



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

ANA KEYLA DE JESUS BARBOSA

LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

ARACAJU

2019

ANA KEYLA DE JESUS BARBOSA

LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da FANESE como requisito parcial e obrigatório para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Marcel Figueiredo Ramos.

ARACAJU
2019

B238I BARBOSA, Ana Keyla de Jesus

LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL / Ana Keyla de Jesus Barbosa; Aracaju, 2019. 32p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : Prof. Esp. Marcel Figueiredo Ramos.

1. Ativismo judicial 2. Limites 3. Existência 4. Existência.
34: 165.744 (813.7)

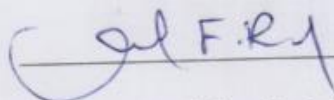
ANA KEYLA DE JESUS BARBOSA

LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

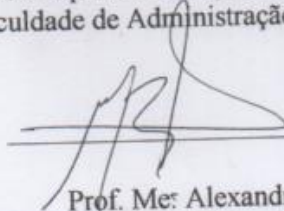
Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 4 / 12 / 2019

BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Marcel Figueiredo Ramos (Orientador)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me: Alexandre Alves Feitosa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Esp. Matheus Brito Meira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

A Deus, por toda bondade, zelo e fidelidade. Aos meus pais, José Luiz e Anarlene, por quem nutro um amor incondicional. Aos meus irmãos, Raquel e Eduardo, fontes inesgotáveis de apoio e inspiração. A Rayan, por todo companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por me amar de forma tão magnífica. A Ele seja dada toda honra e glória. “Prepara-se o cavalo para o dia da batalha, porém do Senhor vem a vitória. Provérbios 21:31. ”

Posteriormente, agradeço aos meus pais, por me viabilizarem a concretização dessa importantíssima etapa de minha vida. Essa vitória é por vocês, é de vocês.

À minha amada, minha irmã, que me faz acreditar que eu posso. Obrigada por ser minha fonte de incentivo e referência. Sem você, talvez, essa etapa não existisse.

Ao meu pequeno Dudu, por acreditar tanto em mim.

A Rayan, por tornar a caminhada mais leve pela simples presença.

Aos professores, Antonina e Fernando, pela magnitude do trabalho realizado na matéria de TCC I, seus ensinamentos foram cruciais para o desenvolvimento do projeto.

Ao meu chefe, Dr. Rômulo, que sem saber me deu a luz que precisava para encontrar a solução e concluir essa pesquisa.

Aos meus familiares, amigos e amigas, pela compreensão nos momentos de ausência.

Por fim, ao ilustre Marcel Ramos, por quem nutro uma profunda admiração, cuja orientação não se restringiu, apenas, a esse trabalho, mas a toda trajetória acadêmica.

Sempre que o tempo de Deus contrariou o meu, no final, Ele estava certo. Claro, eu faço minha parte. Mas não há mérito. Há graça. Por quê? Porque, mesmo com todo o mérito do mundo, no final, as coisas dão certo ou errado por uma questão de sorte. Por uma questão de graça. Por uma questão de Deus.

Samer Agi

RESUMO

No presente trabalho pesquisa-se sobre os limites ao ativismo judicial no Brasil tendo em vista tratar-se de tema bastante atual, principalmente devido a onda de superação jurisprudencial iniciada no Brasil por volta de 2007, gerando como consequência uma conduta proativa do Poder Judiciário, buscando-se, então, investigar as possíveis limitações a esse tipo de conduta. Para tanto, inicialmente buscou-se diferenciar conceitos ora confundidos. Posteriormente, procedeu-se a um levantamento histórico do contexto que ensejou o surgimento do ativismo judicial no mundo e, especialmente, no Brasil. De posse dessas informações procurou-se trazer o conceito de ativismo judicial, para a partir desse ponto analisar a influência da teoria neoconstitucionalista para o crescimento do fenômeno, fazendo uma correlação com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Realiza-se uma pesquisa cujo método principal é o dedutivo e tendo como método auxiliar o histórico. Por fim, o estudo além de trazer as conceituações que se propôs, apresenta algumas possibilidades de limitação da conduta proativa questionada.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Limites. Existência.

ABSTRACT

In the present work, we research the limits to judicial activism in Brazil in order to be a very current topic, mainly due to the wave of jurisprudential overcoming initiated in Brazil around 2007, generating as a consequence a conduct Proactive of the judiciary, seeking to investigate the possible limitations of this type of conduct. To this end, it was initially sought to differentiate concepts that are mistaken. Subsequently, a historical survey of the context that ensumed the emergence of judicial activism in the world and especially in Brazil was proceeded. In possession of this information we sought to bring the concept of judicial activism, from this point to analyze the influence of the neoconstitutionalist theory for the growth of the phenomenon, making a correlation with the jurisprudence of the Supreme Court Federal. A research is carried out whose main method is the deductive and having as a method auxiliary the history. Finally, the study in addition to bringing the conceptualizations proposed, presents some possibilities of limiting the proactive conduct questioned.

Keywords: Judicial activism. Limits. Existence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DIFERENÇA ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	12
3 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO	14
4 CONCEITUAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL.....	17
5 DA INFLUÊNCIA DA TEORIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO	20
6 UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL A LUZ DAS CRÍTICAS APRESENTADAS A DOCTRINA DE DWORKIN.....	22
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	27
REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

A ascensão do Poder Judiciário é o novo cenário mundial que se tem instalado desde o final da segunda grande guerra. No Brasil, um protagonismo desencadeado ante a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, o que gera a crescente judicialização de temas muitas vezes políticos. Dito de outro modo, procurar o Poder Judiciário resta como única alternativa àqueles que diariamente tem seus direitos suprimidos frente aos atos normativos existentes ou até inexistentes. Inconformados, se socorrem aos Tribunais, alegam, patente afronta a Constituição Federal, pleiteiam, então, ao menos, uma nova interpretação do texto.

