

## A ATUAÇÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A (IN)COMPATIBILIDADE COM A DEMOCRACIA BRASILEIRA

### *THE POLITICAL PERFORMANCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE (IN) COMPATIBILITY WITH THE BRAZILIAN DEMOCRACY*

Jéssica Ramos Saboia

Mestranda em Direito Constitucional, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD Unifor), Fortaleza-CE; Membro do Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM) da Unifor. Advogada. Fortaleza - Ceará - Brasil. E-mail: jessicarsaboia@gmail.com

Recebido em: 01/05/2017

Aprovado em: 15/08/2017

**RESUMO:** O presente estudo tem como propósito analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), como corte suprema do Poder Judiciário, na realidade brasileira e os desafios da democracia. A metodologia utilizada foi a investigação do tipo documental-bibliográfica, com pesquisa pura de abordagem qualitativa, descritiva e exploratória quanto aos objetivos. Objetivava-se discutir sobre os limites de atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, investigando o ativismo judicial e suas consequências para a sociedade brasileira. Conclui-se que atualmente o STF, com o Poder Judiciário, demonstra-se soberano, sendo ativista, decidindo até mesmo de forma inconstitucional, o que acarreta sua incompatibilidade com a democracia.

**Palavras-chave:** Democracia. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial.

**ABSTRACT:** The purpose of this study is to analyze the performance of the Federal Supreme Court (STF), as the supreme court of the Judiciary, in the Brazilian reality and the challenges of democracy. The methodology used was documental-bibliographic research, with a pure qualitative, descriptive and exploratory approach to the objectives. The objective is to discuss the limits of the Judiciary in the Democratic State of Law, investigating judicial activism and its consequences for Brazilian society. It is concluded that currently the Supreme Court, with the Judiciary, is sovereign, being an activist, deciding even in an unconstitutional way, which entails its incompatibility with democracy.

**Keywords:** Democracy. Judicial power. Federal Supreme Court. Judicial Activism.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Perspectivas da Democracia; 2 O Poder Judiciário e a Atuação Política do STF; 3 Ativismo Judicial e Incompatibilidade com a Democracia Brasileira; Conclusão; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, têm-se discutido muito acerca da viabilidade democrática da sociedade brasileira com a presença de um Poder Judiciário superpoderoso e com diversos privilégios. O Supremo Tribunal Federal (STF) assumiu com o Poder Judiciário a condição de soberano na realidade brasileira.

A democracia é o sistema de governo em que o povo deve ser o soberano. De forma direta ou indireta, por meio de seus representantes eleitos, o povo deve governar e ser governado, construindo uma sociedade livre, justa e igualitária.

Todavia, quando o STF começa a decidir questões políticas, algumas vezes de modo contrário ao Direito, com decisões ativistas, não observando os limites da Constituição Federal, demonstra-se sua incompatibilidade com a democracia, haja vista que seus membros não são representantes do povo, pois não foram eleitos.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais a partir da exegese normativa, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes e com tomada de decisão por critérios além dos jurídicos. Todavia, atualmente o Judiciário tem se supervalorizado, agindo de formar solipsista e discricionária, algumas vezes se sobrepondo até mesmo as normas legais.

Dessa forma, o trabalho demonstra ser relevante, pois busca demonstrar a realidade brasileira com a atuação política do STF, como corte suprema do Poder Judiciário e guardião da Constituição Federal, investigando os efeitos desse fato para a democracia brasileira.

Para isso, primeiramente discute-se as perspectivas democráticas, após faz-se uma análise do Poder Judiciário e da atuação política do STF para ao final entender as consequências do ativismo judicial para a democracia brasileira.

A investigação utilizada é do tipo documental-bibliográfica realizada em livros, artigos de periódicos e trabalhos monográficos que abordam direta ou indiretamente o tema. Pesquisa pura, pois tem como objetivo a ampliação dos conhecimentos. Qualitativa, vez que busca apreciar a abordagem atual sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio, analisando também exemplos. Descritiva, pois pretende descrever, explicar o problema apresentado. E exploratória, pois busca aprimorar as ideias sobre o tema.

A presente pesquisa tem como escopo o estudo comparado entre democracia e ativismo judicial, demonstrando serem incompatíveis, pois este pode desrespeitar o Estado Democrático de Direito, quando usado de forma negativa ou patológica.

