

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL

Faculdade de Direito de Alagoas – FDA

MATEUS DE MACENA SILVA

O ATIVISMO JUDICIAL E SEU PAPEL PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO
BRASILEIRO

Maceió/AL.

03/2023

MATEUS DE MACENA SILVA

O ATIVISMO JUDICIAL E SEU PAPEL PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO
BRASILEIRO

Projeto de monografia de conclusão de curso
apresentada à faculdade de direito de alagoas
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito

Orientador(a) Prof(a): Dr. Mauricio Pitta

Macció/AL

03/2023

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

S586a Silva, Mateus de Macena.
O ativismo judicial e seu papel para a construção do direito brasileiro /
Mateus de Macena Silva. – 2023.
53 f.

Orientador: Maurício Pitta.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) –
Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió,
2023.

Bibliografia: f. 53.

1. Ativismo judicial. 2. Direito brasileiro. 3. Direitos fundamentais. I.
Título.

CDU: 342.56

Resumo: O ativismo judicial é um tema controverso no Brasil e em todo o mundo. Consiste na interpretação mais ampla e flexível da Constituição e das leis, com o objetivo de garantir a proteção dos direitos fundamentais e promover a justiça social. No Brasil, essa abordagem tem sido utilizada com frequência, especialmente nos últimos anos, em casos que envolvem questões sociais, políticas e econômicas.

Uma das principais razões para o ativismo judicial no Brasil é a necessidade de combater as desigualdades sociais. O país ainda enfrenta profundas disparidades econômicas, raciais e de gênero, que afetam diretamente a vida das pessoas. Nesse contexto, o Judiciário tem um papel fundamental na proteção dos direitos e garantias fundamentais, especialmente dos grupos historicamente vulneráveis, como a população negra, indígena, LGBTI+ e outros.

O ativismo judicial também pode ser uma forma de combater a corrupção e a impunidade no Brasil. A corrupção é um dos principais problemas enfrentados pelo país, e muitas vezes os outros poderes falham em punir os responsáveis. Nesse sentido, o Judiciário pode atuar de forma mais efetiva, inclusive criando novas regras ou jurisprudências, para garantir a proteção dos direitos e a punição dos responsáveis por crimes de corrupção.

Outra razão para o ativismo judicial no Brasil é a necessidade de atualização das leis e do sistema jurídico. A sociedade brasileira passa por constantes transformações, e muitas vezes as leis não acompanham essas mudanças. O ativismo judicial permite que o Judiciário adapte a interpretação da Constituição às novas realidades sociais e tecnológicas, garantindo a proteção dos direitos fundamentais em um contexto em constante evolução.

No entanto, o ativismo judicial também possui pontos fracos que devem ser considerados. Um dos principais críticos dessa abordagem argumenta que ela representa uma invasão indevida do Judiciário nos outros poderes, especialmente no Legislativo. Além disso, alguns especialistas acreditam que o ativismo judicial pode gerar insegurança jurídica, já que as decisões dos juízes podem ser baseadas em interpretações subjetivas da lei.

Apesar dessas críticas, o ativismo judicial tem se mostrado uma ferramenta importante para a proteção dos direitos fundamentais e a promoção da justiça social no Brasil. O Judiciário tem o dever de garantir a proteção dos direitos humanos e da democracia, e o ativismo judicial é uma forma de cumprir essa função. Por meio dele, é possível assegurar que a Constituição seja respeitada e que os direitos das minorias sejam protegidos, garantindo a igualdade e a justiça social.

RESUMO: O ativismo judicial, um conceito controverso no Brasil e no mundo, envolve a interpretação ampla da Constituição e das leis para salvaguardar os direitos fundamentais e promover a justiça social. No Brasil, ganhou destaque nos últimos anos, abordando principalmente questões sociais, políticas e econômicas, impulsionado pelo imperativo de combater graves desigualdades sociais. O papel do Judiciário na proteção de grupos historicamente marginalizados, como as comunidades negra, indígena e LGBTI+, é fundamental neste contexto. Além disso, o ativismo judicial serve como meio de combater a corrupção generalizada e a impunidade no Brasil, uma vez que o Judiciário pode atuar de forma mais decisiva no julgamento dos responsáveis. A natureza evolutiva da sociedade brasileira exige atualizações do sistema jurídico, tornando o ativismo judicial indispensável para alinhar as interpretações jurídicas às novas realidades sociais e tecnológicas. No entanto, os críticos argumentam que o ativismo judicial infringe a autoridade de outros poderes, particularmente o Legislativo, e pode gerar incerteza jurídica devido a interpretações subjetivas da lei. Apesar destas preocupações, o ativismo judicial continua a ser uma ferramenta vital para salvaguardar os direitos fundamentais e promover a justiça social, garantindo os direitos das minorias, a igualdade e a democracia. A sua utilização, no entanto, requer uma consideração cuidadosa para evitar ambiguidade jurídica.

Palavras chave: Ativismo judicial, direito brasileiro, proteção dos direitos, justiça social, desigualdades, corrupção, atualização das leis, interpretação constitucional, democracia, minorias, igualdade, subjetividade, segurança jurídica, transformações sociais, adaptação jurídica.

ABSTRACT: Judicial activism, a controversial concept in Brazil and around the world, involves a broad interpretation of the Constitution and laws to safeguard fundamental rights and promote social justice. In Brazil, it has gained prominence in recent years, mainly addressing social, political and economic issues, driven by the imperative of combating serious social inequalities. The role of the Judiciary in protecting historically marginalized groups, such as black, indigenous and LGBTI+ communities, is fundamental in this context. Furthermore, judicial activism serves as a means of combating widespread corruption and impunity in Brazil, since the Judiciary can act more decisively in prosecuting those responsible. The evolving nature of Brazilian society requires updates to the legal system, making judicial activism indispensable to align legal interpretations with new social and technological realities. However, critics argue that judicial activism infringes on the authority of other branches, particularly the Legislature, and can generate legal uncertainty due to subjective interpretations of the law. Despite these concerns, judicial activism remains a vital tool for safeguarding fundamental rights and promoting social justice, guaranteeing minority rights, equality and democracy. Its use, however, requires careful consideration to avoid legal ambiguity.

Keywords: Judicial activism, Brazilian law, protection of rights, social justice, inequalities, corruption, updating of laws, constitutional interpretation, democracy, minorities, equality, subjectivity, legal security, social transformations, legal adaptation.

SUMÁRIO

1. DEMOCRACIA E O ESTADO DE DIREITO.....	8
1.1 DO NASCIMENTO DA DEMOCRACIA PARA O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO	9
1.1.1 O SURGIMENTO DOS TRÊS PODERES.....	9
1.1.2 DOS FREIOS E CONTRAPESOS (<i>CHECK AND BALANCES</i>).	10
1.1.3. A FALTA DE FREIOS E O DESEQUILÍBRIO NOS CONTRAPESOS.....	13
2. A IMPORTÂNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	14
2.1. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA IMPORTÂNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
2.2. CONSEQUÊNCIAS DA MÁ IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.	16
3. O ATIVISMO JUDICIAL.	18
3.1. DO SURGIMENTO À NECESSIDADE DE APLICAÇÃO	18
3.2. O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA SALVAGUARDA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. ANÁLISE DO PERÍODO DA PANDEMIA DO COVID-19.	20
3.3 O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO CRIMINAL. PRINCIPAIS AVANÇOS TRAZIDOS EM DECORRÊNCIA DESSE FENÔMENO.....	22
3.3.1 INCIDÊNCIA NA LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006).....	23
3.3.2 INCIDÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL (LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984).....	24
3.3.3 SURGIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (LEI Nº 13.964, DE 24 DE dezembro DE 2019).....	24
4. CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL MALVERSADO.....	26
4.1 FALTA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	27
4.2. EXCESSO DE DEMANDAS JUDICIAIS.....	29

4.3 INSEGURANÇA JURÍDICA	29
5. O ATIVISMO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL.	32
5.1. CORRUPÇÃO, LAVA JATO E ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	32
6. LIMITES DO ATIVISMO JUDICIÁRIO	37
6.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE LIMITAÇÃO OU FERRAMENTA DE INGNIÇÃO DO ATIVISMO JUDICIÁRIO?.....	37
7. MINISTÉRIO PÚBLICO E O ATIVISMO JUDICIAL.....	40
8. MECANISMOS DE CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	44
9. “COMMON LAWLIZAÇÃO” COMO CONSEQUÊNCIA DO ATIVSMO JUDICAL.	48
10. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51

1. DEMOCRACIA E O ESTADO DE DIREITO.

O que conhecemos hoje como Estado Democrático de Direito é fruto de uma longa evolução histórica da sociedade, uma vez que os vetores axiológicos e pragmáticos surgiram em razão da satisfação das necessidades da sociedade, entretanto esse processo não se deu de forma apaziguada, pois foi erguido com lastro em insatisfações sociais, que culminaram em grandes revoluções que marcaram a história e até hoje são bases para Estado como conhecemos hoje.

A Democracia e o Estado de Direito se entrelaçam ao longo da história, visto que a democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal.

A democracia em seu sentido etimológico significa “*governo do povo*” ou “*governo da maioria*”¹, no entanto, o governo pode ser representado por uma pessoa ou grupo social a qual representem os interesses do povo.

O berço da democracia foi Atenas, na Grécia, por volta do séc. V a.C, a qual os cidadãos, a grosso modo, reuniam-se na Ágora². Inicialmente, a Grécia não era um país unificado e cada cidade, “*polis*”, era governada por reis. No decorrer do tempo ocorre uma mudança significativa da forma de governança política, pois o poder, que ficava dentro dos palácios, oculto aos súditos, passa à praça pública para *tó mésson*, “a meio”, o centro da aglomeração urbana, adquirindo visibilidade e transparência, portanto dessa maneira a democracia engatinha do poder misterioso e oculto para público e acessível.³

Essa mudança foi o marco inicial para o desenvolvimento da democracia como conhecemos hoje, a transição da democracia grega para a moderna se deu, em grande parte, por influência da teoria dos três poderes de Montesquieu, que proporcionou maior estabilidade política e proteção dos direitos individuais.

¹ A palavra democracia vem do grego (*demos*, povo; *kratos*, poder) e significa poder do povo.

² São as às praças públicas na Grécia Antiga. Nestas praças ocorriam reuniões onde os gregos, principalmente os atenienses, discutiam assuntos ligados à vida da cidade (pólis).

³ Vernant, Jean-Pierre. As origens do pensamento grego. São Paulo: Difel, 1972.

1.1 DO NASCIMENTO DA DEMOCRACIA PARA O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO.

1.1.1 O SURGIMENTO DOS TRÊS PODERES.

Acerca do desenvolvimento histórico da tripartição dos poderes é necessário entender como o conceito dos três poderes independentes e harmônicos entre si se desenvolveu, até mesmo porque essa relação irá culminar na necessidade de delimitação de suas atuações.

A teoria dos três poderes foi apresentada no livro "O Espírito das Leis", publicado por Montesquieu em 1748. O autor inspirou-se em experiências políticas de seu tempo, como a Inglaterra e os Estados Unidos, onde já havia uma separação de poderes em vigor. A ideia de Montesquieu influenciou a formação das democracias modernas e é considerada um princípio fundamental do Estado de Direito.

Montesquieu elencou e dividiu as funções do Estado em Poder Legislativo, que é o responsável por fazer leis, por certo tempo ou indefinidamente, de corrigir ou ab-rogar as normas já existentes; O Poder Executivo, das coisas que dependem do direito, das gentes, isto é, de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber embaixadas, de manter a segurança e de prevenir invasões; e por fim em uma análise crassa, o Poder de Julgar ou o Poder executivo das coisas que dependem do Direito Civil, que se traduz no poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares.