Diante dessa circunstância, observa-se que fica a cargo do Poder Judiciário o poder de dizer o direito, interpretar as normas garantindo o máximo de efetividade dos direitos fundamentais, bem como apresentar soluções a temas sobre os quais impera um silêncio legislativo. Ocorre que, quando a questão levantada foge a discussão jurídica, se revestindo de um caráter político, muitas vezes o entendimento esposado pode se dispersar ao que dispõe o texto legal.

A esse fenômeno de conduta mais ativa do Poder Judiciário, que se reflete em verdadeira criação legislativa dá-se o nome de ativismo judicial. O presente trabalho visa imergir nesse crescente fenômeno, que tem gerado muita discussão no mundo jurídico. Sendo assim, procurar-se-á no decorrer dessa pesquisa responder a seguinte pergunta: Há limites ao ativismo judicial no Brasil?

Diante dessa questão central, foram elaboradas algumas questões norteadoras, quais sejam: O que difere o ativismo judicial da judicialização da política? Qual o contexto histórico que deu origem ao seu surgimento no mundo e no Brasil? O que é ativismo judicial? Qual a influência da teoria neoconstitucionalista para o crescimento do fenômeno? Em quais casos pode se vê claramente uma conduta proativa do Judiciário brasileiro?

O tema ativismo judicial se mostra atual, principalmente devido a onda de superação jurisprudencial iniciada no Brasil por volta de 2007, gerando como consequência uma conduta proativa do Poder Judiciário.

Muito embora trate-se de tema abundantemente discutido, muitos autores acabam misturando e confundindo as ideias. Neste trabalho se buscará realizar uma análise crítica do

fenômeno, delimitando conceitos e apresentando, quem sabe, possíveis limites a atual e expansiva prática jurisprudencial.

A autora teve a curiosidade despertada por ter visto nas atividades do cotidiano, seja nos estudos acadêmicos ou focado em concursos públicos, bem como na prática jurídica vivenciada através de programas de estágio, uma forte padronização de ideologias tidas na jurisprudência como certas, de modo que, todos e todas devem simplesmente acatar a decisão da Suprema Corte, nas mais diversas, e por vezes contraditórias, interpretações da Constituição Federal, haja vista a soberania do que o Tribunal diz ser o texto constitucional.

A relevância do tema se mostra tão clara quanto a relevância do próprio Direito. O ativismo judicial atinge a todos, pois toda e qualquer relação jurídica, vivenciada diariamente, podem ser afetados pelos efeitos de uma decisão judicial. Os efeitos da atividade jurisdicional se relevam, também, juridicamente e academicamente, uma vez estudantes e operadores que tem como objeto de estudo o Direito ficam limitados ao que a jurisprudência diz que ele é.

O trabalho fomentará uma reflexão sobre o papel do Judiciário no âmbito das discussões de temas políticos sobre os quais pairam entendimentos divergentes, podendo alicerçar trabalhos futuros que tratem acerca do tema.

O objetivo geral é investigar possíveis limites ao ativismo judicial, sendo objetivos específicos diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política; apresentar brevemente o contexto histórico que deu origem ao seu surgimento no mundo e no Brasil; conceituar o fenômeno; analisar a influência da teoria neoconstitucionalista para o crescimento do fenômeno; levantar casos nos quais verifica-se uma conduta proativa do Judiciário brasileiro.

O método principal da pesquisa é o dedutivo uma vez que versará sobre a atividade jurisdicional, mais especificamente buscará definir possíveis limites ao fenômeno do ativismo judicial. Tem como método auxiliar o histórico, vez que coletará informações sobre o contexto histórico que ensejou o surgimento do ativismo judicial. Assim, a pesquisa assume a natureza qualitativa investigando os limites aplicados da atividade jurisdicional, tendo como objetivo descrever o que é ativismo judicial e explicar a partir de que ponto uma atuação jurisdicional pode ser considerada ativista, alicerçando, para isso, em levantamento bibliográfico robusto.

Para alcançar os objetivos propostos dividiu-se a presente pesquisa em sete capítulos. O primeiro capítulo teve por objetivo introduzir ao leitor a temática que será desenvolvida neste trabalho, apontando a questão problema, as questões norteadoras, objetivos, justificativa e metodologia utilizada.

O segundo capítulo trouxe uma diferenciação de ativismo judicial e judicialização da política, explicando as circunstâncias que deram ensejo ao surgimento de cada um dos fenômenos.

O terceiro capítulo apresentou a origem histórica do ativismo judicial, nos Estados Unidos da América, onde ouviu-se pela primeira vez uma discussão jurídica a respeito do fenômeno e posteriormente, explanou-se como se deu o surgimento no Brasil.

Feita a contextualização do tema, no quarto capítulo buscou-se conceituar o fenômeno em questão. Foi nesse momento que se notou a intrínseca vinculação do ativismo judicial com o crescimento da corrente do neoconstitucionalismo.

Desta forma, no quinto capítulo explicou o que é o neoconstitucionalismo, para tanto acreditando ser imprescindível para a pesquisa, analisou-se a doutrina de Dworkin, por considerá-lo referência dentre os neoconstitucionalistas, no entanto, a análise foi realizada segundo a obra de Machado (2008).

No sexto capítulo foi trazida as críticas, segundo a obra de Machado (2008), a doutrina de Dworkin, bem como foi feita uma relação com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, no último capítulo são apresentadas as considerações finais. Neste capítulo buscou-se trazer possíveis limitações ao ativismo judicial, em resposta a reflexão central que moveu esta pesquisa acadêmica.