## 1 PERSPECTIVAS DA DEMOCRACIA

A democracia atualmente é vista como um conceito elástico ou sem fronteiras, abrangente, difuso e multifacetado, o que gera confusões e enfraquecimento do discurso sobre o assunto. O fato de existir uma confusão de sentido pode fazer com que a democracia sirva, até mesmo, para qualquer coisa, justificando abusos.

Definir democracia em termos literais é fácil, significa poder do povo, ou seja, que o poder pertence ao povo, porém entender o que de fato é democracia, o que ela representa não é tão fácil. (SARTORI, 1994, p. 22-23).

Basicamente o regime de governo democrático consiste no fato do povo ser o detentor do poder para decidir direta ou indiretamente as principais questões sociais e políticas do país, priorizando a vontade geral da população.

A partir de uma análise do seu surgimento, nota-se que a democracia moderna é bastante diferente da democracia clássica, por isso fica difícil entender o que ela realmente representa e quais as consequências pela escolha desse regime de governo e pelo seu desrespeito.

De acordo com Simone Goyard-Fabre (2003, p. 09), a democracia nasceu na Grécia antiga, no século VI a.c., por meio de transformações lentas, sendo definida como poder do povo e exercida de forma direta.

Para David Held (1987, p. 15-16), os ideais e objetivos políticos da democracia ateniense são: igualdade entre os cidadãos (participação política remunerada e igual, poder de voto igual e chances iguais de ocupar cargo público), liberdade (governar e ser governado e viver como se escolher), interesse na política e respeito pela lei ou pela justiça (garantia e compreensão

do papel do cidadão e do seu lugar na cidade-estado).

Então, a democracia, na acepção clássica fundamenta a noção de comunidade política, na qual todos os cidadãos têm direito a participar dos processos políticos, respeitando as leis e a justiça. Vale ressaltar que na acepção moderna essa noção de comunidade também vigora, porém com algumas diferenças significativas, pois nem todos os cidadãos seguem carreira política como faziam em Atenas em algum momento de suas vidas.

Algumas características da democracia antiga são: eleições para cargos públicos por todos dentre todos; governo de todos sobre cada um e de cada um sobre todos; cargos públicos ocupados por diferentes pessoas de cada vez; a posse em um cargo público não depende de riqueza; o mesmo homem não pode ocupar o mesmo posto duas vezes; mandatos de curta duração; todos devem participar de júris; a Assembleia como autoridade soberana em tudo; e pagamento por serviços na assembleia, nas cortes legais e nas repartições públicas são regulares para todos. (HELD, 1987, p. 19).

Nesse sentido, as noções do governo da lei, processos devidos e governo constitucional encontram sua expressão mais antiga na política da cidade-estado, tendo a lei como garantia da ordem e o escudo do povo contra todas as formas de tirania.

A partir dessa compreensão, entende-se que na Democracia todo o povo é monarca e súdito, haja vista que é detentor de criar leis e deve se submeter a elas, porém é inviável estender a missão governativa a todo o povo diretamente, tanto pela dificuldade de execução em razão a pluralidade de vozes como pela inaptidão da maioria do povo para a atividade governamental, sendo viável o princípio representativo, mediante o qual o povo nomeia seus ministros para praticarem os atos de gestão e deles exige prestação de contas. (MONTESQUIEU, 2000, p. 19-20).

A democracia é uma questão fundamental e recorrente do Direito e da Política. Ela se expressa, no plano político-normativo, como referência constitutiva fundamental, na medida em que os sistemas políticos jurídicos modernos e contemporâneos, a rigor, estatuem a democracia como princípio estruturante e legitimador do Estado constitucional de Direito.

Para Norberto Bobbio (2000, p. 380), “na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos.”. Dessa maneira, os cidadãos detém o poder de construir uma sociedade, justa, livre e igualitária.

A concepção democrática moderna, em vez de completamente “rejeitar, no campo institucional, os parâmetros estabelecidos pelas democracias antigas, pelo contrário os refinou e remodelou a fim de enriquecer seu sentido e conseguir inseri-los na técnica jurídico-política”. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 3).

Os princípios políticos fundamentais da democracia moderna são: princípio da soberania popular, em que o povo é titular e legitimador do Estado democrático, princípio da legitimidade do conflito, em que o conflito é algo desejado para o avanço, princípio da maioria e do respeito à minoria, em que há decisão da maioria e defesa dos direitos das minorias, e princípio da separação de poderes, em que há funções distintas do Estado que são atribuídas a poderes diferentes interdependentes e harmônicos.