Afirma também que é essencial garantir a edição das leis e sua execução, de modo que fiquem orgânica e pessoalmente separadas, pois somente assim será resguardada a supremacia da lei ou um regime positivado, como edição de liberdade e segurança do cidadão, ou seja, tudo estaria perdido se os três poderes retro mencionados estivessem reunidos num só homem ou instituição.⁴

Em arrimo desse entendimento, destaca-se a importante lição de Uadi Lammêgo Bulos afirmando em rigor que *o poder político é uno e indecomponível. Por isso, quando falamos em separação de Poderes estamos nos reportando a uma separação de funções estatais, conferidas a órgãos especializados para cada atribuição*⁵.

Contudo, os poderes não poderiam ser totalmente independentes dentro do Estado, visto que assim provocariam certamente o conflito de interesses, seja por parte do Estado ou de quem faz parte do Estado, pois o Legislativo poderia apenas beneficiar-se a si próprio, criando

⁴ CARVALHO, 2010, p 161)

⁵ BULLOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 2. Ed São Paulo: Saraiva, 2008, p.396.

leis as quais lhe garantiriam Direitos que deveriam ser aplicados pelo Poder Executivo, que desta feita provavelmente se negaria e posteriormente seria obrigado por juízes aplicadores das referidas leis, por exemplo.

A situação hipotética acima poderia ter diversas nuances, partindo de qualquer poder, ou qualquer situação que de fato lhe dê uma vantagem ou um privilégio, criando um caos entre as classes privilegiadas da sociedade, de tal forma isso foi o estopim que culminou na Revolução Francesa, o qual, perfunctoriamente, foi criada classes sociais que se beneficiavam do Estado e mantando cada vez mais a desigualdade social, vez que o clero e a nobreza possuíam privilégios que não se estendiam para o restante da população.

Para que não houvesse a volta do absolutismo e evitar a produção de normas que beneficiam apenas uma parcela da população é fundamental que seja estabelecida a autonomia e limitações de cada poder, visto que apenas os poderes independentes e autônomos exercem funções limitadas por outro poder, em suma, “*Só o poder controla o poder*”. (MONTESQUIEU, 2000, P. 166).

Cada poder tem sua função típica desempenhada dentro do Estado, razão pela qual não se pode afirmar que um poder é hierarquicamente superior ao outro, pois eles se entrelaçam numa valsa a qual cada um deve se ater às suas atribuições e fiscalizar o outro.

O Poder Legislativo possui a função típica de legislar; O Executivo, de administrar a máquina pública; e o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, pois bem, essas limitações são os contrapesos de seus atos, pois para cada ato deve haver a prerrogativa de concebê-lo.

Doutra banda, se faz necessário que haja a fiscalização para conter os abusos cometidos eventualmente por algum poder, como por exemplo quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de uma lei, sendo um freio ao ato do Poder Legislativo que extrapola suas atribuições, desacertando os movimentos da valsa constitucional.

1.1.2 DOS FREIOS E CONTRAPESOS (*CHECK AND BALANCES*).

Nesse diapasão surgiu a necessidade de ter um mecanismo que limitasse as atuações exorbitantes, bem como realizasse a fiscalização de maneira que o poder não se restringisse apenas na mão de um poder, razão pela qual surgiu a teoria dos Freios e Contrapesos (*Check and Balances*)

A teoria dos Freios e Contrapesos tem sua origem na tradição política inglesa, em que havia uma separação de poderes e um sistema de pesos e contrapesos para evitar o abuso de poder pelo rei. Essa ideia foi aperfeiçoada nos Estados Unidos, que incorporaram essa teoria em sua Constituição de 1787.

Na Constituição dos Estados Unidos, a teoria dos freios e contrapesos é aplicada por meio da divisão de poderes em três ramos independentes: o poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário. Cada ramo tem funções distintas e um sistema de controle mútuo que limita o poder dos demais.

Por exemplo, o poder legislativo é composto pelo Congresso, que tem a responsabilidade de elaborar leis, enquanto o poder executivo é liderado pelo presidente, que é responsável por executar essas leis. No entanto, o presidente pode vetar uma lei aprovada pelo Congresso, e o Congresso pode, por sua vez, anular esse veto com uma maioria de dois terços.

O poder judiciário, por sua vez, tem o poder de interpretar a Constituição e determinar se as leis e ações dos outros poderes são constitucionais. Se o poder judiciário considerar que uma lei é inconstitucional, ela pode ser anulada.

Além disso, há outros mecanismos de controle que garantem a aplicação da teoria dos freios e contrapesos nos Estados Unidos. Por exemplo, o Senado deve confirmar as indicações do presidente para cargos importantes, como juízes da Suprema Corte. Isso evita que o presidente exerça um poder excessivo na escolha de juízes que possam compartilhar de sua visão política.

A teoria dos freios e contrapesos é um princípio fundamental do Estado de Direito em muitos países ao redor do mundo, e sua aplicação é essencial para garantir a proteção dos direitos individuais e a estabilidade política.

A teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*) tem aplicação no Brasil desde a Constituição Imperial de 1824, que estabeleceu a separação de poderes em três ramos independentes: o poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário. Essa constituição foi influenciada pela Constituição Francesa de 1791, que também estabeleceu a divisão de poderes e o sistema de freios e contrapesos.

No entanto, a aplicação efetiva da teoria dos freios e contrapesos no Brasil foi bastante limitada durante a maior parte de sua história. Durante a República Velha, por exemplo, o

poder executivo detinha um poder muito grande e exerceu uma forte influência sobre o poder legislativo. Além disso, o poder judiciário era visto como pouco independente e submisso ao poder político.

A Constituição de 1988, que é a atual Constituição brasileira, fortaleceu o sistema de freios e contrapesos no país. Ela estabeleceu um sistema de pesos e contrapesos entre os poderes do Estado, com a divisão de poderes em três ramos independentes e a definição clara de suas atribuições e limites. Além disso, a Constituição de 1988 fortaleceu a independência do poder judiciário e estabeleceu mecanismos de controle sobre o poder executivo, como o impeachment do presidente da República.

Desde então, o Brasil tem buscado fortalecer o sistema de freios e contrapesos, especialmente após a redemocratização do país. Embora ainda haja desafios para a aplicação efetiva dessa teoria no Brasil, a Constituição de 1988 estabeleceu uma base sólida para o funcionamento do Estado de Direito, para a proteção dos direitos individuais e da democracia e para a necessidade de preservação da segurança jurídica.

A relação entre os freios e contrapesos e a segurança jurídica é bastante estreita, uma vez que a aplicação efetiva da teoria dos freios e contrapesos é fundamental para garantir a segurança jurídica em um país.

Isso ocorre porque a segurança jurídica pressupõe a existência de um sistema jurídico estável, previsível e confiável, que seja capaz de garantir a proteção dos direitos e das liberdades individuais. Nesse sentido, a teoria dos freios e contrapesos é essencial para evitar o abuso de poder pelo Estado e para garantir que as instituições funcionem de forma independente e em conformidade com a Constituição e com as leis.

Em um sistema de freios e contrapesos bem-sucedido, o poder é dividido entre diferentes instituições, cada uma com funções específicas e um sistema de controle mútuo. Isso permite que as instituições exerçam suas funções de forma independente e em conformidade com a Constituição e com as leis, evitando que uma instituição ou uma pessoa exerça um poder excessivo ou abusivo.

Assim, a teoria dos freios e contrapesos é fundamental para garantir a segurança jurídica, pois contribui para a estabilidade, a previsibilidade e a confiabilidade do sistema jurídico. Um sistema de freios e contrapesos bem-sucedido garante a proteção dos direitos individuais e da democracia, promove a confiança na justiça e no Estado de Direito e assegura que as decisões políticas e jurídicas sejam tomadas de forma justa e equilibrada.

1.1.3. A FALTA DE FREIOS E O DESEQUILÍBRIO NOS CONTRAPESOS.

Noutro giro verbal, importante ressaltar que, quando há desequilíbrio entre as decisões políticas e jurídicas em um Estado, pode ocorrer uma série de problemas e consequências negativas para a democracia e para a proteção dos direitos individuais.

Por exemplo, se o poder político se sobrepõe ao poder jurídico, pode haver uma tendência à concentração de poder em uma única pessoa ou instituição, o que pode levar a abusos de poder, corrupção e violações dos direitos humanos. Isso pode minar a confiança dos cidadãos na justiça e no Estado de Direito, gerando instabilidade política e social.

Por outro lado, se o poder jurídico se sobrepõe ao poder político, pode haver uma falta de legitimidade das decisões tomadas pelos órgãos políticos, o que pode levar a uma deslegitimação da democracia e das instituições políticas. Além disso, uma excessiva judicialização da política pode levar a uma sobrecarga do sistema judiciário e a uma falta de solução para questões importantes que exigem decisões políticas.

Portanto, quando há o desequilíbrio das tomadas de decisões, sejam pelo poder político ou jurídico a sociedade fica à mercê do bel prazer de sua arbitrariedade, a qual nos remete ao início da civilização, quando o líder absolutista tomava as decisões apenas com base em suas convicções como ocorreu na França do Antigo Regime, quando o rei era considerado um representante de Deus na Terra e tinha o controle absoluto sobre o Estado e sobre a vida dos cidadãos. Ele era responsável por nomear ministros e governadores, controlar o sistema judiciário e legislar sem a necessidade de aprovação do Parlamento.

Em arrimo com esse entendimento, para atender os anseios e necessidades sociais, os poderes devem estar em equilíbrio, e conforme a teoria de Montesquieu, os três poderes devem ser harmônicos e independentes entre si para que garantam a execução das políticas públicas e salvaguarda dos Direitos positivados no Estado Democrático de Direito.

2. A IMPORTÂNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

A relação entre segurança jurídica e políticas públicas se dá na medida em que a implementação das políticas públicas depende de uma base jurídica sólida e estável, que garanta a legalidade e a legitimidade das ações do Estado. As políticas públicas precisam ser desenvolvidas e executadas em conformidade com as leis e as normas constitucionais e infraconstitucionais, de forma a evitar ações arbitrárias e inconstitucionais que possam gerar insegurança jurídica e afetar negativamente a efetividade das políticas.

Por outro lado, a segurança jurídica também depende das políticas públicas, pois elas podem afetar diretamente a estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas. As políticas públicas podem, por exemplo, criar novas normas e procedimentos que afetem os direitos e interesses dos indivíduos, ou mesmo alterar as regras do jogo em determinados setores econômicos. Nesse sentido, é importante que as políticas públicas sejam desenvolvidas de forma transparente e participativa, levando em conta os interesses da sociedade e respeitando os princípios do Estado de Direito.

As políticas públicas, por sua vez, são as ações do Estado para solucionar problemas sociais e econômicos, promover o bem-estar geral e atender às demandas da sociedade. Elas envolvem a definição de objetivos, estratégias e instrumentos para a implementação de programas e projetos em áreas como saúde, educação, segurança pública, meio ambiente, entre outras.

As políticas públicas podem ter conceitos distintos sob prisma de estudo distintos, a exemplo no campo da economia, o qual se debruça aos vértices das origens e aplicações dos recursos para a concretização destas; no âmbito da Administração Pública, a qual se delinea no aspecto de como fazer as políticas públicas saírem do papel, entre outras.

Pois bem, pode-se dizer que as políticas públicas representam, perfunctoriamente, os instrumentos de ação dos governos o qual se baseia na governança por políticas (*government by policies*) em detrimento dos governos baseados tão somente por leis (*government by law*), O fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação de implemento dos direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva do Poder Público (BUCCI, 1996, p.135)

2.1. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA IMPORTÂNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Aprioristicamente deve ser levada em consideração que a definição de política pública não se esgota em uma norma ou em um ato jurídico, mas sim no conjunto de normas e atos que compõem ela mesma, visto que pode ser entendida como um conjunto de vetores axiológicos tendentes à realização de um objetivo, qual seja, a salvaguarda dos direitos fundamentais positivados.

A definição das políticas públicas tem grande conotação política, visto que, a grosso modo, estão ao cargo da Administração Pública, pois são decisões que resultam em normas ou ações que irão afetar a sociedade direta ou indiretamente, sendo, portanto, uma construção social elaborada pelo Estado.