2 DIFERENÇA ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Inicialmente, cabe diferenciar Judicialização da Política de Ativismo Judicial, suas origens e efeitos, uma vez que são os fenômenos citados são constantemente confundidos. Cumpre destacar o fato que o Direito Constitucional é um direito político, podendo-se assim visualizar a política como instrumento impulsionador da criação do direito. No entanto, não é prudente concluir que o Direito é política. Isso implicaria em defender que o conceito de justo e o correto está submetido a vontade da maioria por ser a detentora do poder. Como bem relacionou Barroso (2009, p. 9), na verdade “em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. ”

A vinculação de Direito e Política implica compreender que a aplicação do primeiro não está dissociada da realidade política e dos efeitos produzidos na sociedade, bem como que os juízes são pessoas comuns, que, portanto, tem memórias, desejos, ideologias, logo, os juízos de valor formulados sofrem interferência da subjetividade de cada um (BARROSO, 2009).

Feita essa consideração, a Judicialização da Política pode ser compreendida como fruto das mudanças provocadas pelo novo texto Constitucional, principalmente, o deslocamento do foco do Poder Executivo para o Poder Judiciário. O termo Judicialização implica dizer que algumas questões relevantes, tanto social como politicamente, passaram a ser decididas pelo Poder Judiciário, e não pelos convencionais poderes Legislativo e Executivo.

Quando a origem do fenômeno em apreço, no mundo a grande causa para o surgimento desse fenômeno foi, como bem anotado por Tassinari (2013, n.p.):

a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema brasileiro.¹⁹ Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado.

No Brasil, nasceu com a redemocratização do país, cujo ponto culminante foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer que a constitucionalização

abrangente, também, influenciou no crescimento desse fenômeno, de modo que, associada ao modelo de controle de constitucionalidade adotado, potencializou a tendência.

Conforme bem destacou Barroso (2009, p. 3-4):

[...] o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser açada ao STF.

As colocações do autor tanto é verdade, que nas duas últimas décadas, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, diversas ações de temas polêmicos como a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias, a vedação ao nepotismo, reconhecimento da união homoafetiva, liberação das manifestações em favor da legalização da maconha, descriminalização do aborto do feto anencefálico, dentre outros.

Compreende-se, portanto, que a Judicialização da Política é uma questão social, ou seja, sua existência não depende da conduta dos órgãos julgadores, na verdade geram para eles um aumento do volume de trabalho, por ser consequência de um amplo reconhecimento de direitos e da ineficácia estatal em sua implementação. Acontece, então, quando os cidadãos, em massa, vêm um direito que lhes é reconhecido impossibilitado de aplicação e assim recorrem ao Poder Judiciário para que lhes sejam garantidos o exercício.

Em contraponto, o Ativismo Judicial é considerado uma questão jurídica, é a adoção por parte do Poder Judiciário de uma conduta proativa que vai além da percepção do protagonismo judicial assumido atualmente, o qual devia ter como função controlar os critérios a serem utilizados na prestação jurisdicional.

Sabe-se que, a Constituição Federal de 1988 concebeu ao Poder Judiciário uma ampliação do seu papel político-institucional, proporcionando, então, uma significativa mudança quanto a visão até então concebida acerca deste Poder, fortalecendo, assim, a difusão do ativismo judicial. Mas, o que seria o ativismo judicial? Antes fazer uma abordagem conceitual cumpre trazer alguns aspectos do contexto histórico que ensejou o surgimento do fenômeno.

3 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Segundo, Bosch (2015, p. 5):

A expressão ativismo judicial foi importada dos Estados Unidos após ter sido utilizada pelo professor Arthur Schlesinger Jr. em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na *Revista Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947, no qual ele traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte, separando-os entre os juízes “ativistas” e os juízes adeptos à “autocontenção”.

Mas isso não implica dizer que foi nesse momento que o fenômeno passou a existir. Na verdade, a história aponta um surgimento muito anterior. Novamente, cumpre colacionar as anotações feitas por Bosch (2015, p. 6):

[...] as bases do ativismo judicial foram construídas muitos anos antes e por um longo período em que a Corte foi presidida por John Marshall (Corte Marshall, de 1801 a 1835), com destaque para o famoso caso “*Marbury contra Madison*” que foi decidido no ano de 1803 pela Suprema Corte, sendo a principal referência do controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Poder Judiciário. Este caso abriu a discussão para a possibilidade do Poder Judiciário rever os atos do Congresso praticados em ofensa à constituição. Na eleição de 1800 dos EUA, após John Adams ter sido derrotado por Thomas Jefferson, aquele nomeou vários juízes para cargos relevantes, buscando manter controle sobre o Estado, dentre eles o juiz de paz, William Marbury. Porém, o secretário da justiça do novo presidente se negou a intitular Marbury como juiz, obrigando-o a lançar mão do writ of mandamus perante a Suprema Corte exigindo a entrega do diploma. O Juiz John Marshall foi o relator do processo que concluiu (em 1803), segundo sua interpretação, que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para decidir mandamus contrariava a Constituição Federal, e fundado nesta inconstitucionalidade, deixou de conhecer do mandamus.

Foi um caso emblemático que acabou mudando a história do direito norte-americano, posto que, deu início às reflexões sobre ativismo judicial.

No Brasil, conforme explanado por Tassinari (2013, n.p.) o fenômeno teve início com a Constituição Federal de 1988:

1988. Brasil. Ápice do denominado processo de redemocratização que rompeu com o período ditatorial no país, é promulgada a Constituição Federal da República Brasileira. O texto constitucional apresenta um numeroso rol de direitos (especialmente de cunho social) garantidos aos cidadãos. Reunindo a forma de controle de constitucionalidade inaugurada por Ruy Barbosa quando da fundação da República (em 1890) com o modelo implantado pela Emenda Constitucional n. 16/65, é prevista, textualmente, a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais Poderes, assumindo o Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo cumprimento da Constituição. A partir disso, começam os primeiros debates sobre ativismo judicial no país.