A ideia democrática se expandiu de tal maneira que a sua influência exorbitou o âmbito político, deixando de ser apenas um regime de governo, para se converter num modo geral de convivência e organização sociais.

Portanto, a democracia vai além da política, pressupondo a liberdade e a igualdade, pois aceita e apoia o conflito para a existência do debate e da construção do pensamento, pregando responsabilidade e tolerância.

O Brasil adota o regime democrático, aduzindo no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Além disso, no artigo 2º da CF/88 afirma a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, e no artigo 3º, IV da CF/88 traz

como objetivo fundamental da República promover o bem de todos na sociedade, sem discriminação.

O Estado Democrático brasileiro, nos termos em que foi instituído pela Constituição de 1988, adota a representatividade como modelo de democracia, embora em alguns casos a soberania popular possa ser exercida diretamente a exemplo do referendo, plebiscito e iniciativa popular de acordo com o artigo 14 CF/88.

Diante da atual conjuntura política, este sistema representativo parece estar em crise. Pode-se dizer que dentre as possíveis causas dessa crise estariam a absoluta delegabilidade de poderes por todo o mandato eletivo com pouca ou nenhuma possibilidade de intervenção direta do eleitor; a alienação política de parcela considerável da sociedade; a corrupção e a inércia do Executivo e do Legislativo quanto às políticas públicas e questões de grande relevância social.

Em face da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, as políticas públicas não são concretizadas como deveriam, havendo, assim, grande dificuldade na efetividade dos direitos e garantias fundamentais ou da proteção devida; não restando outra solução senão a busca pelo Poder Judiciário para impedir possíveis violações a direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, a interferência do Judiciário para dar maior eficiência ao texto da Constituição demonstra ser plenamente importante, possível e constitucional, pois encontra fundamento no próprio corpo da Carta Maior e representa, conseqüentemente, a vontade do povo, já que essa prerrogativa da Justiça Constitucional foi fruto de debates feitos pelos legisladores constituintes eleitos pelo voto popular.

O problema surge quando o Poder Judiciário, principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, conforme será visto a seguir, desconsidera os limites impostos pela Constituição Federal e pelas leis, decidindo conforme conveniência e oportunidade, criando Direito, o que gera insegurança jurídica e ilegitimidade democrática. O STF, guardião da Constituição, nessa postura, passa a se ver como poder constituinte e não poder constituído, submetido à CF/88 e às leis.

## **2 O PODER JUDICIÁRIO E A ATUAÇÃO POLÍTICA DO STF**

A base da atuação do Judiciário no Estado Democrático de Direito é a proteção dos direitos fundamentais, realizado pelo processo qualificado, isso é, voltado à eficiência, tempestividade e adequação. (VASCONCELOS, 2014, p. 157).

Contudo, apesar de ter papel importante na proteção dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário deve ter bastante cautela ao agir, pois não pode infringir o princípio da separação dos poderes ao realizar o ativismo judicial, que será abordado no próximo tópico.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da separação de poderes, conforme exposto no tópico anterior, no artigo 2º (“são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”), considerando-o como cláusula pétrea, de acordo com o artigo 60, §4º, III, o que impede qualquer forma de alteração legislativa que venha a ferir as disposições estabelecidas pelos três poderes. Esse princípio busca evitar o abuso de poder de cada ente e assegurar a liberdade individual e a participação popular na formação do Estado.

Ainda, a partir do artigo 2º da Lei Maior, infere-se o sistema de feios e contrapesos com a finalidade precípua de viabilizar a independência e harmonia existente entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Então, eles são independentes, mas se complementam, não podendo usurpar as suas competências, sob pena de infringir o princípio democrático.

Nesse sentido, o próprio texto constitucional trouxe as hipóteses claras de interferências de cada um dos poderes uns nos outros, visando o equilíbrio e a harmonia entre eles, e estabeleceu ainda para cada poder as funções típicas (condizentes com sua natureza) e funções atípicas (parcelas de competência de cada poder atribuídas aos demais, sem que isso caracterize

interferência propriamente dita).

Ao Poder Executivo não cabem apenas atividades estritas de gestão, mas também algumas de legislação e julgamento, como a possibilidade de editar medidas provisórias e de criar projetos de leis de sua iniciativa privativa, bem como de julgar em processo administrativo seus próprios servidores. (artigos 61, §1º; 62; 41, §1º, II, CF/88).

