

Em concordância com o ora apresentado, tais situações são fontes de tensão entre Direito e Política, representados pelos Poderes Judiciário e Legislativo, respectivamente.

2.1.1 Judicialização da Política e o Ativismo Judicial

A Constituição de 1967, anterior a atual, previa em seu texto o Governo Republicano, entretanto, aproximava o Estado de uma forma unitária e centralizada. Havia, contudo, a tripartição dos Poderes, ou seja, a divisão dos poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, porém no exercício da rotina apenas o Poder Executivo tinha destaque, tendo os poderes concentrados para si.

Com a promulgação do texto constitucional de 1988 foi instituído o Estado Democrático de Direito em que a tripartição dos poderes respeitava o sistema de freios e contrapesos, o qual não permitia que um anulasse o outro, cada qual exercendo sua função original. É notório que o Poder Judiciário sofreu grandes modificações em seu perfil de atuação. Tendo em vista tais acontecimentos “é possível afirmar que, a partir disso, duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização da política”. (TASSINARI, 2013, p.27).

Sobre o ora exposto, entende o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. (BARROSO, 2009, p.30).

Na conjuntura em que o Brasil se encontra, podemos perceber o grau elevado das duas expressões dentro do Poder Judiciário. Há, todavia, a necessidade de diferenciá-las, pois apesar de terem um ponto de partida comum e serem manifestações atribuídas à atividade jurisdicional não se tratam do mesmo fenômeno.

A judicialização da política necessita, assim como o ativismo judicial, de uma prévia provocação do Poder Judiciário, ou seja, esse fenômeno atua dentro de um conflito de interesses junto a uma pretensão resistida, uma lide. Após ser provocado o Poder Judiciário passa a elaborar suas sentenças com certa carga política interferindo, portanto, na decisão de outros poderes, atuando além de suas competências, ultrapassando seus limites de função. Por sua vez, o ativismo judicial se liga à atitude proativa do Judiciário quando em seu exercício de função interpreta a lei em vigor de uma forma livre e discricionária, expandindo seus entendimentos para fora do texto, o qual deveria ser seguido.

2.2 O MODELO TRIPARTITE DE SEPARAÇÃO DE PODERES NO BRASIL

O modelo de governo com três funções diversas vem de Aristóteles, filósofo grego nascido em 384 a.C., em sua obra *Política*, desenvolveu tal pensamento baseando-se na ideia de organizar as funções governamentais e assim, um único Soberano poderia exercê-las de forma mais sistemática e disciplinada. O aludido filósofo separou as funções estatais em: legislar, administrar e julgar.

John Locke (1632-1704) filósofo conhecido como “pai do liberalismo” apresentava a limitação do poder político. Em sua obra *Segundo Tratado Sobre o Governo* (1689) o autor diferencia os três poderes em: legislativo, executivo e federativo. Acreditava que apenas os dois primeiros deveriam estar em mãos distintas, mas o poder federativo ser exercido pelo Soberano. “Ele denominava o Poder Legislativo como o Poder Máximo, estabelecendo uma hierarquia entre os poderes: O Executivo, cujas atribuições devem ser desempenhadas pelo Rei, deve estar subordinado ao Legislativo (Teoria da supremacia do Poder Legislativo).”

Por sua vez, Montesquieu (1689-1775) filósofo francês, confiava que o poder deveria ser moderado e equilibrado para então, a sociedade encontrar uma liberdade política. Para trazer tal liberdade ao cenário, era necessária uma distribuição de forças para limitar o Poder do Estado e esta distribuição se dava em: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. “A ideia central de Montesquieu não era a de separação de poderes, mas de equilíbrio do poder social [...] por ser a condição da liberdade política.” e, “Os três órgãos [...] seriam autônomos, distintos e independentes entre si” (VIEIRA, 2016)¹. Montesquieu tinha o propósito de evitar que o poder se limite nas mãos de um único Soberano, trouxe assim, o princípio da separação de Poderes, em sua obra *Espírito das Leis* (1748).