No entanto, convém destacar que a efetiva mudança, inclinada para adoção de uma postura mais proativa por parte do Supremo Tribunal Federal, se deu em meados de 2007. Novamente, traz-se um trecho da obra de Tassinari (2013, n.p.):

2007. Brasil. O Supremo Tribunal Federal é provocado, pela via do instituto da Reclamação Constitucional (4.335/ AC), sobre a possibilidade de extensão, para outro caso, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do artigo que vê da a progressão de regime penal para crimes hediondos , proferida em sede de controle difuso, no julgamento do HC 82.959/ SP. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro traz como regra a atribuição do efeito inter partes para a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa. Pelo art. 52, X, a Constituição Brasileira expressamente prevê a competência do Senado Federal para atribuir efeito erga omnes nestes casos. Resultado parcial do julgamento: a título de mutação constitucional, os votos de dois ministros do Supremo Tribunal Federal atribuem efeito erga omnes à decisão proferida em sede de controle difuso e, em uma leitura que vai contra o texto constitucional, afirmam que ao Senado cumpre , apenas, o papel de dar publicidade à decisão.

Pode-se ver que foram descritas as circunstâncias que deram origem, tanto no Brasil como nos Estados Unidos a um efetivo controle de constitucionalidade, apresentando-se o cenário que viabilizou a aparição das controvérsias referentes a atividade jurisdicional nas duas nações.

Ademais, cumpre fazer algumas comparações das posturas adotadas pelos países mencionados. Deve-se iniciar destacando o fato que nos Estados Unidos, local de onde partiram as primeiras considerações sobre a temática, há mais de dois séculos de discussões, ou seja, durante todo esse período a doutrina norte-americana reflete e produz sobre o assunto. No Brasil é diferente, pois a participação do judicial cresceu e se deu de forma mais intensa, recentemente, após a Constituição Federal de 1988, especialmente a partir de 2007, num momento pós-ruptura do regime militar. Foi após restabelecer-se o estado democrático que se desenvolveu no Brasil a ideia de necessidade de concretização de direitos, pois em virtude da nova percepção de constitucionalismo democrático começou-se a refletir a atividade jurisdicional a partir de uma postura proativa. Assim, evidente a distinção dos contextos históricos que ensejaram o surgimento da problemática em cada uma das nações (TASSINARI, 2013).

Outra singela diferença que acaba por distanciar as posturas, é algo cultural, político, relacionada a diferença das tradições. De modo que, enquanto o Judiciário estadunidense prefere adotar uma postura conservadora, de não intervenção, harmonizando assim com a forte característica liberal do país, a suprema corte do Brasil opta por seguir uma postura

progressista, de alteração do texto constitucional, evidenciando que o Brasil está mais voltado a ideia do estado social (TASSINARI, 2013).

Portanto, é a importação da onda, iniciada no direito norte-americano, para o direito brasileiro, ignorando as diversidades existentes, a crítica que se tece nesse momento. Como bem anotado por Tassinari (2013, n.p.):

Desse modo, sob a influência da doutrina estadunidense, a questão envolvendo o ativismo da magistratura ganhou papel de destaque no cenário jurídico brasileiro. O problema é que, diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, aqui, a atuação do Judiciário mediante uma postura ativista não passou por uma (indispensável) problematização (isto é, por um rigoroso debate acadêmico), no sentido de que, dos contributos trazidos pelos juristas norte-americanos, apenas se aproveitou a intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para concretizar direitos. Em síntese, acabou-se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade. Isso quer dizer que se forjou um ambiente em que, raras exceções, doutrina, juízes singulares e tribunais passaram a conceber o ativismo judicial como característica própria da jurisdição. Ou seja, majoritariamente, a atuação ativista do Judiciário é apresentada como pressuposta, considerada uma “solução” para os problemas sociais ou “uma etapa necessária e indispensável” para o cumprimento do texto constitucional. Manifestações como estas demonstram exatamente a dramaticidade do problema a ser enfrentado.

Enfim, acreditando-se ter feito breve contextualização histórica, apontando-se como se originou as discussões em âmbito mundial, posteriormente na seara nacional, tecendo-se ainda uma crítica a forma como o fenômeno foi internalizado, dar-se-á seguimento ao trabalho apresentando a conceituação anteriormente anunciada.

4 CONCEITUAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL

Conceituar ativismo judicial parece ser uma tarefa simples, principalmente quando se observa a imensidão de materiais disponíveis, tratando-se de tema bastante pesquisado. No entanto, não é isso que se vê, por que diversas são as perspectivas apresentadas e analisando seriamente as produções existentes, nota-se que, a grande maioria, são rasas, limitando-se por vezes a criticar a postura proativa do Judiciário ou até mesmo apresentando conceituações de divergentes.

Assim, ante a confusão terminológica, escolheu-se analisar os limites da atuação jurisdicional, a fim de se chegar a uma conceituação segura, visto que, o próprio termo pressupõe a existência de uma atuação regular e outra a ser considerada exorbitante. Justamente nesse sentido, Machado dispõe que:

A despeito de toda a variedade verificada no emprego da expressão “ativismo judicial”, é possível destacar um núcleo rígido, ainda que singelo, em seu campo semântico. Mesmo quando é utilizada para sinalizar predicados opostos, como liberalismo e conservadorismo, trata-se de sugerir <<algum excesso ou distorção no exercício da função jurisdicional>>. (MACHADO, 2008, p. 21)

Dessa forma, importante se faz enfrentar algumas colocações doutrinárias que, segundo a ótica da autora Tassinari (2013), guiará até uma definição plausível.