Conforme leciona BUCCI, há certa proximidade entre as noções de política pública e de plano, que é apenas limitada ao papel. Nesse sentido, “a política pública é mais ampla que o plano e define-se como processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados [...] A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento” (2002, p.259)

Em suma, as Políticas Públicas podem ser classificadas como programas de ações governamentais que visam ajustar os meios disponíveis do Estado aos objetivos socialmente relevante por ele traçados, visto que se apresenta como um conjunto de programas voltados à intervenção no meio social para concretização dos Direitos e salvaguarda das Garantias fundamentais dispostos na Constituição.

Hodiernamente no Estado baseado pelas teses do novo constitucionalismo, a função típica da Administração Pública é a concretização dos Direitos Fundamentais positivos, por meio de políticas públicas implementadas pelo poder Legislativo ou pela própria administração, políticas estas orientadas pelos princípios e regras constitucionais.

Independentemente do espaço de poder onde são geradas, se no Poder Legislativo – discutindo e aprovando as leis, os planos e os orçamentos necessários à sua implementação – ou na Administração Pública, impende concluir que as políticas públicas são atividades marcadamente administrativas e submetidas ao regime jurídico administrativo. As funções de

planejar, governar, gerir e direcionar os recursos financeiros são próprias da Administração Pública.

2.2. CONSEQUÊNCIAS DA MÁ IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Um dos principais problemas que se colocam quando do estudo da implementação de políticas públicas é a possibilidade do controle jurisdicional. Até que ponto e sob quais parâmetros estaria aberta a via judicial à discussão acerca da legalidade e constitucionalidade da ação ou omissão do Poder Público no implemento de políticas públicas? A resposta a este problema tentar-se-á esboçar a seguir.

A falta de políticas públicas no Brasil é um problema crônico que afeta diversas áreas, como saúde, educação, segurança, meio ambiente, entre outras. Essa ausência de políticas efetivas pode levar a graves consequências sociais e econômicas, como o aumento da desigualdade, a exclusão social e a violência.

Entre os principais fatores que contribuem para a falta de políticas públicas no país estão a corrupção, a falta de planejamento estratégico, a burocracia excessiva, a falta de recursos financeiros e a falta de vontade política. Além disso, muitas vezes as políticas públicas implementadas não são acompanhadas de uma avaliação rigorosa de seus resultados, o que dificulta a identificação de problemas e a implementação de melhorias.

Para superar a falta de políticas públicas no Brasil a médio e longo prazo, é necessário um compromisso sério das autoridades governamentais, bem como a participação ativa da sociedade civil na definição de prioridades e no monitoramento das políticas implementadas.

No entanto, a sociedade de agora não pode esperar para tomada de decisões futuras, pois a falta dessas decisões não ocorreu no passado, a qual acarretou nos problemas de hoje, por isso a necessidade tem que ser suprida no presente. Um dos mecanismos para isso é a implementação forçada das políticas públicas.

A implementação forçada de políticas públicas pode ser uma abordagem controversa, pois pode envolver o uso da força para garantir a conformidade com a política. Geralmente, a implementação forçada é vista como um último recurso, após outros métodos de implementação terem falhado.

No entanto, em certas situações, pode ser necessária a implementação forçada para garantir a segurança e o bem-estar dos cidadãos ou para proteger interesses nacionais críticos.

Por exemplo, a aplicação de leis de trânsito ou regulamentos de segurança alimentar pode exigir ação forçada para garantir a conformidade.

A implementação forçada também pode ser necessária em casos em que os indivíduos ou organizações se recusam a cumprir voluntariamente uma política pública que seja vital para o bem-estar da sociedade. Nesses casos, a aplicação da lei pode ser usada para garantir a conformidade.

No entanto, é importante que a implementação forçada de políticas públicas seja feita com cuidado e transparência, de forma que os direitos civis e as liberdades individuais sejam respeitados. O uso excessivo de força ou a violação de direitos civis podem prejudicar a legitimidade das políticas públicas e minar a confiança da população nas instituições governamentais.

Em arrimo com esse entendimento, Paulo Bonavides, em sua obra "Curso de Direito Constitucional", defende a necessidade de se buscar formas efetivas de implementação das políticas públicas, inclusive por meio do ativismo judicial, para garantir o cumprimento da Constituição e dos direitos fundamentais.

O ativismo judicial pode ser uma forma de buscar o cumprimento das políticas públicas, especialmente quando as instituições governamentais não cumprem adequadamente suas funções ou não conseguem garantir o cumprimento da Constituição e dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, também pode ser uma forma de garantir o cumprimento das políticas públicas sem comprometer os direitos fundamentais dos indivíduos, já que os juízes devem considerar a Constituição e as leis em suas decisões. Além disso, o ativismo judicial pode ajudar a promover a efetividade das políticas públicas, tornando-as mais responsivas às necessidades da sociedade.

3. O ATIVISMO JUDICIAL.

3.1. DO SURGIMENTO À NECESSIDADE DE APLICAÇÃO.

O ativismo judicial é uma prática que se originou nos Estados Unidos, na década de 1950, em resposta às demandas sociais e políticas da época. Nesse período, a Suprema Corte dos Estados Unidos começou a tomar decisões mais amplas e interpretativas em relação à Constituição e às leis, buscando proteger os direitos fundamentais e promover mudanças sociais. Entre as decisões mais emblemáticas da Suprema Corte dos Estados Unidos estão o caso *Brown v. Board of Education* (1954), que acabou com a segregação racial nas escolas.

O caso *Brown v. Board of Education* foi um marco histórico na luta contra o racismo nos Estados Unidos. Em 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por unanimidade, que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional e violava o princípio da igualdade de direitos.

Na época, as escolas públicas eram separadas por raça, com escolas para brancos e escolas para negros, e essa segregação era defendida pela doutrina do "*separate but equal*" (separados, mas iguais). No entanto, a Suprema Corte concluiu que essa doutrina era falsa, já que as escolas para negros recebiam menos recursos e ofereciam um ensino de qualidade inferior.

Com o tempo, o ativismo judicial se espalhou para outros países, inclusive o Brasil, onde ganhou força na década de 1980, durante o processo de redemocratização. A partir da Constituição de 1988, o poder judiciário brasileiro passou a ter um papel mais ativo na proteção dos direitos fundamentais e na fiscalização das políticas públicas.

No entanto, o ativismo judicial também é objeto de críticas e controvérsias, especialmente por parte daqueles que defendem uma interpretação mais restritiva da Constituição e das leis. Alguns críticos argumentam que o ativismo judicial pode levar à concentração excessiva de poder nas mãos dos juízes e comprometer a separação de poderes.

O ativismo judicial pode ser um importante colaborador das políticas públicas ao garantir a sua implementação e efetividade, especialmente em casos em que há falhas ou omissões por parte dos demais poderes do Estado.

Conforme leciona Roberto Gargarella é necessário para garantir a igualdade e a proteção dos direitos fundamentais, especialmente em contextos em que o legislativo ou o executivo não cumprem adequadamente suas funções (Gargarella, 2013, p. 15).

Notadamente, a administração pública tem suas limitações lógicas, como as limitações legais, burocráticas, políticas e orçamentárias, mas essas limitações não podem servir de justificativa para o não cumprimento das obrigações sociais.

Um exemplo de limitação legal para a administração pública é a exigência de licitação para a contratação de serviços e obras públicas. A Lei de Licitações e Contratos (Nova Lei nº 14.133/2021) estabelece os procedimentos que devem ser seguidos pelos órgãos públicos na realização de processos licitatórios.

O ativismo judiciário pode intervir nessa questão ao analisar a legalidade e a constitucionalidade dos procedimentos adotados pela administração pública em relação às licitações. Caso seja constatado que houve violação das normas legais ou que a administração pública agiu de forma contrária ao interesse público, o Poder Judiciário pode determinar a anulação do processo licitatório e a realização de um novo processo, em conformidade com a lei.

Um exemplo de caso que engloba o ativismo judiciário e as licitações públicas é o julgamento realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em 2019, que determinou a anulação de um processo licitatório realizado pela Universidade Federal de Goiás (UFG) para a contratação de serviços de limpeza e conservação.

O TCU considerou que o processo licitatório havia sido conduzido de forma irregular, com ausência de competitividade e com direcionamento para determinada empresa. Além disso, o TCU determinou que a UFG adotasse medidas para garantir a transparência e a publicidade dos atos relacionados às licitações.

O TCU analisou o processo licitatório realizado pela Universidade Federal de Goiás (UFG) para contratação de serviços de limpeza e conservação em 2019 e, em sua decisão, determinou a anulação do certame.

O TCU apontou diversas irregularidades no processo licitatório, tais como falta de competitividade, ausência de critérios claros de julgamento e de avaliação de propostas, direcionamento para determinada empresa, entre outras.

Além disso, o TCU determinou que a UFG adotasse uma série de medidas para garantir a transparência e a publicidade nos processos licitatórios, tais como a publicação de editais de licitação em sítio eletrônico oficial, a utilização de critérios objetivos para

julgamento e avaliação de propostas, a realização de sessões públicas para abertura e julgamento das propostas, entre outras.⁶

Outro caso contundente que versa sobre a eficácia do ativismo judiciário é sobre anulação de um contrato firmado pelo município do Rio de Janeiro para a realização de obras na região da Barra da Tijuca. O contrato, no valor de R\$ 1,4 bilhão, foi firmado com a construtora OAS em 2013.

Em 2017, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) determinou a anulação do contrato, alegando irregularidades no processo licitatório. Segundo a decisão, o edital de licitação continha cláusulas que restringiam a competitividade do certame, além de haver indícios de direcionamento para a empresa vencedora.

O TJRJ entendeu que houve um ativismo judicial na decisão, pois a anulação do contrato foi uma medida drástica, já que as obras já estavam em andamento. No entanto, a decisão foi mantida e a prefeitura teve que realizar um novo processo licitatório para as obras na região da Barra da Tijuca.

Este caso demonstra a importância do ativismo judiciário para a garantia da legalidade e da transparência nos processos licitatórios, assim como a necessidade de uma fiscalização mais rigorosa por parte dos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União (TCU), para evitar irregularidades e direcionamentos em contratos públicos.⁷

3.2. O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA SALVAGUARDA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. ANÁLISE DO PERÍODO DA PANDEMIA DO COVID-19.

O ativismo judicial pode ocorrer em diversos temas sensíveis para salvaguardar os Direitos e Garantias individuais, coletivos e difusos, como por exemplo em cenário recente o qual o colendo Supremo Tribunal Federal atuou incisivamente durante a Pandemia de COVID-19, a qual desestabilizou toda a administração pública no tocante às medidas emergências para acautelar os efeitos nefastos dessa enfermidade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) teve uma atuação relevante durante a pandemia no Brasil, com decisões importantes em relação à competência de estados e municípios para

⁶ O acórdão específico referente a esse caso pode ser encontrado no site do TCU, por meio do número do processo 033.735/2018-0.

⁷ Proc. 0136046-02.2014.8.19.0001.

tomar medidas de combate à pandemia, à proteção dos direitos fundamentais e à garantia da transparência e da responsabilidade na gestão dos recursos públicos.

A exemplo do Reconhecimento da competência de estados e municípios: Em abril de 2020, o STF decidiu, por maioria, que estados e municípios têm competência para tomar medidas de combate à pandemia, mesmo que essas medidas contrariem as orientações do governo federal. Essa decisão foi tomada em resposta a uma ação movida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e reforçou a autonomia dos entes federativos na gestão da crise sanitária.

A ação do STF que determinou a competência dos Estados e Municípios em tomar medidas contra a pandemia no Brasil foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, movida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Em 15 de abril de 2020, o STF decidiu por maioria, em plenário virtual, que os governos estaduais e municipais têm competência para adotar medidas de combate à pandemia da COVID-19, mesmo que essas medidas contrariem as orientações do governo federal.