Tendo em vista o exposto, o Estado democrático de Direito no Brasil reconhece órgãos soberanos os quais estão indicados na Constituição Federal em seu artigo 2º. São eles o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário sendo que, o dispositivo deixa claro que são independentes e harmônicos entre si. Movimentados pelo constitucionalismo, tais órgão exercem seus poderes por intermédio da Constituição de 1988 a qual está em vigor no Brasil. Sendo guiados pelo princípio da separação de Poderes, tendo sempre o objetivo

¹ A partir de ficha resumo elaborada pelo Professor Luciano Pereira Vieira: Sinopse Doutrinária e Jurisprudencial: Separação de Poderes (Universidade Presbiteriana Mackenzie – 2016).

de destinar o Poder para mãos diversas, não concentrando ou centralizando o Poder na mão de um único Soberano.

Como previsto pelo texto constitucional (artigo 1º, parágrafo único) o Poder emana do povo, é uno, indivisível e exercido pelo Estado por meios das funções de administrar, julgar e legislar. A função de legislar é a de editar o direito positivo, administrar é aplicar a lei de ofício e por fim, julgar é de aplicar a lei em âmbito contencioso e solucionar as pretensões resistidas oriundas de conflitos de interesses diversos ocasionados pelos cidadãos. Sendo assim, a função típica, mas não exclusiva, do Poder Legislativo é a de legislar, a do Poder Judiciário é a de julgar e a do Poder Executivo é a de executar as leis dentro do ambiente Público.

2.2.1 Ativismo Judicial e o Sistema de Freios e Contrapesos (*checks and balances*)

Os três Poderes são dotados de funções, atividades e ainda, prerrogativas distintas. Cada qual exercendo seu papel para resultar em um organizado exercício do Estado e satisfazer todos os conflitos dos administrados, atendendo com qualidade as demandas resultantes dos confrontos da vida em sociedade, ora sendo necessária a função de um Poder, ora de outro.

Em regra, observamos o *princípio da indelegabilidade das funções estatais*, ou seja, as funções orgânicas de cada órgão devem ser exercidas pelos mesmos, sem que haja delegação de ofício para outro órgão. Os Poderes não devem intercambiar entre si, realizando apenas funções que lhes são de ofício.

Entretanto, os Poderes exercem funções típicas e atípicas, ou seja, em alguns momentos os Poderes não exercem apenas as funções para que foram criados. Podemos ilustrar da seguinte forma: O Poder Legislativo exerce sua função típica de legislar, fiscalização contábil, financeira e patrimonial do Executivo (Artigo 70 da Constituição Federal), em contrapartida, exerce sua função atípica com natureza Executiva ao dispor sobre a sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças aos servidores entre outras. Podemos observar ainda, sua função atípica no âmbito Jurisdicional ao se tratar do julgamento, pelo Senado, do Presidente da República nos crimes de responsabilidade (Artigo 52, I, Constituição Federal).

Desta forma podemos observar que existe grande relação entre os Poderes e ainda, observa-se que eles possuem certas funções que se dão em conjunto com os outros. Há, portanto, a harmonia entre os mesmos. Cada qual exerce sua respectiva função,

respeitando os limites dos outros, sem interferências que não são predeterminadas no ordenamento jurídico, admitindo assim, o sistema de freios e contrapesos. Os Poderes separadamente deveriam ter estruturas orgânicas independentes e autônomas, porém dirigidos pelo mencionado sistema o qual seria inibidor de abusos mantendo a harmonia entre os tais. Cada órgão dotado de prerrogativas institucionais sem participar de funções estranhas a seu ofício. (RAMOS, 2015).

Com o advindo do ativismo judicial surgem conflitos com relação ao referido sistema de harmonia, freios e contrapesos entre os Poderes. Tendo em vista que o Poder Judiciário acaba exercendo uma função atípica, a qual não é predeterminada em Lei, de legislar, ultrapassa as barreiras de sua função e realiza uma atividade que não é concebida a ele, sujeitando-se a certo abuso de Poder, em determinados casos.

3 CAUSAS QUE ENSEJAM O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é um fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial. São decisões judiciais que se fundamentam em conceitos pessoais do julgador e interprete da lei, atribuindo ao julgado princípios e entendimentos particulares. Entende-se como o exercício de função jurisdicional para além dos limites do ordenamento jurídico (RAMOS, 2015).