Ao Poder Legislativo também não cabem apenas atividades legislativas e fiscalizadoras, mas também atividades administrativas com relação à sua organização interna e ainda judicantes, na apuração dos crimes de responsabilidade e no juízo de admissibilidade das infrações penais contra o Presidente da República (artigos 51, I e IV; 52, I e XIII; 86, CF/88).

E ainda, ao Poder Judiciário, foco do presente trabalho, cabem, além das típicas funções jurisdicionais, as administrativas com relação à sua organização interna de seus órgãos e as legislativas de elaborar suas normas de regimento interno e projetos de lei (artigos 96 e 61, CF/88).

Além disso, há interferência do Judiciário no Legislativo e no Executivo quanto à competência para julgamento de infrações penais envolvendo seus membros (artigos 102, I, b; 86 e 53, §1º, CF/88) e para o exercício do controle de constitucionalidade em face de leis ou atos normativos oriundos daqueles (artigos 102, I, a; 103-A e 97, CF/88).

Dessa forma, essa instituição de poderes e funções proporciona um controle recíproco, a fim de evitar abusos, e uma atmosfera de complementaridade e integração entre eles. Logo, os poderes individualmente e em conjunto contribuem para o bom exercício da democracia. Nesse sentido, entende Montesquieu (2000, p. 168):

Quando, na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter força de um opressor.

O Poder Judiciário encontra-se previsto no artigo 92 a 126 da Constituição Federal, tendo como função primordial a resolução de conflitos levados ao seu conhecimento. Então, “os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto.” (SILVA, 2010, p. 553).

A atividade jurisdicional exercida em uma sociedade é indispensável para a causa de felicidade pessoal dos sujeitos, pois pacifica a sociedade, solucionando os conflitos existentes entre as pessoas ou grupos. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 30).

Entende-se a partir do texto constitucional que o Judiciário não exerce apenas papel de pacificador social entre particulares e destes com os órgãos de administração direta e indireta do Estado, mas também promove a solução de conflitos existentes entre os Poderes, convertendo-se em um importante instrumento de solução de conflitos constitucionais.

A maior participação do Poder Judiciário, através da Jurisdição Constitucional, na garantia de direitos fundamentais, faz parte da evolução do princípio da separação de poderes, não podendo essa mudança histórica ou avanço social ser interpretada como ofensa a este princípio, desde que sejam respeitados os princípios constitucionais e as garantias e atribuições dos demais poderes.

Assim, “a separação de poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle pelo Poder Judiciário das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, aí incluída a determinações de prestações positivas com fundamento constitucional.” (BARCELLOS, 2008, p. 248).

O Poder Judiciário é uma espécie de instituição estratégica nas democracias modernas, tendo suas funções limitadas à declaração do Direito, com o fim de alcançar a justiça. É um poder contramajoritário, pois protege as minorias vitimadas pela omissão estatal, e neutro politicamente, haja vista que não possui força política nem legitimação popular.

Para Amaro Cavalcanti (1983, p. 312-313), apesar do Poder Judiciário não ser considerado um poder político, tem tomando decisões, devido à ausência de isenção, que atingem a competência exclusiva dos dois outros poderes. Além disso, o Supremo Tribunal Federal é contraditório em seus julgados, não havendo identidade em suas decisões.

A Constituição Federal de 1988 realçou a competência principal do Supremo Tribunal Federal como órgão do Poder Judiciário (artigo 92, I CF/88), qual seja a de velar e guardar a Constituição, dedicando-lhe os artigos 101 a 103. O STF, assim, é o último órgão que irá interpretar o texto da lei maior, visando a restrição do poder do Estado e a proteção de um conjunto de direitos fundamentais.

A jurisdição constitucional no Brasil nasceu, em 1891, sob a influência direta do constitucionalismo dos EUA. Seu nascimento foi idealizado como um mecanismo de natureza política de controle e contenção da vontade popular, entregando, com efeito, ao Poder Judicial a missão de interpretar definitivamente o Texto Constitucional, de tal sorte a invalidar atos e decisões parlamentares. No fundo, uma preocupação do liberalismo, que sempre visualizou a soberania popular com certa desconfiança. (ALBUQUERQUE, 2007, p. 217).

Para Martônio Mont'Alverne Lima (2003, p. 221), “a jurisdição constitucional funcionando como instância moderadora dos eventuais abusos do poder legislativo e de sua maioria parlamentar assegurava a estabilidade desejada pelos liberais”.