A decisão foi baseada no artigo 23 da Constituição Federal, que estabelece competências comuns aos Estados e Municípios em relação à proteção e promoção da saúde. Segundo o STF, a competência da União em relação à saúde não exclui a competência dos Estados e Municípios, e cabe a cada ente federativo definir as medidas mais adequadas para enfrentar a crise sanitária em seu território.

Essa decisão foi fundamental para garantir a autonomia dos Estados e Municípios na gestão da crise sanitária, permitindo que cada ente federativo adotasse as medidas mais adequadas às suas necessidades e realidades locais.

A decisão do STF na ADI 6341 gerou controvérsia, principalmente entre os defensores do governo federal e aqueles que criticaram a atuação dos Estados e Municípios na gestão da pandemia.

Alguns argumentaram que a decisão do STF violava a competência da União na condução da política de saúde, enquanto outros afirmavam que a falta de uma coordenação nacional poderia levar a uma desigualdade entre as medidas adotadas pelos diferentes estados e municípios, além de dificultar o controle da disseminação do vírus.

No entanto, a maioria dos especialistas em direito constitucional concordou que a decisão do STF estava de acordo com a Constituição Federal e com o princípio da descentralização do poder no federalismo brasileiro. Além disso, a decisão permitiu que os Estados e Municípios adotassem medidas mais adequadas às suas realidades locais, o que foi considerado importante para o enfrentamento da crise sanitária em um país tão vasto e diverso como o Brasil.

No final das contas, a decisão do STF na ADI 6341 contribuiu para a proteção da saúde pública no país, garantindo que as autoridades locais pudessem adotar medidas mais efetivas para controlar a disseminação do vírus e salvar vidas, sem depender exclusivamente das orientações e medidas adotadas pelo governo federal.

Durante a pandemia no Brasil, houve vários exemplos de ativismo judicial, que é uma prática em que o Judiciário assume um papel mais ativo e interveniente em relação a outras esferas do poder público.

Nesse diapasão têm-se a liminar concedida pelo STF na ADPF 728 movida pelo Estado da Bahia para Permitir a importação e distribuição do medicamento Cloroquina, mesmo sem a aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para tratamentos de pacientes com COVID-19, em abril de 2020.

Esses são apenas alguns exemplos de ativismo judicial durante a pandemia no Brasil, que refletem a atuação mais ativa e interveniente do Judiciário em Relação a outras esferas do poder público para proteger direitos fundamentais e garantir a efetividade das políticas públicas.

3.3 O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO CRIMINAL. PRINCIPAIS AVANÇOS TRAZIDOS EM DECORRÊNCIA DESSE FENÔMENO.

Inobliterável afirmar que, O ativismo judicial não se limita em causas de notória repercussão, mas também atua em diversos ramos do Direito, no sentido de que além dos Direitos salvaguardados, as normas não sejam apenas consideradas como um texto frio. Nesse sentido temos diversos posicionamentos que são relevantes para o Direito posto, como é no caso no âmbito Criminal.

O ativismo judicial na área criminal se caracteriza pela interferência mais ativa dos juízes em casos criminais, muitas vezes extrapolando a interpretação da lei, a fim de proteger direitos fundamentais ou garantir maior efetividade do sistema de justiça criminal.

O ativismo judicial é necessário, mas não pode ser um fim em si mesmo. O juiz deve atuar de forma responsável e fundamentada, garantindo a proteção dos direitos fundamentais e a observância do devido processo legal.⁸ No entanto a atuação do julgador não significa substituir a atuação do legislador ou do executivo, mas sim garantir que os Direitos Fundamentais sejam protegidos e respeitados. O juiz deve trabalhar em conjunto com os outros poderes, mas não pode se omitir quando há violações de direitos fundamentais.⁹

O ativismo judicial na esfera criminal pode ser entendido como a postura dos magistrados de ultrapassar os limites impostos pela lei, interpretando-a de forma extensiva ou criando novas normas para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, dessa maneira pode dar uma interpretação extensiva da lei para criminalizar condutas até então não observadas pelo direito; realizar o controle de políticas públicas, bem como pode ser visto na aplicação de penas.

3.3.1 INCIDÊNCIA NA LEI DE DROGAS (LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006).

O primeiro exemplo se refere à interpretação extensiva da lei para criminalizar condutas que anteriormente não eram consideradas crime ou não eram objeto de punição na legislação penal. Isso significa que o juiz pode entender que determinada conduta é lesiva ao bem jurídico protegido pela norma, mesmo que a lei não tenha previsto expressamente essa conduta como um crime.

Um exemplo prático desse entendimento é a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal. Antes do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659/DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a lei de drogas criminalizava somente o tráfico e o cultivo de drogas, mas não o porte para uso pessoal. No entanto, o STF, ao interpretar a Constituição Federal, entendeu que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal era necessária para proteger a saúde pública e garantir a dignidade humana.

Assim, o STF decidiu que a posse de drogas para consumo pessoal poderia ser considerada um crime, desde que não houvesse indícios de tráfico, como quantidade excessiva de drogas ou outras circunstâncias que indicassem que a droga não seria para uso pessoal. Dessa forma, o entendimento do STF ampliou a incidência da lei de drogas, incluindo uma conduta que antes não era considerada crime.

⁸ Luís Roberto Barroso. Habeas Corpus 152.752/SP

⁹ Luís Roberto Barroso. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF)

3.3.2 INCIDÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL (LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984).

O segundo exemplo se refere ao controle de políticas públicas relacionadas à segurança pública e à execução penal, que pode ser exercido pelos magistrados por meio do ativismo judicial. Isso significa que os juízes podem determinar ações do poder público para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade no sistema penal.

Um exemplo prático desse entendimento foi a decisão do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/MC. Nessa ação, o STF determinou que o poder público adotasse medidas para garantir o respeito aos direitos humanos dos presos, principalmente em relação à superlotação e às condições precárias dos presídios brasileiros.

O STF entendeu que a superlotação e as más condições dos presídios violavam direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a integridade física e moral, e o princípio da individualização da pena. Com isso, o tribunal determinou que o poder público adotasse medidas para garantir a construção de novos presídios, o aumento do número de servidores do sistema penitenciário e a oferta de atividades educacionais e profissionalizantes aos presos, entre outras medidas.

Esse entendimento do STF representa uma postura ativa dos magistrados em relação às políticas públicas, visando garantir que as garantias fundamentais sejam efetivamente respeitadas, mesmo que isso implique na criação de novas obrigações para o poder público.

Nessa Toada, o reconhecimento de direitos fundamentais é uma das principais formas de atuação do ativismo judicial na esfera criminal. O ativismo pode ser entendido como a postura proativa dos magistrados em relação ao respeito às garantias fundamentais, em detrimento de uma visão mais conservadora e restritiva do papel do Judiciário, como foi a instauração da audiência de custódia no Brasil, que veio por meio da ADPF 347/MC.

3.3.3 SURGIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019).

A ADPF 347/MC é uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em 2015, com pedido de medida cautelar. A ação foi proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de garantir a realização de audiências de custódia em todo o território nacional.

A ADPF 347/MC sustenta que a ausência de audiências de custódia viola diversos preceitos fundamentais, como a presunção de inocência, a vedação à tortura e aos tratamentos cruéis ou degradantes, a dignidade da pessoa humana, entre outros. A ação destaca que a realização de audiências de custódia é uma medida recomendada pelo Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da ONU, do qual o Brasil é signatário.

Em 2015, o relator da ADPF 347/MC, ministro Lewandowski, deferiu a medida cautelar pleiteada, determinando que todos os juízes do país realizassem audiências de custódia em até 24 horas da prisão em flagrante, como forma de garantir o respeito aos direitos humanos das pessoas presas. A medida cautelar foi confirmada pelo plenário do STF em 2016, no julgamento do mérito da ADPF 347.

Com a decisão do STF, a audiência de custódia passou a ser obrigatória em todo o território nacional, como forma de garantir a efetividade dos direitos fundamentais das pessoas presas em flagrante delito. A decisão do STF na ADPF 347/MC, portanto, é um importante marco na luta pela proteção dos direitos humanos no Brasil, demonstrando a relevância do ativismo judicial na defesa dos valores constitucionais e dos preceitos fundamentais.

O autor Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, em seu artigo "Audiência de Custódia: Garantia de Direitos Humanos e Prevenção da Tortura", defende que "a realização das audiências de custódia é uma das medidas mais importantes e eficazes para prevenir a prática de violência institucional, permitindo que o Estado mantenha o controle e a supervisão da atividade policial e garanta a proteção dos direitos fundamentais da pessoa presa" (AZEVEDO, 2015, p. 03).

4. CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL MALVERSADO.

Embora o ativismo judicial tenha contribuído para avanços em diversas áreas, como a proteção de direitos fundamentais e a defesa da democracia, há alguns problemas que podem surgir quando esse modelo de atuação é adotado de maneira excessiva ou inadequada.

Primeiro ponto sensível consoante ao tema se delinea quanto a legitimidade democrática, pois Legitimidade democrática: Como os juízes não são eleitos pelo povo, o ativismo judicial pode ser visto como uma interferência indevida na esfera política, usurpando a autoridade do Legislativo e do Executivo e diminuindo a legitimidade democrática do sistema como um todo.

O primeiro exemplo de ativismo judicial na esfera criminal se refere ao julgamento da Ação Penal 470, conhecida como o "Caso do Mensalão". Esse processo teve início em 2005, quando vieram a público denúncias de que parlamentares estariam recebendo propina em troca de apoio político ao governo. Após uma série de investigações, o Ministério Público Federal denunciou 40 pessoas por diversos crimes, como corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e peculato.

Durante o julgamento, que durou mais de um ano, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura ativista, ao interpretar de maneira extensiva as normas penais e processuais e ao adotar uma postura mais rigorosa em relação à punição dos réus. Alguns exemplos dessa postura incluem a condenação de políticos influentes, como José Dirceu, ex-ministro da Casa Civil, e a aplicação de penas elevadas, como a prisão em regime fechado.

Além disso, o STF adotou uma série de medidas inovadoras para garantir a transparência e a publicidade do julgamento, como a transmissão ao vivo pela televisão e a liberação de todos os votos e discussões dos ministros. Essas medidas ajudaram a aumentar a confiança da sociedade no Judiciário e a reforçar a imagem de que a Justiça é capaz de punir os poderosos.

No entanto, essa postura ativista também gerou algumas críticas e questionamentos, principalmente em relação à falta de clareza nas normas penais e à possibilidade de que as decisões fossem influenciadas por fatores políticos e midiáticos. Alguns juristas argumentaram que o STF extrapolou o seu papel de julgar e passou a legislar, criando novos tipos penais e estabelecendo penas desproporcionais.

Celso Bandeira de Mello, renomado jurista brasileiro, que afirmou que o STF adotou uma postura "neoinquisitorial" e que violou princípios como o da presunção da inocência e o do devido processo legal, ao inverter o ônus da prova e condenar réus com base em indícios e suposições.

Lenio Streck, professor de Direito Constitucional, que afirmou que o STF cometeu diversos erros no julgamento do mensalão, como o uso de provas ilícitas e a falta de fundamentação adequada para as decisões, o que poderia levar a erros judiciais e injustiças.

Fábio Konder Comparato, jurista e professor de Direito, que afirmou que o julgamento do mensalão foi "midiático" e que o STF adotou uma postura "punitivista" e "autoritária", ao desrespeitar as garantias constitucionais e ao punir os réus com penas desproporcionais.

Esses críticos argumentaram que o STF agiu de maneira antidemocrática e inconstitucional ao criar novas normas penais e ao violar as garantias processuais e fundamentais dos réus, e que a postura ativista da Corte poderia levar a um enfraquecimento do Estado de Direito e da democracia.

