



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE CONCRETIZAR NORMAS
CONSTITUCIONAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Dáyna Teixeira Mendes

Rio de Janeiro
2020

DÁYNA TEIXEIRA MENDES

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE CONCRETIZAR NORMAS
CONSTITUCIONAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Artigo Científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson Carlos Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro

2020

O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE CONCRETIZAR NORMAS CONSTITUCIONAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Dáyna Teixeira Mendes

Graduada pela Universidade Federal
Fluminense. Bacharel em Direito.

Resumo – a Constituição da República de 1988 estabeleceu uma série de direitos e garantias fundamentais e trouxe em seu texto muitas cláusulas abertas, o que ampliou o poder de interpretação do aplicador da lei. Com isso, o Poder Judiciário assumiu um protagonismo e passou a decidir questões que antes não eram levadas a ele. Essa atuação do Judiciário sofre críticas, pois violaria o princípio da separação dos poderes e faltaria legitimidade democrática em sua atuação. Mas essa atuação também pode ser vista como positiva, uma vez que sua legitimidade decorreria de seu papel de garantidor dos direitos fundamentais. Diante disso, busca-se nesse trabalho analisar essa nova atuação do Judiciário que, diante da mora e omissão legislativa, bem como de uma sociedade plural e em constante evolução, deve ir além da aplicação fria da lei e, com um viés protetivo, assegurar os direitos fundamentais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Direitos fundamentais. Legitimidade democrática.

Sumário – Introdução. 1. O protagonismo do Poder Judiciário em um modelo pós-positivista. 2. Os Tribunais e a concretização das normas constitucionais. 3. Aspectos divergentes de uma postura ativista do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário passou a assumir um protagonismo no cenário político que antes pertencia em maior medida ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

Nesse contexto, muitas das decisões proferidas pelo Judiciário podem ser dotadas de natureza política, o que pode gerar uma tensão entre o Poder Judiciário e os demais poderes.

A Constituição previu como cláusula pétrea o princípio da separação dos poderes, que é uma forma de impedir que sejam cometidos abusos por determinado poder, funcionando como um sistema de freios e contrapesos.

Embora esse princípio se apresente como um limitador da atuação dos poderes, deve ser considerada a necessidade de harmonia e cooperação entre eles para atingir o preceitos estabelecidos na Constituição.

Assim, de um lado está o princípio da separação dos poderes e de outro os direitos fundamentais que precisam ser efetivados, sendo o princípio da dignidade humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Dessa forma, ao mesmo tempo em que a

atuação judicial é utilizada como meio de garantir o exercício dos direitos dos cidadãos, também deve ser utilizada com cautela ao assumir uma postura ativista de modo a evitar uma instabilidade e insegurança jurídica.

Nessa linha, a pesquisa tem como objetivo analisar se essa expansão da atuação do Poder Judiciário é uma forma de violação do princípio da separação dos poderes, partindo do pressuposto que uma decisão ativista vai além das funções do Judiciário, invadindo a competência de outro poder, ou se essa atuação se legitima em razão da afirmação de um Estado Democrático de Direito e garantia dos direitos fundamentais.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando a mudança ocorrida quanto à atuação do Poder Judiciário na aplicação do direito num modelo pós-positivista, seu crescente protagonismo e relação com os demais poderes. Isso porque, em momento pretérito, o Judiciário era o poder com menos expressão, havendo mais evidência ora do Legislativo ora do Executivo.

Na sequência, o segundo capítulo irá analisar como os tribunais, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, vem enfrentando questões relativas a mandados constitucionais que chegam à esfera judicial. Serão expostos dois casos que chegaram ao Supremo e uma breve análise será feita sobre ambos, apresentando uma diferença entre o que se entende por judicialização e por ativismo judicial.

Para tanto, serão analisados o Recurso Extraordinário nº 684.612, com repercussão geral reconhecida e ainda pendente de julgamento, no qual se discute os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado. Assim como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que equiparou condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo.