A Corte foi concebida, portanto, para atuar como intermediário entre o povo e o governo, estando acima das disputas políticas, garantindo o equilíbrio do sistema político e a separação dos poderes. Então, dentre os espaços por meio dos quais é possível exercitar o diálogo democrático encontraria o Judiciário.

Apesar do STF não deter de uma legitimidade democrática representativa, pois seus membros não foram eleitos pelos cidadãos, esta Corte Suprema é uma espécie de estratégia da democracia que tem o dever de realizar ou fazer cumprir os valores constantes da Constituição Federal, lei maior, instituída pelo constituinte originário.

Contudo, tendo em vista a elevada procura e valorização do Poder Judiciário como pacificador social, principalmente do STF como último interprete da CF/88, tem-se que a Corte Suprema atua, em alguns momentos, não como interprete da Constituição, mas como seu dono, desequilibrando o sistema político. Um problema que agrava essa situação, como assinala Dalmo de Abreu Dallari (2007, p.6), é a mentalidade dos juízes:

Um aspecto importante da velha mentalidade é a convicção de que o Judiciário não deve reconhecer que tem deficiências nem pode ser submetido a críticas, pois tamanha é a magnitude de sua missão que seus integrantes pairam acima do comum dos mortais. Essa convicção é frequentemente reafirmada em discursos proferidos nas solenidades realizadas pelo Poder Judiciário, quando é comum ouvir-se a expressão ‘missão divina dos juízes’.

Vale ressaltar que o modelo político democrático do Brasil é fundado na Constituição Federal que tem supremacia em face das leis ordinárias, não sendo permitido nenhum juiz ou tribunal interpretar ou aplicar uma lei contrária a Constituição Federal.

O Brasil, desde sua redemocratização, tem vivenciado um crescente protagonismo político do Judiciário que se revela no processo de judicialização da política, por meio do qual os debates que deveriam tradicionalmente ocorrer na esfera pública são transferidos ao Judiciário, que profere decisões que em tese encerram os debates políticos. (BARBOSA, 2013).

Isso ocorre, pois qualquer questão que possui caráter constitucional pode ser revestida

em uma pretensão jurídica e os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário presente no artigo 5º, XXXV da CF/88, devem apreciar a demanda, aplicando o direito ao caso concreto, exercendo, assim, sua função de julgador. Contudo, o órgão julgador deve atuar dentro do que lhe incumbir sem ultrapassar o que é de sua competência.

Segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 24), “nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes.”.

A atuação política do STF está rodeada de exemplos como o aborto de anencéfalos (ADPF 54), quotas raciais no ensino público (RE 597285), pesquisa sobre células-tronco embrionárias (ADI 3510), reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis (ADPF 132), a possibilidade de execução provisória da pena após decisão em segunda instância, relativizando o princípio da presunção de inocência (HC 126292/ ARE 964246), e a legalidade de aborto até o primeiro trimestre de gestação (HC 124306).

Entende-se, portanto, que a busca pelo Judiciário não está apenas ligada ao seu papel de julgador, estando relacionada à finalidade de preencher lacunas deixadas pelo Legislativo, quando não legisla sobre matéria de grande repercussão, ou nos casos em que o Executivo deixa de adotar condutas que são de sua competência.

A ampliação do papel do judiciário decorre da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático. Por isto, recorre-se ao Judiciário como último guardião dos ideais democráticos, o que gera uma situação paradoxal, pois ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Judiciário contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia. (GARAPON, 1996, p. 23-24).

O problema reside no fato do protagonismo do Poder Judiciário usurpar sua competência, transformando em questões problemáticas a separação de poderes e a neutralidade política deste poder na Corte Suprema.

O STF ao interferir com frequência em questões políticas de grande relevância social tende a atuar em um espaço que não está reservado a ele, impedindo discussões necessárias por aqueles que representam o povo soberano, o que fere a democracia, haja vista que os órgãos do Poder Judiciário não passaram pelo crivo popular (não foram democraticamente eleitos), desse modo não estariam legitimados para decidir questões sociais e políticas que repercutirão em toda a sociedade.

Importante aduzir que “nossa sociedade não tomou a decisão constitucional de determinar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão.” (ELY, 2010, p. 79).

O papel do Judiciário deve ser centrado na aplicação e observância da Constituição e das leis, não devendo atuar com a intenção de legislar e executar matérias que não são de sua alçada, exercendo o seu papel na defesa dos direitos da sociedade de maneira a não invadir a esfera dos demais poderes.