Em arrimo com esse entendimento, é importante ressaltar que a democracia é um princípio basilar do Estado de Direito nacional, razão pela qual o ativismo judicial pode trazer o enfraquecimento da legitimidade democrática, isso porque como os juízes não são eleitos pelo povo, o ativismo judicial pode ser visto como uma interferência indevida na esfera política, usurpando a autoridade do Legislativo e do Executivo e diminuindo a legitimidade democrática do sistema como um todo.

4.1 FALTA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.

A legitimidade democrática é fundamental para o funcionamento adequado do Estado Democrático de Direito. No entanto, quando há ativismo judicial, ou seja, quando o poder judiciário se envolve em questões políticas ou sociais, isso pode gerar problemas de legitimidade e de separação dos poderes.

No caso do Brasil, a atuação do judiciário em questões políticas tem sido cada vez mais frequente, o que tem gerado debates sobre a sua legitimidade democrática. Uma das críticas é que o judiciário não foi eleito pelo povo e, portanto, não tem a mesma legitimidade democrática que os representantes eleitos pelo voto popular. Além disso, há a preocupação de que a atuação do judiciário possa desequilibrar a separação de poderes e prejudicar a

autonomia dos demais poderes, a exemplo o que ocorreu com o julgamento da ADPF 54, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 2012, pela constitucionalidade da interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal.

Apesar de ter sido uma decisão importante para os direitos reprodutivos das mulheres e para a garantia de acesso a serviços de saúde seguros, o julgamento também gerou críticas em relação ao ativismo judicial e à falta de legitimidade democrática do STF para tomar essa decisão. Muitos argumentaram que o tema deveria ter sido discutido pelo Congresso Nacional, que é o órgão democraticamente eleito para legislar sobre questões de interesse público.

Além disso, houve também críticas em relação à forma como o STF tomou a decisão, já que a maioria dos ministros utilizou argumentos baseados em princípios constitucionais abstratos, como a dignidade da pessoa humana e a autonomia reprodutiva, em vez de se basear em evidências empíricas ou em dados científicos sobre o tema.

Portanto, esse caso é um exemplo de como o ativismo judicial pode gerar controvérsias em relação à sua legitimidade democrática, especialmente quando os juízes tomam decisões que afetam questões controversas e que deveriam ser objeto de debate público e legislação pelo Congresso Nacional.

Um entendimento relevante é o do John Hart Ely, jurista americano que propõe uma teoria da "jurisdição representativa", segundo a qual a atuação do judiciário deve ser vista como uma extensão da representação política, e que defende a ideia de que o judiciário deve atuar para corrigir falhas na representação democrática.

Embora Ely defenda a teoria da "jurisdição representativa", ele também reconhece que o ativismo judicial pode ser um risco para a democracia e a separação dos poderes. Ely argumenta que o judiciário deve ser cuidadoso ao exercer o seu poder, e que deve ter uma base constitucional clara e bem fundamentada para suas decisões.

O ativismo judicial é o que acontece quando os juízes se desviam do sentido claro e inequívoco do texto constitucional e invocam uma 'filosofia constitucional' como justificativa para suas decisões. (John Hart Ely, "Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review", 1980).

Dessa maneira, quando o poder judiciário recebe um papel muito proeminente na solução de conflitos, há o risco de que questões que deveriam ser resolvidas por outros meios, como negociação ou diálogo político, sejam levadas para os tribunais.

4.2. EXCESSO DE DEMANDAS JUDICIAIS.

Várias são as consequências, como o excesso de demandas judiciais pode sobrecarregar o Judiciário, prejudicando a qualidade e a celeridade das decisões, e comprometendo o acesso à justiça para aqueles que realmente necessitam.

Pode acarretar também a deslegitimação do sistema: A judicialização excessiva pode deslegitimar o sistema jurídico, pois as pessoas podem passar a enxergar o Judiciário como a única solução para todos os problemas, mesmo aqueles que poderiam ser resolvidos de forma mais adequada e eficiente por outros meios.

4.3 INSEGURANÇA JURÍDICA.

Outra consequência é a insegurança jurídica, pois a excessiva judicialização pode gerar insegurança jurídica, uma vez que as decisões podem ser tomadas de forma não uniforme, ou seja, diferentes tribunais podem ter entendimentos divergentes sobre determinado assunto.

O ativismo judicial pode contribuir para gerar insegurança jurídica, uma vez que as decisões tomadas pelos tribunais podem ser imprevisíveis e não seguir o entendimento majoritário do sistema jurídico. Isso ocorre porque o ativismo judicial muitas vezes leva à criação de novas normas ou à interpretação de normas já existentes de forma mais ampla ou restritiva do que se vinha entendendo até então.

A insegurança jurídica causada pelo ativismo judicial pode gerar diversos problemas, como a dificuldade de planejamento por parte das empresas e dos cidadãos, que não sabem ao certo qual será a interpretação dada pelo Judiciário a determinadas situações. Além disso, pode levar a um aumento da litigiosidade, pois as partes envolvidas podem passar a buscar o Judiciário como meio de solucionar conflitos que poderiam ser resolvidos de forma mais simples e ágil.

Outra consequência da insegurança jurídica é a falta de confiança dos cidadãos no sistema jurídico como um todo, o que pode levar à deslegitimação das instituições e à erosão do estado de direito. Por isso, é importante que o ativismo judicial seja praticado com

prudência e equilíbrio, de modo a evitar a insegurança jurídica e garantir a previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais.

Um exemplo de insegurança jurídica decorrente de interpretações divergentes da Lei da Ficha Limpa é o caso da candidatura de Lula à Presidência da República nas eleições de 2018. Inicialmente, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) negou o registro da candidatura de Lula com base na Lei da Ficha Limpa, já que o ex-presidente havia sido condenado por órgão colegiado da Justiça (o Tribunal Regional Federal da 4ª Região).¹⁰

No entanto, posteriormente, o STF concedeu uma liminar que permitiu a candidatura de Lula até que fossem julgados os recursos apresentados pela defesa do ex-presidente. Esse caso gerou uma grande controvérsia em relação à aplicação da Lei da Ficha Limpa, com interpretações divergentes sobre o momento em que a inelegibilidade se configurava (se a partir da condenação em segunda instância ou apenas após o trânsito em julgado do processo). Isso gerou uma grande insegurança jurídica não só em relação à candidatura de Lula, mas também em relação à aplicação da Lei da Ficha Limpa em outros casos.

No entanto, é fato que a justiça brasileira enfrenta diversos desafios, como a lentidão processual, a corrupção e a falta de transparência. Esses problemas afetam não apenas a eficácia do sistema judiciário, mas também a confiança da população na justiça e na democracia como um todo, mas o enfoque sobre a segurança recai justamente nos casos em que são julgados os crimes de corrupção, visto que ataca diretamente o sistema Democrático de Direito.

De acordo com Machado (2019, p. 28), "a percepção da população sobre a justiça brasileira está diretamente relacionada à sua capacidade de lidar com casos de corrupção, o que faz da transparência e da efetividade do sistema judiciário um desafio crucial para a consolidação da democracia no país".

Nessa afirmação, Marta Machado está dizendo que a forma como a população enxerga a justiça brasileira tem uma relação direta com a capacidade do sistema judiciário de lidar com casos de corrupção. A corrupção é um problema grave no Brasil e, portanto, a

10 O número do processo que trata da candidatura de Lula à Presidência em 2018 é o RPP 0601782-28.2018.6.00.0000. Quanto ao acórdão proferido pelo STF, se trata da medida cautelar na ADC 54/DF. É importante mencionar que essa medida cautelar foi revogada posteriormente pelo próprio STF, em abril de 2019, após a defesa de Lula ter desistido do recurso que pedia a anulação da condenação do ex-presidente.

forma como o sistema judiciário lida com esse problema tem um grande impacto na percepção da população sobre a justiça.

Marta Machado está defendendo que para a consolidação da democracia no país, é fundamental que o sistema judiciário seja transparente e efetivo no combate à corrupção. Isso significa que o sistema judiciário deve ser capaz de investigar, julgar e punir os casos de corrupção de forma eficaz e transparente, para que a população tenha confiança na justiça e nas instituições democráticas.

A autora está dizendo que a transparência e a efetividade do sistema judiciário são um desafio crucial para a consolidação da democracia no Brasil. Sem um sistema judiciário confiável, efetivo e transparente no combate à corrupção, a população pode perder a confiança nas instituições democráticas, o que pode levar a uma crise política e social. Por isso, é importante que o sistema judiciário brasileiro continue aprimorando suas práticas e ações para fortalecer a confiança da população na justiça e na democracia.

5. O ATIVISMO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL.

5.1. CORRUPÇÃO, LAVA JATO E ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO.

Os casos de corrupção ganham notoriedade no Brasil conta da relevância do tema para a sociedade, uma vez que a corrupção tem impactos negativos na economia, na política e na vida dos cidadãos. Além disso, os casos de corrupção envolvem frequentemente figuras públicas, políticos e empresários influentes, o que aumenta o interesse da mídia e do público em geral.

Outro fator que contribui para a notoriedade dos casos de corrupção no Brasil é a atuação de órgãos de controle, como a Polícia Federal, o Ministério Público e a Justiça, que têm intensificado suas investigações e ações de combate à corrupção nos últimos anos. A Operação Lava Jato, por exemplo, teve grande repercussão na mídia e na sociedade brasileira, uma vez que desvendou um esquema de corrupção bilionário envolvendo grandes empresas e políticos de diversos partidos.

Durante essa mesma “operação” o ativismo judicial se manteve presente havendo algumas mudanças na jurisprudência majoritária em relação a alguns temas específicos, mas não necessariamente em relação aos casos de corrupção em si.

Um exemplo de mudança na jurisprudência durante a Lava Jato foi em relação à prisão após condenação em segunda instância. Antes da operação, o entendimento majoritário do STF era que a prisão deveria ocorrer apenas após o trânsito em julgado do processo, ou seja, após esgotadas todas as possibilidades de recurso. No entanto, em 2016, o STF mudou esse entendimento e permitiu a prisão após condenação em segunda instância, o que acabou afetando vários réus da Lava Jato, e, novamente, retornando em 2019 seu entendimento da prisão apenas acontecer após o esgotamento de todas os recursos.

Outra mudança na jurisprudência foi em relação à colaboração premiada, que é um acordo em que o réu se compromete a cooperar com as investigações em troca de redução de pena. Durante a Lava Jato, o STF estabeleceu novas regras para a validação desse tipo de acordo, como a obrigatoriedade de homologação pelo Judiciário e a necessidade de que a colaboração esteja baseada em informações concretas e verificáveis.

A Operação Lava Jato foi marcada por uma intensa atuação do Poder Judiciário, em especial da 13ª Vara Federal de Curitiba e do Supremo Tribunal Federal (STF), na investigação e julgamento dos casos de corrupção. Essa atuação foi bastante discutida na doutrina e na imprensa, sendo classificada por alguns autores como ativismo judicial.

Por um lado, os defensores da atuação do Judiciário na Lava Jato argumentam que o ativismo judicial foi necessário para garantir a efetividade da justiça e combater a impunidade. A atuação do Judiciário teria permitido a investigação e punição de figuras poderosas, como políticos e empresários, que antes estavam acima da lei.

Autores que defendem a atuação do Judiciário na Lava Jato incluem, por exemplo, os juristas Sérgio Moro, ex-juiz federal responsável pelos julgamentos de primeira instância da operação, e Delta Dallagnol, ex-procurador da República e coordenador da força-tarefa da Lava Jato em Curitiba.

"A Operação Lava Jato é um marco histórico na luta contra a corrupção no Brasil. A força-tarefa da operação demonstrou que é possível investigar e punir os envolvidos em grandes esquemas de corrupção, mesmo quando eles ocupam cargos de poder e influência." (Sérgio Moro)

"A Lava Jato foi uma resposta necessária e legítima à corrupção sistêmica que corrompeu as instituições brasileiras. Ela colocou fim à impunidade e enviou uma mensagem clara de que ninguém está acima da lei." (Delta Dallagnol)

Esses autores argumentam que a Lava Jato foi uma resposta necessária e legítima à corrupção sistêmica que permeava as instituições brasileiras, e que a atuação do Judiciário foi fundamental para investigar e punir os envolvidos, sem distinção de cargos ou poder. Além disso, eles destacam que a operação foi marcada pelo uso de técnicas investigativas avançadas, como a colaboração premiada e a quebra de sigilo bancário, que foram fundamentais para identificar e comprovar os crimes cometidos.