Por fim, o último capítulo irá analisar as problemáticas e críticas existentes em torno da crescente atuação do Judiciário na vida social, abordando questões como legitimidade democrática e dificuldade contramajoritária, bem como os aspectos positivos que decorrem dessa atuação.

A pesquisa será desenvolvida em uma abordagem qualitativa, com base no método hipotético-dedutivo, utilizando-se de proposições hipotéticas para análise do objeto da pesquisa a partir de um problema observado no mundo dos fatos.

Para atingir o objetivo metodológico, bibliografia e jurisprudência pertinentes ao tema serão utilizadas como fontes de pesquisa.

1. O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO EM UM MODELO PÓS POSITIVISTA

A Constituição da República estabelece em seu artigo 2º que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹. Cada um desses poderes tem sua forma de organização e suas funções estabelecidas no texto constitucional no Título IV, que cuida da Organização dos Poderes.

Essa divisão dos Poderes do Estado foi desenvolvida por Montesquieu em seu livro “O Espírito das Leis”. E essa ideia surgiu como forma de sistematizar os Estados de Direito, no sentido de que somente quando os poderes máximos do Estado se colocam em um mesmo plano é que podem ser controlados de forma recíproca. Isso, conseqüentemente, permite uma situação de equilíbrio entre os poderes e garantia dos direitos dos cidadãos².

Embora não haja prevalência de um poder sobre o outro, funcionando todos de forma sistêmica como poderes do Estado, o que se percebe ao longo da história é que os Poderes Legislativo e Executivo ficavam muito mais em evidência do que o Poder Judiciário.

Esse fato se relaciona com o pensamento positivista. Tendo Hans Kelsen como seu principal teórico, o positivismo jurídico trazia a ideia de que o julgador era um aplicador da norma, não havendo espaço para influência dos valores em relação às normas. O Direito se encontra na norma, tendo ela valor em si, pois decorre da positividade da própria ciência jurídica³. Dessa forma, a norma dotada de caráter abstrato possibilita solucionar o caso concreto por meio da subsunção.

De acordo com Flávio Ahmed⁴, “nessa perspectiva a sentença é um ato de silogismo onde o sujeito revela a norma, através da vontade do legislador ou capturado na vontade da lei, como se houvesse uma cisão de objeto”. Assim, o que havia era uma aplicação fria da lei que era posta pelo legislador e aplicada pelo julgador no caso concreto.

Com o passar do tempo se viu a necessidade de operar uma mudança na aplicação e na forma de ver o direito. Essa alteração no campo jurídico teve início na Europa no período pós Segunda Guerra Mundial e na América Latina após o período das ditaduras militares, em que se constatou um desgaste nas relações institucionais e necessidade de novas Constituições de modo a garantir no plano constitucional direitos suprimidos pelos regimes autoritários.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2019.

² MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 78.

³ AHMED, Flávio. Apontamentos sobre Segurança Jurídica, Estado Constitucional e Protagonismo Judicial. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: Desafios em tempos de incertezas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017, p. 218.

⁴ Ibid.

Assim, os direitos fundamentais deveriam ser amparados pelo ordenamento jurídico e a Constituição deveria conferir a eles normatividade. Se de um lado tentou-se superar a aplicação fria da lei, indo além da subsunção do fato à norma, direcionando a jurisdição constitucional para um viés mais protetivo, de outro foi aberto um caminho para a discricionariedade do julgador⁵.

No Brasil, o protagonismo judicial ascendeu, principalmente, com a Constituição democrática. A Constituição de 1988 trouxe em seu texto muitas cláusulas abertas, fazendo com que elas fossem concretizadas pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, surgiu uma nova maneira de ver o direito, denominado de pós-positivismo⁶, ficando a Constituição no centro do ordenamento jurídico como uma norma suprema que serve de parâmetro para as demais normas, ocorrendo a aproximação do direito com a moral.

Diante desse novo papel da jurisdição constitucional, Flávio Ahmed⁷ entende que:

Em primeiro lugar, temos, com a constitucionalização, o nascimento da jurisdição constitucional e o próprio surgimento do Estado constitucional, aonde a Constituição deixa de ser um texto destinado a regular a atividade estatal para regular a própria sociedade.