Na lição de Elival da Silva Ramos, a problemática do ativismo judicial envolve três pontos, quais sejam: exercício do controle de constitucionalidade, existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito. No que diz respeito a primeira colocação, o autor defende que é preciso buscar a legitimidade do controle de constitucionalidade, dito de outro modo, é necessário discutir se o modelo do Estado Constitucional é o mais adequado para o implemento de uma democracia. Não foi feliz o autor em suas colocações. De fato, existe uma relação entre ativismo judicial e controle de constitucionalidade, mas esse vínculo não tem condão, no Brasil, de legitimar uma discussão dessa magnitude, posto que foi o próprio constituinte, em 1988, que previu expressamente a possibilidade do controle de constitucionalidade, o qual é fruto do pacto democrático (TASSINARI, 2013).

A relação entre os temas, na verdade, diz respeito a forma como é efetivado o controle de constitucionalidade, ou seja, em que termos ele ocorre. Assim, conclui-se ser um

controle legítimo quando é exercido concretizando a Constituição, atribuindo às demandas as soluções constitucionalmente adequadas, em contrapartida, quando no provimento judicial o que se reflete é a vontade ou consciência do intérprete, conclui-se ser ilegítimo, um verdadeiro desvirtuamento do texto constitucional (TASSINARI, 2013).

Outra colocação doutrinária importante trazida por Tassinari (2013) é a de Marcos Paulo Veríssimo. Segundo o autor, o ativismo judicial ‘à brasileira’, como denominou o fenômeno, sofreu influências das principais transformações ocorridas no Supremo Tribunal Federal, quais sejam, o incremento do seu papel político e a sobrecarga de volume de trabalho.

Nesse ponto, quanto ao alto volume de trabalho, é necessário reconhecer que, na verdade, isso está ligado ao fenômeno da judicialização, não decorrendo de uma postura do Judiciário, mas de um novo contexto social instalado, por conseguinte não tem condão de implicar em uma conduta mais proativa do julgador (TASSINARI, 2013).

Veríssimo, reconhece o ativismo judicial como um controle incidente sobre as políticas de ação social no governo. Em partes está acertada a colocação do referido, pois é de assumir as funções de governo que o Judiciário deve ser proibido. Contanto, faltou uma análise mais abrangente quanto as formas de exercício desse controle, posto que o autor relatou, apenas, sobre a sua existência (TASSINARI, 2013).

Após toda análise doutrinária, Tassinari (2013) apresentou um conceito primário, definindo o ativismo judicial como um processo político no qual, revestido de supremacia, o Poder Judiciário age excedendo a competência que lhe foi atribuída constitucionalmente.

A fim de dar mais robustez ao conceito apresentado, buscou-se analisar a obra de Ramos (2015, p. 131) segundo o qual:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício a 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 (conflitos normativos).

Conclui-se, portanto, o ativismo judicial como uma atitude, segundo a qual escolhe-se uma forma específica e proativa de interpretar a Constituição, dando expansão ao seu sentido e alcance. É um fenômeno que surge, normalmente, quando há uma inércia do Poder

Legislativo, de tal forma que demandas sociais ficam impedidas de serem atendidas de modo efetivo.

Nessa linha, Barroso (2009, p. 5) explica que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. 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.

Com o objetivo de legitimar a conduta ativista, os defensores do fenômeno alegam que a atuação ocorre nos limites das atribuições determinadas pela Constituição Federal. No entanto, é justamente nesse ponto que mora o problema, pois para entender quais são as atribuições constitucionais, necessária se faz a análise das concepções existentes sobre limites de uma jurisdição constitucional. Contudo, ciente da extensão da reflexão proposta, nesse trabalho será frisado no modelo conceitual no qual está inserido a maioria dos estudos constitucionais contemporâneos, o modelo axiológico de Constituição como norma.

5 DA INFLUÊNCIA DA TEORIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo, teoria constitucional contemporânea, é um modelo axiológico de Constituição como norma, que defende um alargamento da atividade jurisdicional, com base nos novos textos constitucionais substanciais. Segundo essa corrente, a adoção de “uma prática jurisdicional diferenciada, pautada em parâmetros interpretativos de ordens distintas, como os valores” (MACHADO, 2008, p. 12), é consequência necessária dos textos substantivos, onde situam a Constituição Federal de 1988.

Assim, a fim entender melhor os fundamentos apresentados pelos que defendem a ideia de alargamento da atividade jurisdicional, escolheu-se analisar a proposta de Dworkin de jurisdição constitucional como fórum autêntico de moralidade política, para tanto, aproveitou-se da abordagem teórica realizada por Machado (2008).

Ronald Dworkin escreveu sobre o papel da jurisdição constitucional. Em sua obra, “Levando os direitos a sério (conjunto de artigos)” tomou Herbert L.A. Hart com alvo de sua crítica ao positivismo, por considerá-lo detentor da versão positivista mais sofisticada. O ponto crucial da teoria dos dois era a discricionariedade judiciária. Hart em seus ensinamentos defendia tanto a corrente mecanicista, a qual descreve a atividade jurisdicional como mero exercício de cognição cuja aplicação ocorre nos casos fáceis, quanto a corrente cética ou realista segundo a qual a atividade jurisdicional figura como verdadeira criação do direito, sendo essa aplicada nos casos difíceis. Logo, numa análise de um caso que não existisse norma-regra prevista, ficava a cargo do juiz decidir segundo suas convicções. Era, justamente, com esse decisionismo que Dworkin não concordava (MACHADO, 2008).

Para Dworkin essa é uma visão distorcida do sistema jurídico, o qual é composto não só por regras, mas também por princípios e política, sendo as primeiras aplicadas na modalidade tudo-ou-nada, enquanto que os princípios de acordo com a técnica de ponderação (MACHADO, 2008).