Por outro lado, os críticos da atuação do Judiciário na Lava Jato argumentam que houve excessos e ilegalidades na forma como as investigações foram conduzidas, como a prisão preventiva prolongada, o uso de delações premiadas e a violação de garantias processuais. Além disso, argumentam que o ativismo judicial pode ter comprometido a separação dos poderes e o devido processo legal, ao permitir que juízes e procuradores atuassem como investigadores e julgadores ao mesmo tempo.

Autores contrários à atuação do Judiciário na Lava Jato incluem, por exemplo, os juristas Lenio Streck e Celso Antônio Bandeira de Mello. Esses autores argumentam que a operação foi marcada por violações aos direitos fundamentais dos acusados, como a falta de garantias processuais, a seletividade na escolha dos investigados e a excessiva exposição midiática.

Para esses autores, a Lava Jato representou um momento de intensificação do ativismo judicial no Brasil, em que os juízes e promotores assumiram um papel de protagonismo na investigação e punição de crimes, em detrimento do papel do Legislativo e do Executivo.

Eles apontam que essa postura pode enfraquecer a democracia, ao permitir que as decisões sejam tomadas por um grupo seleto de agentes públicos, sem a devida participação da sociedade e sem o respeito às regras e instituições democráticas, culminando na judicialização da política.

Quando o Judiciário passa a decidir questões que deveriam ser de responsabilidade do Legislativo ou do Executivo, como políticas públicas e reformas estruturais, há o risco de que a democracia seja enfraquecida, já que as decisões não passam pelo crivo dos representantes eleitos pelo povo.

*“ O ativismo judicial é uma expressão que traz em si um sentido pejorativo, pois se relaciona com o rompimento da ordem constitucional, com a quebra do equilíbrio entre os poderes e com o exercício do poder sem legitimidade.”*¹¹

O ativismo judicial, quando se trata de um Judiciário engajado politicamente, pode levar a um enfraquecimento da democracia ao desrespeitar a separação dos poderes e interferir no processo político.

Um exemplo de ativismo judicial que pode enfraquecer a democracia é quando o Judiciário ultrapassa seu papel de aplicar a lei e começa a criar leis e políticas públicas, muitas vezes sem a devida participação dos outros poderes ou da sociedade. Isso pode ser entendido como uma usurpação de competências e um desrespeito à divisão de poderes, que é uma das bases da democracia.

Além disso, o ativismo judicial pode gerar um sentimento de desconfiança e insatisfação na sociedade em relação ao sistema político e jurídico, especialmente quando as decisões judiciais são vistas como politizadas ou arbitrárias. Isso pode minar a legitimidade das instituições democráticas e abrir espaço para discursos autoritários e populistas.

Por outro lado, o ativismo judicial pode ser entendido como uma forma de proteger e promover direitos fundamentais, especialmente em casos em que os outros poderes não agem

11 STRECK, Lenio Luiz. "Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito". São Paulo: Saraiva, 2004

ou agem de forma insuficiente. Nesse sentido, o ativismo judicial pode ser visto como uma forma de fortalecer a democracia, desde que respeitados os limites constitucionais e o equilíbrio entre os poderes.

O ativismo judicial, quando realizado dentro dos limites constitucionais e em defesa dos direitos fundamentais, pode contribuir para o fortalecimento da democracia. Isso acontece porque, em muitos casos, o Judiciário se torna a última barreira de proteção dos direitos e garantias constitucionais, especialmente quando os outros poderes falham ou agem de forma insuficiente.

Uma das principais formas de atuação do ativismo judicial é a interpretação ampliativa dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Isso significa que o Judiciário pode ampliar o alcance e a proteção desses direitos, mesmo que isso implique em uma mudança na interpretação tradicional da lei. Essa atuação pode ser especialmente importante em casos de discriminação, violações de liberdades individuais, abusos de poder e outras situações em que os direitos fundamentais estejam em risco.

Um exemplo de ativismo judicial que fortaleceu a democracia no Brasil foi a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à união civil entre pessoas do mesmo sexo.¹² Em 2011, o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, garantindo aos casais homossexuais os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais. Essa decisão foi considerada um exemplo de ativismo judicial, pois ampliou o alcance da Constituição ao garantir a proteção da dignidade da pessoa humana e da igualdade, mesmo que isso implique em uma mudança na interpretação tradicional da lei.

Outro exemplo de ativismo judicial que fortaleceu a democracia no Brasil foi a atuação do Judiciário na defesa dos direitos humanos durante o regime militar. Durante a ditadura militar, muitas pessoas foram presas, torturadas e mortas pelos órgãos de segurança do Estado. O Judiciário, especialmente os juízes e promotores que atuavam nos tribunais militares, muitas vezes foram coniventes com essas violações e não cumpriram seu papel de proteger os direitos fundamentais.¹³

12 Recurso Extraordinário (RE) 477554. O acórdão pode ser acessado no site do STF pelo número do processo: RE 477554.

13 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 questionou a Lei de Anistia de 1979. OAB e pelo grupo Tortura Nunca Mais, que defendiam a possibilidade de julgamento e punição dos agentes de Estado que cometeram crimes de tortura, assassinato e desaparecimento durante o regime militar (1964-1985). O

No entanto, algumas decisões judiciais individuais e a atuação de organizações da sociedade civil, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Comissão de Justiça e Paz, foram fundamentais para a defesa dos direitos humanos e para a luta pela democracia no país.

Em resumo, o ativismo judicial pode fortalecer a democracia quando se baseia na interpretação ampliada dos direitos fundamentais e atua como uma barreira de proteção contra violações de direitos e garantias constitucionais. No entanto, é importante que essa atuação seja pautada pela legalidade, pela transparência e pelo respeito à separação dos poderes.

STF decidiu, por 7 votos a 2, que a Lei de Anistia é constitucional e impede a punição de agentes do Estado e de guerrilheiros que cometeram crimes políticos durante o regime militar. A decisão foi bastante controversa e gerou críticas de diversos setores da sociedade civil e de organizações de direitos humanos.

6. LIMITES DO ATIVISMO JUDICIÁRIO.

6.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE LIMITAÇÃO OU FERRAMENTA DE INIGNIÇÃO DO ATIVISMO JUDICIÁRIO?

O Ativismo judicial deve obedecer aos vértices de atuação do Judiciário e principalmente a nossa Carta Magna, visto que o Poder Judiciário deve atuar ao arrepio da lei, nesse sentido está imanente relacionado ao controle de constitucionalidade.

No Brasil, existem dois tipos de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado. No controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei em um caso concreto. Já no controle concentrado, apenas o Supremo Tribunal Federal (STF) pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

O ativismo judicial pode estar relacionado ao controle difuso de constitucionalidade, que é uma forma de controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais, em que qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma, desde que esteja fundamentado em uma Constituição Federal. Esse controle difuso é considerado mais flexível do que o controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que é um órgão específico que julga a constitucionalidade das leis.

Alguns autores afirmam que o ativismo judicial pode estar presente no controle difuso de constitucionalidade, quando os tribunais extrapolam seu poder de interpretação e começam a criar normas para suprir eventuais lacunas na legislação. Nesse sentido, o professor Gustavo Binenbojm afirma que "a flexibilidade do controle difuso de constitucionalidade pode se transformar em ativismo judicial, quando os juízes adotam posturas interpretativas excessivamente agressivas, em detrimento da vontade política" (Fonte: Binenbojm, Gustavo. "Uma Teoria do Direito Administrativo". Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

Por outro lado, há autores que defendem que o controle difuso de constitucionalidade é uma forma legítima de exercício do ativismo judicial, pois permite que os tribunais corrijam eventuais violações aos direitos fundamentais dos cidadãos, ainda que não haja uma norma específica para solucionar o caso. Nesse sentido, o professor José Afonso da Silva afirma que "o controle difuso não é apenas uma faculdade, mas um dever do juiz, que deve proteger a Constituição sempre que necessário" (Fonte: Silva, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo". São Paulo: Malheiros, 2006).

De toda forma, é importante ressaltar que o controle difuso de constitucionalidade deve ser exercido com cautela e parcimônia, de modo a não ferir o princípio da separação dos poderes e a não comprometer a estabilidade jurídica e a segurança jurídica.

Noutro giro verbal, o ativismo judicial também está relacionado ao controle concentrado de constitucionalidade, que é a possibilidade de órgãos específicos julgarem a constitucionalidade das leis de forma abstrata, ou seja, sem a necessidade de um caso concreto em tramitação. No Brasil, essa função é exercida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e ações de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs).

O ativismo judicial pode estar presente nesse controle concentrado quando o STF atua de forma mais ativa e expansiva, interpretando de forma mais ampla a Constituição e aplicando-a em casos que não eram anteriormente considerados. Alguns exemplos desse ativismo judicial no controle concentrado de constitucionalidade são a decisão do STF que permitiu a união estável homoafetiva e a declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que estabelecia o financiamento empresarial de campanhas eleitorais.

Autores como Lenio Streck e Gilmar Mendes são críticos do ativismo judicial no controle concentrado de constitucionalidade, argumentando que ele pode levar à sobreposição do Poder Judiciário sobre os outros poderes e à falta de legitimidade democrática das decisões. Por outro lado, autores como Luis Roberto Barroso e Marcelo Neves defendem a atuação mais ativa do STF, argumentando que ela é necessária para proteger os direitos fundamentais e garantir o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o critério utilizado para o controle de constitucionalidade é o da supremacia da Constituição. Isso significa que a Constituição é a norma mais importante do ordenamento jurídico brasileiro e que todas as leis e atos normativos devem estar em conformidade com ela.

No entanto, a interpretação da Constituição nem sempre é consensual, o que pode gerar conflitos entre os poderes e dar margem ao ativismo judicial. Algumas vezes, o Poder Judiciário é chamado a intervir em questões políticas e sociais, como no caso da legalização do aborto, da união homoafetiva e da descriminalização das drogas.

Porém, é importante ressaltar que o ativismo judicial deve ter limites, para não se tornar um arbítrio e ferir a separação dos poderes e a democracia. Os critérios para limitar o ativismo judicial incluem a prudência, a autocontenção, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Além disso, é fundamental que o Judiciário seja transparente em suas decisões, fundamentando-as de forma clara e coerente, e que respeite os limites constitucionais e legais.

Em resumo, o ativismo judicial e o controle de constitucionalidade são temas interligados e que envolvem questões complexas de interpretação e aplicação do direito. É necessário um equilíbrio entre a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais e o respeito às instituições e à democracia.

Dessa maneira é inquestionável afirmar sobre diferenciação do papel do juiz e do legislador. O ativismo judicial pode levar a uma confusão entre o papel do juiz e do legislador, o que pode gerar críticas de usurpação de competência. Nesse sentido, alguns autores defendem que o juiz deve se limitar a interpretar a lei, sem criar novas normas ou modificar o conteúdo das existentes.

Outro vértice que o Ativismo Judicial deve observar é o respeito aos direitos fundamentais e à democracia, pois não pode ser utilizado para violar direitos fundamentais ou para enfraquecer as instituições democráticas. Nesse sentido, é importante que os juízes tenham em mente que sua atuação deve estar a serviço da proteção dos direitos humanos e da preservação do Estado de Direito.

Nessa toada, devem seguir os critérios de razoabilidade e proporcionalidade para evitar excessos ou abusos. Os juízes devem buscar um equilíbrio entre os interesses em jogo e as limitações impostas pelo ordenamento jurídico, para que suas decisões sejam aceitas pela sociedade e pelos demais poderes.