Com a constitucionalização, a jurisdição constitucional, que irá possuir função fundamental de limitação e racionalização, controlando o poder estatal, salvaguardando os direitos das minorias e reparando os perigos a que fica exposta a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a jurisdição constitucional não apenas controla o poder estatal, mas garante o direito das minorias e os direitos fundamentais. A Constituição assume uma posição central no ordenamento jurídico, sendo esse novo modelo marcado pela normatividade dos princípios, os quais servem de orientação para os julgadores na aplicação da norma, e pelo maior espaço de atuação do intérprete da norma.

Nesse novo contexto, o Poder Judiciário se tornou um novo espaço de debate de questões que competiam a outros poderes e antes não eram levadas ao Judiciário, ou seja, decisões que deveriam ser tomadas em outras arenas da política foram conduzidas ao Judiciário.

Passou-se a ter um forte agir político do Judiciário, mormente porque o Poder Judiciário tem a possibilidade de questionar atos do Executivo e do Legislativo, controlando

⁵ Ibid., p. 219.

⁶ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-Positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 30.

⁷ AHMED, op. cit., p. 221-222.

seus atos. Além de decidir demandas impondo aos outros poderes adoção de medidas, como a edição de leis pelo Legislativo, por meio do Mandado de Injunção, ou uma obrigação de fazer ao Executivo na implementação de políticas públicas.

Essas determinações do Poder Judiciário possuem como fundamento a garantia do exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. No entanto, essa amplitude conferida ao intérprete quanto à interpretação da lei pode fazer surgir alguns questionamentos referentes à discricionariedade das decisões judiciais, pois a discricionariedade é um caminho que pode levar a arbitrariedade.

O que se deve ter em mente é que o julgador, na verdade, não tem uma discricionariedade de forma ampla e desmedida, uma vez que todas as suas decisões devem ser fundamentadas sob pena de nulidade, conforme previsão encontrada na Constituição.

A função do Judiciário é a de concorrer para a harmonia e o equilíbrio da sociedade, com fim de aplicar a justiça nas relações sociais e garantir os direitos constitucionalmente previstos⁸. Entretanto, a questão que surge é até que ponto pode o Judiciário adentrar no campo de atuação dos demais poderes.

O legislador, ao lançar direitos fundamentais e sociais nas leis, apresentou verdadeiras estruturas pragmáticas, deixando sua implementação para o Executivo e ao Judiciário competiu a garantia da sua efetividade⁹. A Constituição de 1988 ampliou o acesso à justiça e, dessa forma, viu-se no Judiciário um caminho de concretização dos direitos constitucionalmente previstos.

Tem-se então que, inertes os poderes Executivo e Legislativo, seja na forma prestacional dos direitos sociais previstos na Constituição, seja legislando sobre questões atinentes à evolução da sociedade, competiu ao Judiciário, com fundamento em valores e princípios resolver tais questões.

Nesse sentido, José Renato Nalini¹⁰ entende que essa Constituição principiológica pretendeu resolver todos os problemas brasileiros, adotando princípios elásticos de modo a adaptar o texto ao caso apresentado. Com isso, a discricionariedade interpretativa do julgador foi ampliada.

O desafio que surge é como conferir efetividade às normas constitucionais sem que isso implique em uma violação ao princípio da separação dos poderes. Se diante de uma

⁸ MACHADO, op. cit., p. 94.

⁹ RAGUENET, Pedro. *Ativismo Judicial. O mito e a realidade*. Rio de Janeiro: Vozes Ltda., 2011, p. 30-31.

¹⁰ NALINI, José Renato. Juiz Ativista ou Consequencialista. In: RÊGO, op. cit., p. 457.

situação deve prevalecer a tripartição dos poderes, que é cláusula pétrea da Constituição, ou se é possível sua flexibilização diante dos direitos fundamentais postulados.

O que se tem visto na prática, nas decisões dos tribunais e do Supremo Tribunal Federal, é que vem ocorrendo essa flexibilização, assumindo o julgador o papel de um legislador positivo, havendo em suas decisões maior relevância dos princípios sobre as normas postas.