Ainda, “é perfeitamente possível ser genuinamente liberal em matéria política e ao mesmo tempo acreditar, em virtude do respeito pelo processo democrático, que a Corte não deve interferir nos juízos de valor do Legislativo.” (ELY, 2010, p. 95). Pois, pouco importa a existência do Poder Legislativo se as decisões de maior relevância para a sociedade estão sendo tomadas no âmbito do Judiciário, pelo STF.

Outro problema decorrente da atuação política do STF resulta do fato da própria corte suprema aduzir os seus limites, haja vista que é a última instância, agindo de forma ativista, ultrapassando o texto constitucional, comprometendo o teor democrático da concepção de separação de poderes, substituindo o poder constituinte.

Vale ressaltar que, de acordo com Gilberto Bercovici e Martonio Mont'Alverne (2013, p. 792), o ativismo judicial, que será analisado no próximo tópico, está disseminado em todas as instâncias do judiciário brasileiro, o que significa “um verdadeiro esvaziamento da política e dos políticos pelo Poder Judiciário”. Esse instituto deriva da ação participativa do Judiciário, buscando a efetiva concretização das normas por meio da exegese.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL E INCOMPATIBILIDADE COM A DEMOCRACIA BRASILEIRA

A ideia de ativismo judicial encontra suas raízes no direito estadunidense, relacionando-se as dificuldades hermenêuticas na interpretação e aplicação da Constituição Americana, sabidamente sintética e abstrata. Assim, a compreensão do ativismo judicial enquanto um ato discricionário (e, portanto, enquanto um ato de vontade) do julgador seria facilitada se levarmos em conta as modificações ocorridas na postura interpretativa da Suprema Corte Americana ao longo do tempo. (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 22)

Conforme Anderson Teixeira (2012, *online*), o ativismo judicial tem duas definições. A primeira é descrita como aquela na qual o judiciário atua de forma patológica, em contrariedade à Constituição Federal, tendo por seguintes características: atuação como legislador positivo; ofensa ao princípio da separação dos Poderes; desconsideração por precedentes jurisprudenciais; e decisões judiciais viciadas por decisionismo político. Por outro lado, há a definição de ativismo pelos seguintes critérios: decisão que busque primordialmente assegurar direitos fundamentais; decisão orientada à garantia da supremacia da Constituição; decisão fundamentada substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais; decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroguem a *mens legislatoris* do ato normativo em questão.”

Para Luís Roberto Barroso (2012, p. 26), simpatizante dessa segunda definição, a acepção positiva desse instituto, o ativismo surge de forma incisiva, procurando “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes. Contudo, de acordo com Elival da Silva Ramos (2010, p. 129):

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Portanto, entende-se, filiando-se a doutrina estadunidense, que toda manifestação do ativismo é uma atividade prejudicial para o regime democrático, haja vista ser um ato discricionário ou de vontade que usurpa os limites de atuação previstos legalmente. Da mesma forma se posiciona Gilberto Bercovici (2013, p. 303):

A extensão do Poder Judiciário, particularmente, deve ser combatida, pois o Judiciário passa a se ver como uma autoridade decisória autônoma, contrastando com a democracia parlamentar, tendendo a considerar o direito positivo como um obstáculo à sua atividade. O Judiciário busca se desvincular da lei, produzida e votada no parlamento, a partir de teorias de interpretação e de hermenêutica do sistema, justificadoras, inclusive, do controle judicial dos atos do parlamento.



Para Lenio Streck (2014, p. 65), o ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política, sendo definido como uma corrupção na relação entre poderes, que consiste numa extrapolação dos limites na atuação do Judiciário por meio de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos. Essa ultrapassagem aos limites institucionais concernentes à atuação judicial, muitas das vezes, se dá através do uso (distorcido) da técnica da ponderação. Isto posto, um juiz pratica ativismo sempre que, relegando o jurídico a um segundo plano, decide com base em suas predisposições políticas, econômicas, religiosas, ou mesmo conforme suas próprias convicções.

A judicialização da política, segundo Lenio Streck (2014, p. 65) "é um fenômeno inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes." Dessa forma, matérias concernentes a políticas públicas, além de temas deveras controversos e importantes como aborto e legalização de drogas, cada vez mais têm sido resolvidas no âmbito do Judiciário, um poder sem legitimidade democrática direta.

Em outras palavras, a judicialização da política é o deslocamento do poder público para o Judiciário por causa da falha dos demais poderes em razão do modelo constitucional adotado na Constituição Federal de 1988 e o ativismo judicial é uma postura ativa adotada pelo Judiciário, permitindo-o interpretar a Constituição com objetivo de efetivar os direitos no âmbito social, podendo até mesmo se utilizar de fundamentos não jurídicos.