Por fim, O ativismo judicial pode ser criticado por não refletir a vontade da maioria ou por não ter a legitimidade e representatividade necessárias para decidir questões de grande importância social ou política. Nesse sentido, é importante que os juízes estejam cientes da responsabilidade que assumem ao adotar uma postura mais ativista e que justifiquem suas decisões com base em argumentos consistentes e bem fundamentados.

"É preciso lembrar que a atuação do Poder Judiciário não pode, em hipótese alguma, ferir a Constituição Federal, norma fundamental de todo o ordenamento jurídico do país. A interpretação deve ser realizada a partir da Constituição e das leis, sem suprimir ou modificar direitos e garantias constitucionais, e sem deixar de lado a separação dos poderes e a independência funcional dos magistrados." (CARVALHO, 2021, p. 120).

7. MINISTÉRIO PÚBLICO E O ATIVISMO JUDICIAL.

O ativismo judicial é uma postura adotada por alguns juízes que consiste em ir além da mera aplicação das leis existentes, muitas vezes criando novas normas ou interpretando as existentes de forma a atender aos seus próprios valores e ideias sobre o que é justo. Essa postura tem gerado debates acerca dos limites do poder do Judiciário e do papel dos demais Poderes na elaboração e aplicação das leis.

Por um lado, o Ministério Público pode atuar como fiscal da lei, defendendo a legalidade e os limites da atuação do Judiciário. Isso pode acontecer, por exemplo, quando o Ministério Público questiona judicialmente uma decisão que considera que o juiz extrapolou suas atribuições ao criar uma nova norma ou interpretar a lei de forma inadequada.

Por outro lado, o Ministério Público também pode atuar como defensor da Constituição e dos direitos fundamentais, apoiando iniciativas que buscam garantir a efetividade desses direitos e promover avanços sociais. Nesse sentido, o Ministério Público pode se aliar a juízes ativistas que adotam uma postura mais progressista, desde que essa atuação esteja de acordo com a Constituição e com as demais normas jurídicas aplicáveis.

Assim, a atuação do Ministério Público em relação ao ativismo judicial pode ser tanto de defesa da legalidade quanto de defesa dos direitos fundamentais e do interesse público, dependendo do contexto e das circunstâncias específicas de cada caso.

O jurista Fábio Medina Osório afirma que a atuação do Ministério Público na defesa da legalidade e dos direitos fundamentais em relação ao ativismo judicial. Para ele, é importante que o Ministério Público exerça seu papel de fiscal da lei e questione judicialmente decisões que considere ilegais ou abusivas, mas também que atue como defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, apoiando decisões que promovam a justiça e a igualdade.

Em 2017, a Prefeitura de São Paulo, com o apoio do governo estadual, realizou uma operação na região da Cracolândia com o objetivo de combater o tráfico de drogas e oferecer tratamento aos dependentes químicos que viviam no local. Durante a operação, houve a internação compulsória de algumas pessoas que estavam em situação de risco extremo, devido ao uso abusivo de drogas.

A medida de internação compulsória foi bastante controversa e gerou debates sobre a efetividade dessa política pública de combate às drogas. Alguns especialistas em saúde e direitos humanos argumentaram que a internação compulsória viola os direitos fundamentais dos pacientes e que há outras formas mais eficazes de lidar com a questão do uso de drogas, como o tratamento em comunidades terapêuticas voluntárias.

Nesse sentido temos a defesa dos direitos fundamentais em 2019, quando o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) manifestou-se favoravelmente à decisão de um juiz que havia determinado a internação compulsória de dependentes químicos em um hospital psiquiátrico.

Embora a medida seja controversa, o MPSP considerou que a decisão do juiz estava de acordo com a Constituição e com as normas aplicáveis, já que visava proteger a saúde e a dignidade dos dependentes químicos.

O papel do Ministério Público no caso da internação compulsória dos dependentes químicos da Cracolândia foi de fiscalizar e garantir que os direitos fundamentais dos pacientes fossem respeitados durante todo o processo.

Em meio às polêmicas geradas pela medida, o Ministério Público de São Paulo instaurou um inquérito civil para investigar as condições em que as internações compulsórias estavam sendo realizadas na região da Cracolândia. O inquérito foi aberto em 2017, após denúncias de violações de direitos humanos durante as internações.

O objetivo do inquérito foi apurar se as internações estavam sendo feitas de forma adequada e se os direitos dos pacientes estavam sendo respeitados. Durante as investigações, o Ministério Público realizou diligências, ouviu testemunhas e analisou documentos para verificar se as internações estavam sendo realizadas de forma legal e se havia acompanhamento e tratamento adequados para os dependentes químicos.

Em seu relatório final, o Ministério Público de São Paulo destacou a importância de se adotar medidas efetivas de prevenção e tratamento do uso de drogas, e recomendou a

criação de políticas públicas que ofereçam alternativas de tratamento para os dependentes químicos, em vez de apenas recorrer à internação compulsória como medida única.

Em resumo, o papel do Ministério Público foi de atuar como fiscal da lei e dos direitos fundamentais, garantindo que a medida de internação compulsória não fosse utilizada de forma abusiva ou ilegal, e cobrando das autoridades públicas a implementação de políticas públicas efetivas para combater a dependência química e garantir a saúde e a dignidade das pessoas em situação de vulnerabilidade.

O Ministério Público também atua em face do ativismo judicial, no sentido de coibir violações aos direitos e garantias fundamentais causadas por decisões judiciais esdrúxulas, como ocorreu no Inquérito nº 4.781, instaurado de ofício pelo STF em 2019 para investigar supostas *fake news* e ameaças contra os ministros da Corte. A censura da reportagem da revista *Crusoe* e do site *O Antagonista* foi uma das medidas determinadas pelo ministro Alexandre de Moraes no âmbito desse inquérito.

Na época, o MPF alegou que a decisão judicial violava a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão, garantidas pela Constituição Federal. O MPF argumentou que a censura prévia é inconstitucional e que a proteção dos direitos à honra e à imagem não pode se sobrepor ao direito à informação.

Assim, o MPF interpôs um recurso judicial contra a decisão, buscando a anulação da censura e a garantia da liberdade de imprensa. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) acabou acatando o recurso e derrubando a censura, permitindo que a reportagem fosse divulgada.

Essa atuação do MPF mostra a importância da defesa dos direitos fundamentais, como a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão, frente a decisões judiciais que possam violar esses direitos.

Esse caso também ergue o questionamento sobre a atuação do próprio STF, pois gerou diferentes opiniões e comentários por parte de juristas. Alguns alegam que a instauração do inquérito de ofício pelo presidente do STF foi uma medida correta e necessária para investigar possíveis crimes que estariam sendo cometidos contra a democracia e as instituições.

Luís Roberto Barroso defende que a medida foi necessária para investigar ameaças e ataques ao Supremo e para garantir a segurança institucional. Além disso, o jurista afirma que o inquérito respeita o devido processo legal e a Constituição Federal.

"Não há conflito entre a liberdade de expressão e a proteção da honra, da intimidade e da vida privada. A proteção a esses bens jurídicos não pode ser utilizada para calar a imprensa ou para preservar a imagem de figuras públicas. A proteção da imagem não pode impedir a divulgação de informações relevantes e de interesse público", disse o ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no julgamento do caso.

Por outro lado, há diversas críticas ao inquérito, principalmente quanto à sua legalidade e constitucionalidade, por ter sido instaurado de ofício pelo próprio órgão investigado e por não ter passado pelo crivo do Ministério Público. Outras críticas dizem respeito à amplitude das investigações e à possibilidade de violação da liberdade de expressão e do direito à privacidade dos cidadãos.

O jurista Lenio Streck. Em um artigo publicado na ConJur em 2019, ele criticou a medida, afirmando que "a investigação temerária, inquisitorial e sem base legal, que cheira a totalitarismo, desafia o Estado Democrático de Direito". Ele ainda destacou que "ninguém está acima da lei e não é lícito que um poder - ainda que o Judiciário - seja a polícia do pensamento, a polícia da opinião ou a polícia do livre exercício da crítica".¹⁴

¹⁴ Conjur. Sentos Incomuns. STF e fake news: Temos os ortodoxos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-18/senso-incomum-stf-fake-news-temos-ortodoxos>. Acesso em: 04 abr. 2023.

8. MECANISMOS DE CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

O ativismo judicial é um termo que se refere à tendência dos juízes de tomar decisões judiciais que vão além da interpretação literal da lei e das disposições legais, com o objetivo de promover mudanças sociais ou políticas. O ativismo judicial pode ser visto como uma forma de engajamento político dos juízes, já que eles têm o poder de interpretar as leis e aplicá-las de maneira que reflita suas visões pessoais e valores.

As mudanças sociais transcendem o palco jurisdicional, pois agregam para a concretização dos direitos fundamentais pelo Estado, bem como garantem que os direitos e garantias já conquistados não sejam reduzidos ou perdidos, como ocorre no efeito *cliquet*. Esse efeito pode ser entendido quando, uma vez que um direito é estabelecido e incorporado ao ordenamento jurídico, ele não pode ser retrocedido ou revogado, a menos que haja uma mudança constitucional.

O ativismo judicial pode ajudar a consolidar esses direitos, tornando-os mais difíceis de serem revertidos. Ao interpretar a Constituição de maneira mais ampla e abrangente, os tribunais podem estabelecer novos precedentes e criar uma jurisprudência que proteja e consolide esses direitos e garantias fundamentais. Essa abordagem mais ativa do Judiciário pode ajudar a garantir que as conquistas sociais e os direitos conquistados não sejam perdidos ou reduzidos, garantindo assim a estabilidade e a segurança jurídica de uma sociedade.

O ativismo judicial e o efeito *cliquet* da Constituição estão relacionados, pois o efeito *cliquet* é um fenômeno que impede a retrocessão de direitos já conquistados, o que é importante para garantir a estabilidade e a segurança jurídica de uma sociedade. Por sua vez, o ativismo judicial pode ajudar a consolidar esses direitos, tornando-os mais difíceis de serem revertidos.

Conforme a obra *A Constituição Dirigente Invertida: Omissão Legislativa e Políticas Públicas* é uma obra de Gilmar Ferreira Mendes que discute o papel do Poder Judiciário na promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição brasileira.

O título da obra faz referência à ideia de que, ao contrário do que acontece em uma Constituição dirigente clássica, em que o Estado é o principal responsável pela promoção dos

direitos fundamentais, no Brasil essa função muitas vezes é desempenhada pelo Judiciário, que atua para preencher as lacunas deixadas pelos outros poderes.

O autor argumenta que, diante da inércia do Poder Legislativo e Executivo na implementação desses direitos, o Judiciário deve adotar uma postura mais ativa na sua defesa, especialmente por meio do uso da técnica do mandado de injunção. O "mandado de injunção" permite que o indivíduo solicite que a autoridade competente regulamente o exercício do direito que está sendo violado. É um mecanismo de proteção e defesa dos direitos fundamentais, que visa preencher a lacuna jurídica que existe na ausência de regulamentações específicas e uma forma bem peculiar de ativismo judicial, no entanto tendo a colaboração da população.

O "mandado de injunção" tem um papel importante no ativismo judicial, pois permite aos indivíduos buscar a proteção e defesa de seus direitos fundamentais, mesmo na ausência de uma regulamentação específica que os garanta. Por meio desse instrumento jurídico, o Poder Judiciário pode suprir a omissão do Poder Legislativo em relação a uma determinada matéria, garantindo a efetividade dos direitos constitucionais.

Assim, o "mandado de injunção" tem sido utilizado como uma ferramenta para ampliar a proteção dos direitos fundamentais, permitindo que o Judiciário atue de forma mais ativa na garantia dos direitos previstos na Constituição. Por meio dessa ação judicial, o Judiciário pode determinar a regulamentação de um direito ou garantia constitucional, mesmo que não haja uma lei ou norma que o regule.