2. OS TRIBUNAIS E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Nesse novo papel assumido pelo Judiciário, de dar efetividade as normas constitucionais, muitas questões são levadas a sua esfera de modo que haja concretização dos direitos constitucionais.

Na ausência da atuação dos poderes Legislativo, ao editar uma lei, ou do Executivo, ao cumpri-la, cada vez mais questões são judicializadas, cabendo ao Poder Judiciário resolvê-las e determinar que medidas sejam adotadas pelos demais poderes.

Assim, se a Constituição garante o direito à saúde e à educação, por exemplo, e o cidadão não consegue uma vaga em unidade de saúde pública ou em estabelecimento de ensino, recorre ao Judiciário para que esse direito seja observado, dando concretude ao que foi estabelecido pelo legislador.

Judicializar determinada questão, nesse sentido, faz com que o Poder Judiciário decida questões tipicamente políticas que são levadas a ele, pois vai determinar que o Poder Público atenda a demanda individual do cidadão que foi exigida em uma ação judicial. O Judiciário passou a ser buscado para dar efetividade à Constituição e às leis infraconstitucionais.

Diferentemente, no ativismo judicial, embora o Judiciário também atue com interferência em questões dos outros poderes, ele tem uma participação mais intensa e mais ampla para concretizar os valores constitucionalmente estabelecidos. Nesse tipo de protagonismo judicial, o magistrado aplica a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, impondo condutas e abstenções ao Poder Público, e a interpreta de modo a expandir seu sentido e alcance¹¹.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em: 04 out. 2019.

Estabelecendo uma diferenciação entre essas duas espécies de protagonismo judicial, o ministro Luís Roberto Barroso¹² ensina que:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

A questão que se impõe é se ao agir dessa forma mais proativa não estaria ocorrendo uma interferência indevida, uma violação à tripartição dos poderes. Se o Judiciário determina que o Poder Público forneça uma vaga para internação de determinado cidadão em unidade de saúde em que não há vagas para tratamento, não haverá criação de uma nova vaga de um dia para outro, pois isso depende de planejamento e orçamento.

O mesmo entendimento se aplica quando é determinado pelo Poder Judiciário o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de algum medicamento. Assim, se de um lado está a observância ao limite de atuação de cada Poder, de outro está a efetividade dos direitos dos cidadãos.

No âmbito do direito à saúde, cabe ressaltar o entendimento de que decisões na esfera judicial garantindo a determinado cidadão obtenção de medicamento ou tratamento de forma individual seria uma violação à separação dos poderes constitucionalmente estabelecida, uma vez que o art. 196 da CRFB/88 deve ser lido como garantia de um direito coletivo e não individual. Dessa forma, esse direito deve ser garantido por meio de políticas públicas sociais e econômicas coletivamente consideradas, e não de forma individual como vem fazendo os tribunais do país.¹³

No entanto, o entendimento que vem prevalecendo nos tribunais é no sentido de que não há violação ao princípio da separação dos poderes quando o objetivo do Judiciário é sanar omissão legislativa ou inércia do Executivo, fazendo prevalecer os direitos fundamentais e concretizando as normas programáticas estabelecidas na CRFB/88. Mostra-se, na verdade, um verdadeiro sistema de freios e contrapesos entre os poderes.

¹² *Ibid.*, p. 25.

¹³ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35.

Nos autos do Recurso Extraordinário nº 684.612¹⁴, o parecer da Procuradoria-Geral da República menciona o entendimento do Ministro Gilmar Mendes na Suspensão Liminar 47 sobre o assunto, e merece ser citado nesse ponto seu entendimento:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

Diante disso, as normas programáticas devem ser interpretadas como metas a serem alcançadas e realizadas pelo Poder Público, constituindo um direito diretamente aplicável.

No que toca à discussão dos limites do Poder Judiciário ao determinar obrigações aos demais poderes, ressalta-se o já mencionado Recurso Extraordinário nº 684.612¹⁵, com repercussão geral reconhecida, que discute os limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado. A discussão recai sobre a contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, considerando o déficit de pessoal e a necessidade de realização de concurso público.