Levando em conta o conceito literal do ativismo, devemos entender o motivo desse fenômeno ocorrer, tão frequentemente, dentro dos Tribunais do Brasil. A Constituição Federal, assim como as leis presentes no Ordenamento Jurídico possuem certas lacunas visto que o legislador não consegue prever todas as situações fáticas que irão acontecer. Uma ocorrência nova se sucede a cada dia, são infinitos os conflitos que podem existir e, portanto, seus “titulares” procurarem pela devida proteção legal.

Tendo em vista tais lacunas o Decreto Lei número 4.657 de 1942 (Lei de introdução ao Direito Brasileiro) em seu artigo 4º *caput* esclarece que o juiz não pode deixar de julgar casos em que a lei for omissa, ele deve procurar pelos princípios, analogia ou ainda, pelos costumes, sanando, desta forma, omissões do ordenamento. Vejamos: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Todavia, há certas decisões que ainda que carregadas de princípios, costumes e analogias, não são previstas no ordenamento jurídico brasileiro e não são passíveis de respostas ou soluções apenas mediante a aplicação destes. Ou seja, há determinados casos

em que existe a real necessidade de uma intervenção da “lei seca”, códigos, leis e normas concretas e escritas expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma lide que provoca o sistema judiciário, procurando por uma solução, deve receber uma decisão de mérito prevista e legal, observando o *princípio da legalidade*. Aquela decisão solucionada por entendimentos pessoais e subjetivos geram o ativismo judicial, ainda que tenham como subterfugio a utilização de princípios, costumes e analogias.

Para ilustrar tais falhas na atividade jurisdicional vamos observar o caso dos direitos dos homossexuais com relação à união estável e ao casamento. No dia 4 e 5 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal enfrentou o julgamento da ADI 4.277 (ação direta de inconstitucionalidade), reconhecendo a união estável entre casais do mesmo sexo, excluindo, portanto, do dispositivo 1.723 do Código Civil qualquer tratamento díspar entre casais heterossexuais e homossexuais.

Ocorre que, no Brasil, temos um texto claro e expresso que considera o casamento a união estável entre um homem e uma mulher. Ao decidir contra o texto, o Poder Judiciário se utilizou de convencimentos pessoais, abrindo um precedente de insegurança para a democracia constitucional, não apenas no âmbito das relações homossexuais, mas sim, em qualquer situação fática que possua lacuna, quando submetida a julgamento.

Há, todavia, quem diga que foi uma vitória aos homossexuais os quais sempre lutaram e buscaram pelos seus direitos, ideais e igualdades frente à sociedade. Acreditam que o Congresso Nacional não toma atitudes necessárias e devidas para solucionar o problema da regulamentação na forma da Lei das uniões homoafetivas.

Em entrevista à *Revista Consultor Jurídico* (2009), o autor Elival da Silva Ramos responde perguntas sobre a atuação ativista dos Tribunais brasileiros. Questionado sobre como tornar efetivos direitos constitucionais carentes de regulamentação, o autor pontua:

Só dando ao Legislativo mais eficiência, e não simplesmente destruindo. Não se pode aceitar o ativismo como uma coisa normal. No caso do nepotismo, por exemplo, é um problema gravíssimo que precisa de lei. A solução não pode vir de uma súmula. Todo mundo está de acordo que ninguém deve ser beneficiado na administração por ser parente. A solução do STF, como qualquer outra, está sujeita a interpretação. Diz que é nepotismo nomear e beneficiar parentes até terceiro grau na linha colateral. Significa que nomear um sobrinho ou um tio é nepotismo, nomear um primo-irmão não é nepotismo. Então, como é que vamos explicar em sala de aula que fere a moralidade administrativa nomear sobrinho, mas não nomear primo? (CONJUR, 01 ago.,2009).

A questão aqui trazida e discutida não é sobre as uniões homoafetivas em si, mas sim, sobre o tratamento díspar que o ativismo traz para a atualidade. Não há que se pensar em igualdade com decisões proferidas por um único Juiz, com seus únicos pensamentos, entendimentos e princípios. Como exposto anteriormente, somos sujeitos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, portanto, toda a sociedade, por meio de seus representantes via Congresso Nacional, têm direitos de opinar, votar, discutir e rediscutir sobre as normas brasileiras. É nítida a necessidade de submeter toda e qualquer matéria ao Poder Legislativo, para, então, poder ser uma Norma Jurídica efetivamente exigível pela parte, fazendo com que seu direito se torne líquido e certo de um pedido no Poder Judiciário, e não um mérito refletido apenas por um Juiz.