O referido, trabalhava a relação existente entre Direito e Moral em duas concepções, a “concepção centrada no texto legal” e a “concepção centrada nos direitos”. Segundo ele, a primeira, vinculada ao positivismo, defende que o Estado só pode agir seguindo as determinações constantes na legislação em sentido amplo, a qual determina a ação do governo

e dos cidadãos, cujas regras apenas são modificadas através do processo estabelecido por outras regras. Segundo essa concepção, não se avalia o conteúdo das regras apostas, ou seja, não interessa se são justas ou não, apenas devem ser seguidas, uma vez que qualquer análise de mérito implica em subjetivismo. Para essa concepção, a melhor decisão é fruto de uma interpretação gramatical/literal dos dispositivos elaborados pelas autoridades legislativas competentes (MACHADO, 2008).

Para segunda, defendida pelo mencionado, o cerne é outro, visualiza-se nessa concepção as pessoas como portadoras de direitos e deveres morais. Aqui, a interpretação legal não é apenas literal, é preciso analisar questões de justiça. Reconhece-se que existem normas jurídicas como fontes de direitos morais, as quais guiam o julgador para o sentido que melhor se ajuste ao direito de fundo das partes, ou seja, uma decisão tomada a partir de um fundamento de moralidade política, a qual está relacionada ao princípio da isonomia, dito de outro modo, dever de tratamento igualitário (MACHADO, 2008).

Para o autor, a jurisdição constitucional se revela o mais adequado fórum de moralidade política, se constituindo como fórum autêntico de princípio, isto porque, quem decide extrai sua legitimidade do melhor argumento (MACHADO, 2008).

Para Dworkin, a <<jurisdição constitucional>> é o mais adequado fórum da moralidade política, porque se compromete com a busca do melhor argumento de princípio. O bom argumento legitima a decisão. (DWORKIN *apud* MACHADO, 2008, p. 43).

Essa teoria coloca no Poder Judiciário uma excessiva confiança, ante a necessidade de ser realizada uma leitura moral da Constituição, possuindo o juiz o dever de coerência vertical e horizontal no exercício de suas atividades. O órgão julgador deve se basear nos argumentos de princípio político, segundo os quais as decisões devem promover algum bem coletivo (MACHADO, 2008).

Dworkin apresenta, em contrapartida, uma versão depreciativa do Poder Legislativo. Esse Poder, segundo o autor, pode decidir tanto com base em argumento de princípio político, como em argumento de procedimento político, segundo qual as decisões são justificadas em virtude do exercício de direito político de um cidadão, sendo legitimado pela representação (MACHADO, 2008).

Apresentada a ideologia de Dworkin, Machado traz algumas críticas doutrinárias apresentadas por outros doutrinadores, esse assunto será o objeto do próximo capítulo.

6 UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL A LUZ DAS CRÍTICAS APRESENTADAS A DOUTRINA DE DWORKIN

Neste capítulo serão expostas, conforme anunciado, algumas críticas às teses de Dworkin, para fins didáticos, far-se-á uma correlação entre a crítica apresentada e alguns casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, continuando, um dos doutrinadores que apresenta crítica as teses de Dworkin, é Jeremy Waldron. Waldron alega que Dworkin contribui para uma visão marginalizada da atividade legislativa fortalecendo sobremaneira a credibilidade da decisão judicial. Tal consideração no cenário brasileiro parece ser cômica, pois recheado de motivos que justificam o descrédito no Legislativo. No entanto, entende-se, não ser prudente dá superatribuições a um Poder em virtude da ineficácia do outro (MACHADO, 2008).

Waldron traz duas críticas. A primeira, na crença difundida que os tribunais estão comprometidos com o Império do Direito e não com o Império da maioria, alegando que as teorias constitucionais contemporâneas ignoram o desacordo moral típico da sociedade pluralista. Defende, portanto que, se há desacordo sobre questões de justiça estas devem ser discutidas em procedimentos que possibilitem ampla participação social considerando assim a legislação como o fórum mais apropriado; a segunda, a ironia de que toda decisão colegiada resulta da vontade da maioria, questionando o porquê da maioria do Judiciário prevalecer sobre a maioria do Parlamento. Concluindo, então, que o Poder Judiciário deveria, na verdade, assegurar o funcionamento do jogo político para que em cada etapa histórica a maioria política realizasse suas escolhas valorativas (MACHADO, 2008).

Quanto a primeira crítica, cumpre ressaltar que foi baseado na lógica explanada que o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a fixação da data limite de 31 de março para que estejam completas as idades mínimas de quatro e seis anos para ingresso, respectivamente, na educação infantil e no ensino fundamental (ADC 17 e ADPF 292).

O referido tribunal entendeu que a legislação (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei 9.394/1996 e as normas do Conselho Nacional de Educação) é o fórum mais apropriado para a apreciação do assunto, pois antes de se definir sobre a adoção da mencionada data como corte de idade para matrícula na educação básica procedeu-se com a

realização de debates, inclusive por meio audiências públicas com especialistas de todo o País, ao teor das informações apresentadas pelo próprio Conselho Nacional de Educação. Não cabendo, portanto, àquela corte substituir a lei sem, sequer, ter promovido amplos debates, realizado audiências públicas ou ouvido os peritos da área.

Em contraponto, fato inverso foi verificado no caso da liberação de pesquisas envolvendo células embrionárias, oportunidade em que o tribunal funcionou como fórum mais apropriado, tendo em vista a ampla participação social, conforme anotações de Barroso (2009, p. 7):

Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.

Quanto a segunda crítica, julga-se sensato o entendimento desenvolvido pelo autor, pois não se pode ignorar que muitos dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, versando sobre matérias importantíssimas (a exemplo das garantias constitucionais), são decididos com base na maioria simples dos votos dos ministros da Corte.