Esse Recurso Extraordinário tem origem em uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, tendo como base uma inspeção técnica realizada pelo Conselho Regional de Medicina no Hospital Municipal Salgado Filho. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a sentença e determinou que fosse suprida a deficiência de pessoal por meio de concurso público, bem como sanadas irregularidades estruturais e de funcionamento naquela unidade de saúde apontadas no relatório de inspeção.

Conforme mencionado no Recurso Extraordinário, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ressaltou que a implementação de políticas públicas somente fica inviabilizada quando o respectivo financiamento pode efetivamente comprometer as contas do ente federativo, representando risco para outras atividades essenciais. Para tanto, essa hipótese deve ser demonstrada pelo Poder Público no caso concreto. Não sendo esse o caso, é possível tal determinação pelo Judiciário, pois lei de meios permite alocar receitas, assim como possibilita o remanejamento de verbas.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 684.612*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

¹⁵ *Ibid.*

Diante de tantas questões semelhantes que chegaram ao Supremo Tribunal Federal acerca de prestações de saúde pelo Estado, foi convocada uma audiência pública em matéria de saúde pública a fim de ouvir especialistas no assunto.

Foi constatado que essa deficiência na prestação de serviço público de saúde está muito mais relacionada à execução das políticas públicas já existentes do que a falta de implementação de políticas públicas. Seguindo essa linha de entendimento, o Poder Judiciário, então, apenas determina o cumprimento de uma política que já foi prevista pela Administração Pública anteriormente, mas que é ineficazmente executada.

Dessa forma, partindo do entendimento de que houve uma omissão ao que foi estabelecido pelo próprio legislador ou pelo Executivo, o Judiciário não substitui esses poderes, apenas garante que o mínimo essencial seja observado, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana com o atendimento da saúde, mesmo que haja escassez de recursos públicos.

De outro lado, a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26¹⁶ em junho de 2019 repercutiu bastante na sociedade. Essa decisão equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo.

Em síntese, pretendeu-se na Ação de Inconstitucionalidade por Omissão que a homofobia e a transfobia fossem consideradas espécies do gênero racismo, na medida em que racismo seria toda ideologia que pregue superioridade/inferioridade de um grupo em relação a outro. Portanto, todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor da Lei de Racismo. E, subsidiariamente, que condutas contrárias a essas espécies fossem entendidas como discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais.

O Supremo reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional referente ao mandado de incriminação presente nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CRFB/88¹⁷; declarou a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo; e deu interpretação conforme a Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia nos diversos tipos penais da Lei nº 7.716/89¹⁸, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, considerando as práticas homotransfóbicas espécies do gênero racismo na dimensão de racismo social.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em: 07 jan. 2019.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 19 ago. 2020.

Os grupos LGBT são uma minoria que, evidentemente, merecem proteção do direito, considerando que são frequentes as notícias de atos atentatórios contra a integridade física desse grupo. O fato de exercerem o direito à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero são motivos para que sejam alvo de violência e discriminação.

Diante disso, se faz necessário que essas práticas homofóbicas e transfóbicas sejam punidas de forma específica. No entanto, contrariando a decisão do Supremo Tribunal Federal, algumas questões devem ser consideradas. Em sua manifestação na Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, o Senado da República pontuou que os dispositivos constitucionais não trazem de forma específica a criminalização da homotransfobia, não configurando, portanto, lacuna legislativa, mas sim uma opção do legislador e não uma obrigatoriedade; além disso, já existe tipificação penal para os bens jurídicos tutelados.

Ademais, menciona-se ainda que de acordo com o art. 5º, XXXIX da CRFB/88¹⁹, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e que legislar sobre direito penal é competência privativa da União, conforme disposto no art. 22, I da CRFB/88²⁰. Assim sendo, considerar essas condutas como crimes de racismo pode ser entendido como um proativismo do Poder Judiciário, indo além de suas competências.

Apesar disso, o Supremo adotou a teoria concretista do mandado de injunção, que traz a possibilidade de ser utilizado um instrumento normativo que não foi elaborado para determinado grupo, mas que poderá ser utilizado por ele até que venha lei própria.