A partir da análise da história da *judicial review* estadunidense, entende-se que a interpretação constitucional passou a ter com o tempo contornos mais subjetivistas, deixando de lado a ideia de vontade da Constituição em prol da vontade criativa do próprio intérprete. Nesse sentido, entende-se:

O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais. (MARINONI, 2010, p. 56).

A fase tradicional (*tradicional era*) da *judicial review* foi o período que decidiu a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, não implicando a supremacia da vontade judicial sobre a vontade legislativa, mas, sim, colocando a vontade fundamental popular (expressada pela e na Constituição e refletida na vontade de seus autores) sobre ambas, sendo repudiada qualquer forma de aplicação da vontade dos próprios julgadores. A fase de transição (*transitional era*) foi o período que teria por característica fundamental a invasão de elementos metajurídicos no processo interpretativo, no caso, a filosofia político-econômica do *laissez-faire* de não intervenção do Estado na economia, então, político-legislativas estavam sendo derrubadas pelo judiciário com base em uma questionável e ideológica interpretação da Constituição. A fase moderna (*modern era*) é o período que perdura até os dias atuais em que se abandonou a ideia de vontade do constituinte, conferindo caráter aberto a Constituição que passou a delegar aos intérpretes o poder de conferir ao texto constitucional o significado que melhor atendesse as necessidades de cada época. (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 22-23).

A relativização da vontade do constituinte permite ao intérprete da lei distanciar-se daquilo que é jurídico para, valendo-se de sua discricionariedade, criar interpretações que melhor reflitam a sua própria visão de mundo e de justiça. Isso faz a sociedade começar a questionar acerca dos limites entre interpretação e criação judicial do Direito e da legitimidade democrática, analisando o perigo que decisões norteadas pela vontade (e, portanto, alheias ao Direito) representam para a democracia.

As decisões judiciais devem ser subordinadas à legislação, pois a sociedade deve ser governada por representantes eleitos e se o juiz criar direito após o caso concreto, a parte perdedora estará sendo julgada por um fundamento que não existia quando o fato jurídico aconteceu. (DWORKIN, 2002, p. 132). Segundo Elival da Silva Ramos (2010, p. 116-117):

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, além mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Nesse sentido, o ativismo judicial (interpretação a partir da vontade, usurpando os limites legais), deve ser repensado e evitado, pois desrespeita os direitos e garantias do Estado Democrático de Direito, e proporciona diferentes decisões para casos semelhantes, gerando insegurança jurídica. Além disso, existe o problema da ilegitimidade democrática dos magistrados para deterem poder de modificar leis ou criar direito.

A pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3510), a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54), o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis (ADPF 132), a possibilidade de execução provisória da pena após decisão em segunda instância, relativizando o princípio da presunção de inocência (HC 126292/ ARE 964246), e a legalidade de aborto até o primeiro trimestre de gestação (HC 124306) são exemplos em que o Poder Judiciário agiu de forma ativista, atuando como legislador positivo o que ofende o princípio da separação de poderes. Nessas decisões há vícios por decisionismo político que desconsidera precedentes jurisprudenciais, normas constitucionais e legais.

No caso específico da relativização da presunção de inocência, princípio previsto de forma clara no artigo 5º, LVII da CF/88 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”), o STF criou direito novo, divergindo do seu próprio entendimento consolidado, decidindo de forma inconstitucional, haja vista que desconsiderou a limitação de efetividade da norma até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, permitindo a execução provisória da pena após a confirmação da sentença em segundo grau, agindo, assim, de forma contrária a previsão constitucional. Essa decisão, sem dúvida alguma, foi ativista, pois não se baseou no direito e sim em aceções políticas, sociais e pessoais.

O ativismo judicial acarreta ao STF a condição de soberano na realidade brasileira, decidindo como e quando há exceção, não se vinculando às suas próprias decisões, agindo na conformidade da ocasião. Então, o Poder Judiciário traz para seu exame o que não lhe é permitido, isto é, o controle da política e da Constituição Federal, decidindo, em alguns momentos, até mesmo, de forma inconstitucional, o que não acarreta a ele nenhuma responsabilidade.