Entretanto, não se exclui, de forma alguma, a possibilidade de interpretação do ordenamento jurídico pelo juízo competente tendo em vista a impossibilidade de serem previstas todas as situações fáticas que provocam o sistema judiciário, e ainda, a evolução da sociedade, seus costumes e tradições que se transformam com o passar do tempo, havendo a necessidade de se adequar a norma à realidade.

4 ATIVISMO JUDICIAL VS. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Os princípios do *contraditório e ampla defesa* são princípios constitucionais previstos em nosso ordenamento jurídico, como segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O acusado tem todo direito a uma resposta sobre todos os fatos contra ele alegados, independente de seu conteúdo. Quando a parte autora propõe uma lide frente ao Judiciário, expõe todos seus argumentos e busca pela devida tutela legal. Após ser informado da demanda, por meio da citação, o acusado tem seu direito de defesa contra todos os fatos em que está submetido. Estes princípios são um corolário ao *princípio do devido processo legal*.

Quando sujeito ao procedimento descrito, seja em âmbito penal, cível, administrativo, o acusado prevê, em sua peça de defesa, argumentos com base no

ordenamento jurídico, em acórdãos, princípios, analogias e costumes. Ou seja, há uma previsão a qual deveria ser certa do resultado esperado para a demanda. Com o ativismo judicial presente nas decisões brasileiras, tal resultado que, antes era algo certo e previsto, é algo indeterminado e desconhecido, não tendo, portanto, como exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa.

Não havendo uma previsão legal para as lides que provocam o sistema judiciário, não há como se falar em ampla defesa e contraditório. A situação do acusado é a de não saber quais argumentos são certos para a sua defesa, visto que não consegue antever ou futurar o que irá acontecer com o processo em questão.

É certo que ao Juiz de direito compete a discricionariedade de interpretação no que tange sua decisão. Porém, não existe uma liberdade de opinião e pensamentos próprios para fundamentação de uma sentença, sem que as partes consigam ao menos prever o resultado do feito, para, desta forma, exercer seu direito à defesa.

5 OUTRO OLHAR SOBRE O FENÔMENO “ATIVISMO JUDICIAL” – GARANTIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais encontrados no Ordenamento Jurídico brasileiro são básicos, individuais, sociais, políticos e jurídicos. Têm como escopo a garantia aos direitos humanos, garantindo a liberdade, a vida, igualdade, educação, segurança, entre outros que não estão expressos. Conceitua-se como a seguir:

Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua 3 personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva. (MARTINS, 2009, p.2).

Não é certo entender que direitos humanos e direitos fundamentais são sinônimos, pois, estes não se confundem. O primeiro tem caráter universal e atemporal, sendo válido para todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade, etnia e cultura. Entretanto, os direitos fundamentais têm caráter nacional, por se relacionar e depender diretamente de garantias que cada Estado determina aos cidadãos.

Os direitos humanos, nesse sentido, são os direitos concernentes à garantia de uma vida digna para todos. O “fato gerador” de tais direitos é o simples e único fato da pessoa

existir e ser humana. Assim, garantem princípios, direitos e liberdades básicas consideradas como essenciais para a dignidade da pessoa humana.

Pois bem, a relação entre o ativismo judicial e os direitos humanos e fundamentais é de uma questão muito presente na realidade fática do Brasil sob a égide da Constituição de 1988. Outro olhar sobre o fenômeno do ativismo judicial é aquele que entende que este deve ser utilizado para proteger, tão somente, os direitos fundamentais do homem. Ora, direitos básicos de uma vida digna que devem ser protegidos e resguardados. Em artigo publicado na *Revista Direito GV*, o acadêmico Anderson Teixeira afirma:

No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação. (TEIXEIRA, 2012, p.4).