Isso, então, faz com que seja levantada a questão: Como pode o Poder Judiciário mudar o que foi esposado pelo legislador num assunto que nem internamente há, um representativo e necessário, consenso? Como pode o Poder Judiciário interferir nas legislações dos mais diversos ramos do direito, ignorando as peculiaridades e garantias constitucionais que lhe são inerentes?

Isso no âmbito do direito penal pode ser um grande problema, ramo de trato delicado, pois tem o condão de restringir o direito à liberdade de locomoção. Não é que este seja o mais importante dos ramos, longe disso, uma vez que o Direito Constitucional é que goza dessa supremacia, tendo em vista que a Constituição Federal que prevê a imensa maioria dos direitos existentes, sendo, portanto, o topo do ordenamento jurídico, de modo que os demais ramos, apenas, disciplinam de modo esmiuçado os direitos constitucionalmente previstos, trazendo, a título complementar, direitos que não gozam da magnitude constitucional.

O caso, é que para que todos os ramos tenham sucesso, o direito penal precisa ter força. É que a sensação de impunidade desemboca na anarquia, na bagunça, lugar onde nenhum dos ramos tem suas normas respeitadas.

No direito penal, não há um núcleo de direitos tutelados, na verdade, ele só incide quando as armas disponíveis aos demais ramos se fazem ineficazes, por isso chamado de *ultima ratio*, sendo, então, responsável por proteger a integridade e o respeito a todos os ramos. Assim, é por conta das peculiaridades citadas, que toda matéria que envolve o direito penal merece cautela. Devendo-se ter sempre atenção, dentre outros, ao princípio da reserva legal ou da estrita legalidade e a vedação da analogia *in malam partem*. (MASSON, 2017)

Reconhece-se que cabe ao Poder Judiciário o dever de conservar e a promover os direitos fundamentais, especialmente das minorias que por essa condição, geralmente, não tem representatividade no Legislativo, ainda que isso contrarie a maioria política. É uma condição para o perfeito de funcionamento da democracia, que está relacionado ao poder do povo, povo em geral, incluindo-se, portanto, a maioria e também as minorias. Assim, quando dois direitos entram em conflito, nem que seja um conflito aparente, deve-se sopesar qual deles vai prevalecer no dado caso. Mas qual o problema? O problema é quando uma das garantias em discussão incide no âmbito do direito penal.

Esse foi o caso da ação que tratou da criminalização da homofobia e transfobia, MI 4733 e ADO 26. Cumpre trazer um breve resumo do que foi decidido apontando os fundamentos utilizados. Por oito votos a três, a Corte decidiu pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como crime tipificado na Lei do Racismo - Lei 7.716/1989, reconhecendo a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Essa é a orientação que deverá ser seguida até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

Nesse caso, ficaram vencidos os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Os dois primeiros, muito embora tenham reconhecido a mora do Legislativo entendem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo, caso contrário estaria se atentando contra o princípio da reserva legal, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos que promove a segurança jurídica de todos. Por outro lado, o ministro Marco Aurélio, não reconheceu nem sequer a mora. A maioria do tribunal votou no sentido que a criminalização da homofobia é fundamental em virtude dos diversos atos discriminatórios praticados em face dos homossexuais e que a matéria envolve a proteção constitucional dos direitos fundamentais, das minorias e de liberdades.

Contudo, não é certo concluir que os ministros que votaram contra a criminalização são a favor da violência, ao contrário, todos os votos proferidos repudiam a discriminação, o ódio, o preconceito e a violência por razões de orientação sexual e identidade de gênero. A divergência pairava sobre qual meio poderia ser utilizado para que houvesse a criminalização pretendida.

Consignando a criminalização com um passo importante na proteção dos grupos minoritários, Ricardo Lewandowski relatou ser incontestável que deve ser reconhecida a mora legislativa. Entretanto, defendeu que aquela suprema corte pouco poderia fazer. Completou ainda dizendo, não ser prudente invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção números 670, 708 e 712 em virtude de uma diferença fundamental a incidir neste caso: o processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta. A fim de reforçar seu posicionamento, o ministro lembrou de precedente da própria corte, no qual afirmou-se que:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 121835-PE. Agravante: Ministério Público Federal Agravada: José Porfírio de Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de novembro de 2015.)

Concluindo este ponto, vale esclarecer que, não é que se defenda aceitação como natural da mora do Legislativo, na verdade, defende-se que é preciso entender que alguns assuntos não podem ser resolvidos simplesmente com a edição de um acordo de efeito vinculante e pronto.

Retomando as críticas doutrinárias. Outro autor que também discorda da teoria trabalhada por Dworkin é Habermas, segundo o qual, em uma sociedade pluralista as razões de bem invocada pelo Judiciário numa decisão, poderão não ser tidas como consensuais (MACHADO, 2008).

Para ele, a tese de Dworkin “Trata-se de reduzir a moralidade política a um único ator, o juiz, que deve reunir um arsenal de virtudes, inspirado no modelo ideal do juiz Hércules, o qual lhe permita um acesso privilegiado à verdade, à justiça.” (MACHADO, 2008, p. 44).

Nesse sentido, reflete que “Se o juiz Hércules pode chegar, sozinho, ao melhor argumento, é sinal de que há uma concepção partilhada acerca de qual seja este argumento, o que habilita Hércules à tarefa de “encontrá-lo”. ” (MACHADO, 2008, p. 45).

No entanto, ressalta que essa concepção traduz uma forte crença nas tradições culturais ignorando, as rupturas frequentemente existentes, bem como a diversidade (MACHADO, 2008). Não é dizer que essa concepção do juiz Hércules esteja de todo errada, mas sua aplicação no direito brasileiro encontra-se prejudicada em virtude da diversidade cultural e, por conseguinte, das ideologias tidas como corretas. Pôr em prática a crença no juiz Hércules, e na sua capacidade de encontrar a melhor solução, põe em perigo a segurança jurídica, pois diante da diversidade de soluções existentes não se sabe qual será a solução julgada adequada.