## CONCLUSÃO

Entende-se que atualmente há o deslocamento de poder das instituições representativas para as judiciais. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem atuado em temas relevantes para a política e a sociedade, tentando ser fiel ao mandato que os fundadores da República lhe outorgaram. Contudo, diversas vezes tem desempenhado sua função sem cautela, incorrendo no vício da usurpação do poder.

Os dois motes que fundamentam a atuação do STF na atual realidade brasileira é a interpretação sobre a Constituição, de forma a torna-se dela dono e a oscilação jurisprudencial, que gera insegurança jurídica.

A atuação do STF no sentido de anular decisões legislativas do Poder Legislativo ofende

diretamente o princípio da vontade geral do povo, que se manifesta no ato de soberania democrática por excelência, que é a lei, bem como menospreza o axioma tradicional do império das leis.

Além disso, o ativismo judicial amplifica os poderes dos juízes e tribunais no controle sobre os demais poderes através da hermenêutica constitucional, fundado no princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, XXXV da CF/88. Todavia, não basta uma Constituição garantidora e protetiva, mas também uma disposição do Estado para a sua defesa.

Atualmente, percebe-se, então, no Brasil a prática do ativismo judicial em que se permite decisões de acordo com convicções pessoais, sociais e/ou políticas em vez de fundamentos jurídicos, ignorando ou deturpando o texto democraticamente posto. Vale ressaltar que é bastante importante realizar uma interpretação evolutiva do direito, pois evita a fossilização das normas e a aplicação de interpretações anacrônicas.

Contudo, não se pode interpretar de forma diversa daquela prevista de forma clara e expressa na norma base do nosso Ordenamento Jurídico, criando um direito novo. Os juízes devem seguir critérios seguros na atividade interpretativa, partindo da noção de integridade e coerência do Direito e não das convicções pessoais e/ou políticas do aplicador. Nos países onde o regime político-jurídico adotado é o Estado Democrático de Direito, as principais regras da coexistência são as previstas na sua constituição.

Portanto, a atuação proativa do Poder Judiciário, atuando como legislador positivo, acarreta decisões viciadas em decisionismo político, desconsiderando precedentes jurisprudenciais, o que ofende o princípio da separação dos Poderes. O STF fazendo o controle da política e da Constituição, decide conforme sua conveniência e oportunidade e não de acordo com a vontade geral, permitindo violações a dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, demonstrando sua incompatibilidade com a democracia.

Na realidade brasileira, o povo deixou de ser soberano, pois sua vontade pode ser anulada ou modificada pelo Poder Judiciário. Assim, quando o Poder Judiciário legisla ou atua de forma ativa na vida dos cidadãos, sobrepondo-se a Constituição Federal, ele limita a liberdade de atuação do povo, o que não é compatível com o regime escolhido pelo Brasil.

Nesse diapasão, a permissão constitucional de judicialização da política, controle de constitucionalidade e última interpretação da Lei Maior pelo STF, seu guardião, ocasionou na realidade brasileira o desrespeito aos princípios constitucionais e às garantias e atribuições dos demais poderes, transformando o Poder Judiciário em um poder político com funções arbitrárias, pois a atuação política do STF e o ativismo judicial usurpam o mandamento constitucional, transformando essa Corte em soberana, sem nenhuma responsabilidade pelos seus atos e sem vinculação as suas próprias decisões, o que viola diretamente a democracia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo – diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista de Processo, São Paulo, v. 242, a. 40, abr. 2015, p. 21-47.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O Estado moderno e as antinomias do liberalismo: democracia e repolitização. Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 26, p. 209- 223, jan./jun. 2007/1.

BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da função jurisdicional constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). Direito da sociedade policontextual. Curitiba: Appris, 2013, p. 171-194

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p.23-32, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Separação de poderes e constitucionalidade PEC nº 33/2011. Pensar - Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, v.18, nº 3, p. 785-801, set./dez. 2013.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. A filosofia Política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 de outubro de 2016.

CAVALCANTI, Amaro. Regime Federativo e a República brasileira. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARAPON, Antonie. O guardador de promessas: Justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HELD, David. Modelos de democracia. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paideia, 1987.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Org.). Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 199-261.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. V. 1. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 037-057, Junho, 2012. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso). Acesso em 06 de novembro de 2016.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. O novo sentido da jurisdição na Estratégia do Poder Judiciário Nacional e seu desdobramento na experiência do SINGESPA/TRT3-MG. In: SENA, Adriana Goulart; COSTA, Mila Batista Corrêa Leite da; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa. (Org.). Justiça do Século XXI. São Paulo: LTr, 2014, p. 135-161.