Dessa forma, embora se reconheça a necessidade de legislação específica para criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas, visto que o grupo LGBT representa uma minoria que deve ser protegida pelo Estado, essa proteção não veio por meio de lei em sentido formal – Estado legislador, mas sim mediante a atuação do Judiciário como legislador positivo – Estado juiz. Este tipificou uma conduta que somente lei pode tornar crime.

Percebe-se, assim, que o Judiciário tem sido utilizado como um espaço de proteção das minorias para concretização de seus direitos constitucionais, seja de forma a cumprir aquilo já determinado pelo Poder Público, seja de forma mais proativa, quando inertes os demais poderes.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ Ibid.

3. ASPECTOS DIVERGENTES DE UMA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO

Essa atuação do Judiciário acaba sendo alvo de críticas de doutrinadores, pois haveria falta de legitimidade democrática. Por outro lado, há doutrinadores que defendem essa atuação como forma de assegurar os direitos fundamentais.

Muitas dessas situações que chegam aos Tribunais podem estar relacionadas a questões políticas e morais. Isso faz com que os tribunais sejam vistos como atores políticos e essas decisões essencialmente políticas que deveriam ser tomadas pelos representantes do povo acabam sendo levadas ao Judiciário para ser por ele decidida.

No entanto, faltaria ao Judiciário a representatividade conferida aos que são democraticamente eleitos pelo povo. O Judiciário estaria atendendo a demandas sociais não atendidas pelos poderes que de fato possuem representatividade e até mesmo em algumas situações se sobrepondo a decisão do Executivo ou do Legislativo, em uma atuação contramajoritária.

Nesse sentido, as decisões tomadas podem ser tanto em oposição ao governo, invalidando atos de outros poderes, como no sentido de legitimar a política majoritária ou decidir questões que causariam altos custos políticos.²¹

Esse papel de legislador positivo, no entanto, segundo parte da doutrina, iria de encontro a separação dos poderes prevista nos regimes democráticos. Aceitar esse papel seria admitir que pessoas que ocupam um cargo técnico, que não foram eleitas pelo povo, façam leis no lugar daquelas que foram escolhidas para ocupar o cargo representativo²². Essa postura acabaria gerando uma insegurança jurídica.

Partilhando desse entendimento, o professor Ives Gandra da Silva Martins²³:

Tal poder de se transformar em legislador positivo, que se auto-outorgou ao Supremo Tribunal Federal, (...), parece-me trazer para a democracia brasileira especial insegurança jurídica, pois, a partir dessa visão, nem sempre o que a lei diz é que norteará a conduta de cada brasileiro, mas sim o Poder Judiciário dirá. Mesmo que contra a lei, no exercício de seu autodeclarado poder de criação de hipóteses de conduta que entenda não prevista pela norma, ou na efetiva ausência de lei, indesejada pela cidadania.

²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 154.

²² MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Protagonismo Judicial no Contexto do Neoconstitucionalismo. In: RÊGO, op. cit., p. 436.

²³ Ibid., p. 440.

Os poderes da República são independentes e harmônicos entre si, conforme dispõe o art. 2º da CRFB/88²⁴. De modo a garantir a democracia, as funções de cada um dos poderes são bem definidas, legislar, administrar e cumprir a lei. Embora possam exercer outras funções, as funções típicas são aquelas desenvolvidas por Montesquieu.

Para preservar a competência legislativa, o art. 49, XI da Constituição Federal²⁵, confere ao Poder Legislativo competência exclusiva para zelar por essa preservação em face da atribuição normativa de outros poderes, isto é, contra a invasão por parte de algum outro poder.

Permitir a invasão de atribuições legislativas é tornar frágil a democracia brasileira. Isso porque, ainda quando é permitido ao Poder Executivo exercer função de legislar, conforme autorizado pela Constituição nos casos de medidas provisórias e leis delegadas, essas normas devem ser submetidas ao Congresso Nacional, na forma dos artigos 62 e 68 da CRFB/88²⁶.