Desta forma, o papel do ativismo judicial não é, portanto, o de atribuir competências ao Poder Judiciário que não lhes são de ofício, mas sim, resguardar os direitos fundamentais que, quando violados, devem ser protegidos por meio de uma atuação ativista do juízo competente, o que justificaria a ilustração posta em discussão sobre o caso do casamento homoafetivo. O ativismo judicial, neste caso, fora utilizado para resguardar o direito fundamental básico à felicidade da pessoa humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa científica teve como principais objetivos chegar a uma resposta sobre controvérsias no âmbito do Direito e Política, mais especificamente no Poder Judiciário em face ao fenômeno do ativismo judicial e suas consequências no que tange os demais Poderes.

Estudou-se o conceito geral do ativismo judicial e a expressão “judicialização da política” foi esclarecida. Após tal análise, foi estudado o sistema tripartite de separação de Poderes no Brasil, bem como, o sistema de freios e contrapesos, garantindo a harmonia entre os Poderes, algo essencial para a forma de Governo que se estabelece atualmente.

As causas que ensejam o ativismo judicial também foram colocadas em pauta na pesquisa, pois, mister se faz entender o possível motivo deste fenômeno existir e ser tão presente nas decisões dos conflitos de interesses.

Para ilustrar a situação que se deseja explicitar, foi mencionado um caso concreto em que o ativismo judicial ocorreu expressamente na questão do casamento homoafetivo (ADI 4.277), para se observar em sentido prático as consequências e efeitos da atuação ativista.

Pois bem. Em sede de considerações finais, importante se faz abordar os direitos fundamentais como única forma da real da necessidade de aplicação do ativismo para a proteção de tais direitos da pessoa humana que, uma vez violados, devem ser protegidos pela postura ativista de atuação do juízo de direito. Ora, o caso trazido em debate – casamento homoafetivo – resta clarividente a importância de proteger e resguardar direitos inerentes à pessoa humana previstos na Constituição Federal que não podem ser violados.

A pesquisa científica realizada se faz significativa à sociedade tendo em vista que os direitos fundamentais das pessoas ao serem violados carecem de proteção ativista, independente da posição política ou dos entendimentos pessoais daquele que irá aplicar o direito no caso concreto. Há a emergência da atuação do Poder Judiciário para que nenhum direito fundamental seja descartado ou violado. Ou seja, ainda que o ativismo judicial tenha inúmeros contrapontos, como apresentado ao discorrer deste trabalho científico, para a proteção de direitos fundamentais ele é cabível e necessário.

Destarte, o debate deve continuar dada a importância do tema em tela, atual e polêmico. Ficou evidente a existência de diversas linhas de pensamentos e vertentes que são adequadas, ou não, ao fenômeno estudado. Nesse sentido, os estudos sobre o tema devem prosseguir sempre com o escopo de entender qual a real aplicação do ativismo judicial dentro dos Tribunais do Brasil.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/Admin/Desktop/Curr%C3%ADculo/Dialnet-JudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Desktop/Curr%C3%ADculo/Dialnet-JudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286%20(1).pdf). Acesso em: 21 jul. 2018.
- CAPANO, Fernando Fabiani. O Poder Judiciário e o Movimento do Constitucionalismo. Reflexões sobre o Ativismo Judicial no contexto da Doutrina da Separação de Poderes. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1027/1/Fernando%20Fabiani%20Capano.pdf> Acesso em: 02 mar. 2017.
- MAGNOLI, Demétrio. Politizando o Supremo. Folha de São Paulo. São Paulo 25 jan. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/2017/02/1861906-politizando-o-supremo.shtml>. Acesso em: 25 jan. 2017.
- MARTINS, Flávia. Artigo: Direitos Fundamentais. USF, 2009. Disponível em: <http://www3.usf.edu.br/galeria/getImage/252/6892347672477816.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2018.
- MORAES, Alexandre de. Em sabatina no Senado, Alexandre de Moraes critica ativismo judicial. *G1-Política*, Brasília, 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/em-sabatina-no-senado-alexandre-de-moraes-critica-ativismo-judicial.ghtml>. Acesso em: 19 mar. 2017.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, Elival da Silva. O Ativismo Judicial é Ruim, Independente do Resultado. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>. Acesso em: 21 jul. 2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 11 mar. 2017.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites da atuação do Judiciário*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TEIXEIRA, Anderson V. Ativismo Judicial: Nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito GV*, v.8, n.1, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: 21 jul. 2018.
- VIEIRA, Luciano Pereira. *Sinopse Doutrinária e Jurisprudencial: Separação de Poderes*. 2016.