A fim de exemplificar, convém trazer o caso recentemente julgado pela suprema corte, a prática dos sacrifícios de animais em relação a religiões de matriz africana. De um lado, uns defendiam que o ritual praticava crueldade e maus tratos, do outro que deveria ser respeitado o direito fundamental que é a liberdade religiosa.

O julgamento foi unânime, para autorizar a prática e reconhecer o direito de todas as religiões em sacrificar animais em cultos. Segundo os ministros, há desconhecimento sobre como são conduzidos os rituais nas religiões de matriz africana. Defenderam que não se trata de sacralização para fins de entretenimento, completando que ocorre sem o sofrimento inútil do animal. Mas a pergunta que surge: a solução adotada era a única possível? Não. Mas foi a julgada mais adequada pela corte. Reflete na melhor solução aos olhos de todos? Possivelmente não, as vezes por conta de preconceito, ou até mesmo por se presenciar efetivamente no dia-a-dia a ocorrência de maus-tratos praticado por pessoas que não estão seguindo as lideranças dos terreiros tradicionais. Mas esse é o entendimento que deverá ser aplicado por todos os tribunais e juízes do país em casos semelhantes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, visando atender objetivo geral inicialmente apresentado, acredita que sim, há alguns limites que devem ser observados pelo Poder Judiciário quando da adoção de uma postura proativa.

Primeiramente, acredita-se num limite quanto a matéria. Essa limitação incide quando o caso em apreço envolve matéria penal, mais especificamente restrição de garantias constitucionais. Percebe-se que no caso da criminalização da homofobia e transfobia, a corte promoveu verdadeira criação legislativa a pretexto de garantir efetividade ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal. No entanto, esqueceu-se que o princípio da estrita legalidade também goza de status constitucional, estando previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Não cabe ao Judiciário a função de criminalizar condutas no exercício da atividade jurisdicional, devendo-se recordar que a suprema corte rechaçou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, que mais se assemelham a uma lei que uma decisão judicial. No caso da Convenção de Palermo, reafirmou-se a indispensabilidade da existência de lei, em sentido estrito, para que fosse viável a punição penal de determinada conduta (Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 121835, de relatoria do Ministro Celso de Mello)

O segundo ponto a ser tratado, está relacionada a uma limitação oriunda de uma instituição, o próprio Poder Legislativo. Isto por que, é preciso que o Poder Legislativo acorde e reivindique a atuação típica que lhe é inerente como fez no caso que posteriormente gerou o Mandado de Segurança nº 27931, relatado por Celso de Mello.

Nesse caso, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da deliberação do Presidente da Câmara dos Deputados, segundo a qual o trancamento da pauta da Câmara dos Deputados por conta de medidas provisórias não analisadas no prazo de 45 dias, contados de sua publicação, só alcançava projetos de lei sobre temas passíveis de serem tratados por Medida Provisória. A referida autoridade explicou o grande problema que o levou a adotar tal entendimento, qual era, àquela casa ficaria praticamente o ano todo com suas atividades paralisadas em virtude das votações das medidas

provisórias. A medida foi pensada como uma solução que lhes permitiriam efetivamente legislar. Dito de outro modo, o exercício da função atípica do Poder Executivo estava inviabilizando a execução das funções típicas do Legislativo.

Fato semelhante foi narrado nesse trabalho. O Poder Judiciário tem invadido áreas que não são de sua competência. Assim, acredita-se que cabe ao Legislativo novamente reivindicar seu espaço.

O problema, é que muitas vezes, a mora do Legislativo é proposital. Isso mesmo, o Legislativo se abstém de decidir casos polêmicos para evitar sua responsabilidade por decisões impopulares.

Tanto é assim que quando o Poder Legislativo quer, ele dá uma resposta a postura do Judiciário. Isso aconteceu no caso da vaquejada, quando o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a lei cearense que regulamentava vaquejada, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983. Imediatamente, após a decisão da corte, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.364/2016, elevando o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Ainda, ciente da possibilidade de a mencionada lei ser julgada também, inconstitucional, o Congresso Nacional decidiu alterar a própria Constituição, nela inserindo a previsão expressa de que são permitidas práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais. É o chamado efeito *backlash*¹.

¹ Para melhor entender esse efeito, cumpre trazer um resumo do processo elaborado por Marmelstein (2015):

“ (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.”

De mais a mais, imperioso reconhecer que a difusão do ativismo judicial tem parcela de contribuição da doutrina, a qual atualmente deixou de exercer sua função, doutrinar, concentrando sua fala no que o Judiciário diz ser o direito (STRECK, 2018).

Por fim, acredita-se que os objetivos deste estudo foram atingidos, ao passo em que conseguiu-se explanar alguns limites incidentes sobre o ativismo judicial. As ideias trazidas no presente estudo possibilitaram uma breve compreensão, a partir da análise de fontes doutrinárias e acadêmicas, sobre a problemática que envolve o ativismo judicial no Brasil.

Em atenção à complexidade do tema, é evidente que não houve seu esgotamento. Dessa forma, esse estudo teve o intuito além de promover uma reflexão, de auxiliar pesquisas futuras que visem analisar a problemática da atuação proativa que vem sendo adotada, irrestritamente, pelo Judiciário brasileiro.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2008. Dissertação (Mestrado em Teoria de Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf>. Acesso em: 7 maio 2019.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas à atuação judicial. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 11 out. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. 1 v.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/16194498/jurisdicao-e-ativismo-judicial-limites-da-atuacao-do-judiciario-clarissa-tassinari-2013#pf25>. Acesso em: 30 maio 2019.