O professor Ives Gandra²⁷ defende ainda que de acordo com o art. 142 da CRFB/88 até mesmo as Forças Armadas poderiam ser utilizadas para preservação da competência de cada poder.

No entanto, admitir que a ordem seja reestabelecida pelas Forças Armadas significa dizer que a democracia dependeria de um poder armado para sua correção, ou seja, um outro poder para controlar os demais, uma espécie de poder moderador. Esse entendimento iria de encontro ao que dispõe a Constituição da República e a democracia, uma vez que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”²⁸.

Na verdade, as instituições que compõem as Forças Armadas são destinadas à defesa da segurança nacional, não devendo adentrar na esfera de atuação de cada um dos três poderes de forma a controlá-los.

O professor Ives Gandra afirma ainda que “o mais grave, todavia, é que, se o próprio Judiciário se transformar de Poder Legislativo negativo em positivo, não haverá a quem recorrer, pois quem fará a lei será o seu próprio julgador”.²⁹

Embora haja essa distinção entre as competências de cada poder, o Judiciário não se resume a mero aplicador da lei, de forma automática como antes. O Judiciário é um intérprete

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵ Ibid.

²⁶ MARTINS, op. cit., p. 445.

²⁷ Ibid., p. 443-444.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹ MARTINS, op. cit., p. 446.

da lei, garantidor do cumprimento das normas constitucionais e um meio de assegurar a dignidade do cidadão. Dessa forma, se há alguma situação em que o processo político majoritário fica paralisado, a continuidade acaba ocorrendo por meio do Judiciário.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso³⁰ explica que a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é indispensável para a democracia. Contudo, a democracia não se limita a isso. Além desse aspecto formal da democracia, também há o aspecto substancial, que abrange a preservação dos valores e direitos fundamentais. Nesse aspecto é que pode ser observada a atuação do Poder Judiciário como um agente garantidor da democracia.

Surge uma nova hermenêutica constitucional com a Constituição de 1988, deslocando a Constituição para o centro do ordenamento jurídico. Se de um lado o texto constitucional se torna mais analítico, traçando regras a serem seguidas e com extensa previsão de direitos fundamentais, de outro a sociedade se torna complexa e plural, diminuindo a capacidade de previsão normativa e aumentando a indeterminação do direito³¹.

Diante disso, é transferida aos intérpretes da lei essa competência de decidir usando princípios e cláusulas abertas. Com isso, a Constituição passa a ser a norma central do ordenamento, o Judiciário ganha um papel de maior relevância e a interpretação da lei deixa de ser puramente positivista, devendo ser considerado que diante de cláusulas abertas o poder criativo do intérprete aumenta.

A esse respeito, a atuação contramajoritária do controle judicial de constitucionalidade é legitimado tanto pela proteção dos direitos fundamentais como pela proteção das regras do jogo democrático³².

Nesse sentido, os juízes e tribunais acabaram se tornando mais representativos dos anseios sociais do que os próprios governantes eleitos tradicionalmente. O Poder Judiciário surgiu como um novo mecanismo de expressão, interpretando, em muitas situações, o sentimento majoritário. E isso decorre, em grande medida, da crise de representatividade política³³. Pois há que se dizer que nem sempre o Legislativo expressa o sentimento da maioria.

Diante disso, verifica-se que há argumentos para ambos os lados, seja para aceitar ou para rejeitar esse atuar do Judiciário. De um lado busca-se afastar a atuação do Poder

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: RÊGO, op. cit., p. 569.

³¹ Ibid., p. 570.

³² Ibid., p. 574.

³³ Ibid., p. 573 e 577.

Judiciário de um modo mais proativo sob pena de ameaçar a democracia, uma vez que esse poder carece de representatividade considerando que não é formado por representantes eleitos pelo povo e toma decisões que se inserem no âmbito da competência do Legislativo.

De outro lado, essa atuação se legitima pela garantia dos direitos fundamentais. Busca-se no Poder Judiciário um cumpridor dos direitos e garantias constitucionais não efetivados por mora ou omissão legislativa. Abre-se espaço para que surja um novo protagonista com a Constituição de 1988 e dessa forma também seja exercida a democracia, que não é apenas efetivada na tradicional dimensão majoritária.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou analisar a atuação do Judiciário num modelo pós-positivista, assumindo um papel de maior relevância após a promulgação da Constituição da República de 1988. Atuação que recebe algumas críticas, pois algumas decisões podem ser consideradas como intervenção nas outras esferas de poder.

Embora o princípio da separação dos poderes esteja estabelecido com cláusula pétrea, a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar a Constituição Federal. Nesse conflito, a dignidade da pessoa humana vem se sobressaindo.

A Constituição de 1988 trouxe a constitucionalização de todo o direito, aproximou direito da moral e trouxe para o ordenamento jurídico um série de princípios norteadores para a atuação do intérprete. A importância dessa elasticidade dos princípios se deve ao fato de que as normas não conseguem regular e acompanhar todas as situações vividas pela sociedade, permitindo ao julgador maior liberdade argumentativa em suas decisões. Dar ao julgador um papel de mero aplicador de regras faria com que a Constituição ficasse de certo modo deslocada da realidade social.

Contudo, como se demonstrou, essa atuação judicial não é unânime, pois faltaria legitimidade democrática. O magistrado, por não ser eleito pelo povo, exerceria então um papel contramajoritário, não sendo a voz da sociedade.

A despeito desse entendimento, a democracia não é tão somente a vontade da maioria. A vontade da maioria será sim observada no processo democrático, ela é soberana, mas a democracia pode também ser vista sob outra perspectiva.

Um dos papéis do Judiciário é a garantia dos direitos fundamentais, e pode-se dizer que os direitos fundamentais previstos na Constituição foram estabelecidos pelo próprio povo, por meio de seus representantes eleitos. Ademais, para garantir a participação da sociedade de

modo a influir em suas decisões, são utilizados como instrumentos a realização de audiências públicas e a figura do *amicus curiae*.

Essa forma de participação também é um meio de conferir legitimidade democrática às decisões proferidas, pois oportuniza que o Judiciário esteja mais próximo do jurisdicionado e ouça os anseios da sociedade.

Dessa forma, a democracia estaria sendo observada em seu aspecto substancial – correspondente à garantia dos valores e direitos fundamentais – enfrentando os argumentos apresentados em uma sociedade pluralista.

Garantir os direitos fundamentais legitima a atuação judicial, mas deve ser ressaltado que o magistrado deve ter o cuidado de que sua decisão esteja permeada por aspectos técnicos, isto é, deve trazer o conhecimento de outras ciências para a sua decisão de modo que se atente para todas as consequências práticas de seu decidir, isto porque estaria somente preparado para decidir sobre normas jurídicas.

Em que pese todas as críticas existentes, o Poder Judiciário tem se mostrado um espaço essencial para proteção e garantia dos direitos fundamentais, sobretudo diante de omissões e moras legislativas. Não serem os membros do Judiciários eleitos pelo povo, não os retira a legitimidade de atuação, pois esses atuam como representantes do Estado na forma de Estado-juiz e revelam uma parte da democracia, que não se limita a representatividade popular. Ademais, pode ser considerado que dar efetividade aos direitos constitucionais, em última análise, representa a vontade do próprio povo.

Diante disso, limitar essa atuação, que visa efetivar os direitos fundamentais, iria de encontro a um dos fundamentos da República e princípio basilar da Constituição Federal, o princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AHMED, Flávio. Apontamentos sobre Segurança Jurídica, Estado Constitucional e Protagonismo Judicial. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: Desafios em tempos de incertezas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: Desafios em tempos de incertezas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2019.

_____. *Lei nº 7.716*, de 05 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 19 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 684.612*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Protagonismo Judicial no Contexto do Neoconstitucionalismo. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: Desafios em tempos de incertezas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

NALINI, José Renato. Juiz Ativista ou Consequencialista. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: Desafios em tempos de incertezas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-Positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011.

RAGUENET, Pedro. *Ativismo Judicial. O mito e a realidade*. Rio de Janeiro: Vozes Ltda., 2011.