Como ocorreu no caso de "Direito de Greve para os servidores públicos", quando em 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu um "mandado de injunção" que garantiu o direito de greve para servidores públicos, mesmo na ausência de uma regulamentação específica que tratasse do tema. A decisão do STF estabeleceu que, enquanto não houvesse uma lei regulamentando o direito de greve para servidores públicos, seria aplicado o mesmo regime previsto para trabalhadores da iniciativa privada.¹⁵

Em 2010, o STF concedeu um "mandado de injunção" que determinou a aplicação imediata da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, mesmo na ausência de uma regulamentação específica que tratasse do

¹⁵ Direito de greve para servidores públicos: Mandado de Injunção (MI) nº 670/DF.

tema. A decisão do STF garantiu que as pessoas com deficiência tivessem seus direitos garantidos e protegidos, mesmo na ausência de uma lei que os regulamentasse.¹⁶

Em 2016, quando o STF concedeu um "mandado de injunção" que determinou a regulamentação do direito à educação de jovens e adultos, garantindo que todos os brasileiros tivessem acesso a uma educação básica de qualidade. A decisão do STF estabeleceu que a União, os estados e os municípios deveriam tomar medidas para garantir o acesso à educação de jovens e adultos, inclusive por meio da oferta de educação a distância.¹⁷

Além disso, o "mandado de injunção" também tem sido utilizado como uma forma de ampliar a participação da sociedade na definição de políticas públicas, pois permite que os cidadãos apresentem suas demandas diretamente ao Judiciário, exigindo que os seus direitos sejam respeitados e garantidos pelo Estado.

Dessa forma, o "mandado de injunção" tem se mostrado como um importante instrumento para o ativismo judicial, permitindo que o Judiciário atue de forma mais ampla na proteção dos direitos fundamentais e na promoção de uma sociedade mais justa e democrática.

Nesse sentido o Mandado de injunção não pode não pode ser considerado uma intromissão do Judiciário nos outros poderes, pois ele é uma ação constitucional prevista na Constituição Federal e tem por objetivo garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais em casos em que há omissão do Poder Legislativo ou do Poder Executivo na regulamentação desses direitos.

Ao impetrar um mandado de injunção, o cidadão está buscando o reconhecimento e a garantia do seu direito constitucional, que não pode ser exercido devido à falta de regulamentação específica. Nesse sentido, a ação não se trata de uma intromissão do Judiciário nos outros poderes, mas sim de uma forma de garantir a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição, que devem ser respeitados e protegidos por todos os poderes do Estado.

Por tanto, o mandado de injunção pode ser considerado uma ferramenta para o ativismo judicial, pois ele permite que o Judiciário intervenha em questões que envolvem direitos fundamentais e que não foram regulamentadas pelo Legislativo ou pelo Executivo. Por meio dessa ação constitucional, os juízes podem atuar de forma mais ativa na proteção

¹⁶ Direitos de pessoas com deficiência: Mandado de Injunção (MI) nº 4.357/DF.

¹⁷ Direito à educação: Mandado de Injunção (MI) nº 880/DF.

dos direitos fundamentais, garantindo a sua efetividade mesmo em situações de omissão do Estado.

Em suma, o ativismo judicial por meio do mandado de injunção se dá na medida em que o Judiciário, ao conceder o mandado, pode ir além do que está previsto na Constituição, garantindo, por exemplo, direitos que não estão expressamente previstos na lei ou na Constituição, mas que são necessários para assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a ação constitucional pode ser vista como uma forma de fortalecimento da democracia, pois permite que o Judiciário atue na proteção dos direitos fundamentais e na promoção da justiça social, contribuindo para a construção de uma sociedade mais igualitária e justa.

"A omissão do Estado em garantir o exercício de um direito fundamental não pode ser tolerada. [...] A Constituição Federal não se limita a proclamar direitos, mas também garante a sua efetividade. Nesse contexto, a ação judicial, e particularmente o mandado de injunção, representa um importante mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, como forma de suprir a omissão estatal".¹⁸

¹⁸ Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Injunção 670, proferida no Supremo Tribunal Federal, em 25 de março de 2010.

9. “COMMON LAWLIZAÇÃO” COMO CONSEQUÊNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL.

No Brasil, alguns estudiosos argumentam que o ativismo judicial pode estar contribuindo para uma maior "*common lawlização*" do sistema jurídico brasileiro. Isso ocorre porque os juízes muitas vezes precisam tomar decisões com base em princípios gerais de direito, como a equidade, a boa-fé e a razoabilidade, que são mais comuns no sistema de Common Law do que no sistema de Direito Civil.

O sistema de *Common Law* teve origem na Inglaterra medieval e se desenvolveu ao longo de muitos séculos. Durante a Idade Média, os tribunais reais na Inglaterra começaram a estabelecer regras e precedentes que formavam a base para futuras decisões judiciais. Esses precedentes foram eventualmente registrados em relatos escritos conhecidos como "Year Books" (livros de anos) que foram publicados a partir do século XIII.

No final do século XVIII, a Revolução Industrial transformou a Inglaterra e a expansão do comércio global aumentou a necessidade de um sistema legal confiável e previsível. Em resposta a essas mudanças, o sistema de Common Law evoluiu ainda mais para fornecer segurança jurídica em transações comerciais e para lidar com questões cada vez mais complexas da sociedade moderna.

Durante a Era Colonial, a Inglaterra exportou seu sistema de Common Law para muitas de suas colônias, incluindo o Canadá, a Austrália, a Nova Zelândia e a Índia. O sistema de Common Law também foi introduzido no sistema jurídico dos Estados Unidos, como resultado da colonização britânica.

No Brasil, o sistema de Common Law não foi adotado como o sistema jurídico principal. Em vez disso, o Brasil adotou um sistema de Direito Civil baseado no Código Civil Napoleônico em 1916. No entanto, em algumas áreas específicas do direito, como no direito comercial, o sistema de Common Law tem influenciado o desenvolvimento do direito brasileiro.

O processo de "*common lawlização*" no Brasil é um fenômeno recente e está relacionado à globalização e à integração econômica internacional. Com a crescente presença de empresas e investidores estrangeiros no país, tem havido uma demanda por um sistema jurídico mais previsível e transparente, que possa oferecer uma maior segurança jurídica para as transações comerciais.

Isso tem levado a uma maior adoção de práticas jurídicas comuns ao sistema de *Common Law*, como a arbitragem, a mediação e a negociação de contratos. Além disso, a introdução de mecanismos de resolução de conflitos baseados em princípios comuns de direito, como a boa-fé e a equidade, tem contribuído para uma maior harmonização entre os sistemas jurídicos de diferentes países.

Outro fator importante para a "*common lawlização*" do Brasil é a crescente influência de tribunais internacionais e organismos reguladores, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), que têm o poder de julgar casos que envolvem disputas comerciais internacionais. Esses tribunais muitas vezes baseiam suas decisões em princípios do sistema de *Common Law*.

Apesar dessas tendências, o Brasil ainda mantém um sistema jurídico baseado no Direito Civil, que é diferente do sistema de *Common Law*. No entanto, com a crescente globalização e a integração econômica internacional, é possível que o país se mova cada vez mais em direção a um sistema jurídico mais híbrido, que combine elementos do sistema de *Common Law* e do Direito Civil.

A justiça brasileira ainda é predominantemente baseada no sistema de Direito Civil, que é diferente do sistema de *Common Law*. No entanto, é verdade que nos últimos anos tem havido uma tendência de incorporar alguns elementos do sistema de *Common Law* em certas áreas do direito.

Um exemplo disso é a crescente utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos comerciais no Brasil. A arbitragem é um mecanismo de resolução de conflitos que é comum no sistema de *Common Law*, mas que tem sido cada vez mais utilizado no Brasil, especialmente em disputas envolvendo empresas estrangeiras.

Outro exemplo é a crescente influência do Direito Internacional nas decisões judiciais brasileiras. À medida que o Brasil se torna cada vez mais integrado à economia global, questões relacionadas a contratos internacionais, propriedade intelectual e resolução de disputas comerciais estão se tornando cada vez mais comuns na justiça brasileira.

No entanto, é importante notar que o sistema de Direito Civil continua sendo a base do sistema jurídico brasileiro, e que a incorporação de elementos do sistema de *Common Law* é limitada e não deve ser interpretada como uma tendência geral de "*common lawlização*" da justiça brasileira.

A relação entre o ativismo judicial e o processo de "common lawlização" no Brasil é um tema bastante debatido entre os estudiosos do direito. Alguns argumentam que o ativismo judicial pode contribuir para uma maior incorporação de elementos do sistema de Common Law no direito brasileiro, enquanto outros afirmam que as duas questões devem ser tratadas separadamente.

Um exemplo de autor que relaciona o ativismo judicial e a "common lawlização" no Brasil é o jurista Lenio Streck. Em seu livro "Jurisdição Constitucional e Hermenêutica", Streck argumenta que o ativismo judicial pode levar a uma maior "common lawlização" do sistema jurídico brasileiro, pois os juízes muitas vezes precisam tomar decisões com base em princípios gerais de direito que são mais comuns no sistema de Common Law do que no sistema de Direito Civil. Segundo Streck, essa tendência pode ser observada em várias decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), que têm adotado princípios do direito anglo-saxão em suas decisões.

Outro exemplo de autor que relaciona o ativismo judicial e a "common lawlização" no Brasil é o jurista Marcelo Neves. Em seu livro "Constitucionalização simbólica", Neves argumenta que a adoção de técnicas e conceitos do sistema de Common Law pelo Supremo Tribunal Federal (STF) é uma forma de ativismo judicial, que busca "constitucionalizar" o direito brasileiro. Para Neves, o ativismo judicial pode levar a uma "common lawlização" do direito brasileiro, na medida em que os juízes passam a criar precedentes que são utilizados como fonte de direito em outras decisões judiciais.

Vale ressaltar também a decisão judicial que pode ser relacionada à "common lawlização" no Brasil que é a decisão do STF a qual reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo¹⁹. Ao tomar essa decisão, o STF criou um precedente que passou a ser utilizado em outras decisões judiciais, contribuindo para a evolução do direito de família no Brasil. Essa decisão pode ser vista como um exemplo de como o ativismo judicial pode levar a uma "common lawlização" do direito brasileiro, na medida em que os juízes utilizam princípios gerais de direito para tomar decisões que vão além da letra da lei.

19 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em maio de 2011.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O ativismo judicial é uma prática cada vez mais comum no Brasil, principalmente em razão da atuação dos tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). O ativismo judicial é uma forma de ação judicial em que os juízes assumem um papel mais proativo na proteção dos direitos individuais e coletivos, muitas vezes se afastando da neutralidade técnica que se espera dos magistrados.

O ativismo judicial pode ser visto como um ponto forte do sistema judicial brasileiro, já que permite que os juízes tenham maior liberdade para interpretar a Constituição e a legislação de forma mais ampla e com foco na garantia dos direitos fundamentais. Além disso, o ativismo pode ser uma forma de evitar que as leis sejam utilizadas de forma abusiva para prejudicar os mais vulneráveis e desprotegidos.

Por outro lado, o ativismo judicial também pode ser visto como um ponto fraco do sistema judicial brasileiro, já que pode levar à politização do judiciário e a uma maior insegurança jurídica. A interpretação mais ampla da lei pode gerar uma maior margem de subjetividade nas decisões judiciais, o que pode levar a uma maior incerteza sobre o que é legal e o que não é. Além disso, o ativismo pode levar a um excesso de judicialização dos conflitos, o que pode prejudicar a eficiência do sistema judicial.

Outro ponto fraco do ativismo judicial é que ele pode ser usado como uma ferramenta de poder político, especialmente em países onde os juízes são indicados pelo governo. Em tais casos, o ativismo judicial pode ser usado para promover a agenda política do governo em detrimento dos direitos e interesses da sociedade. Por isso, é importante que haja uma separação clara entre os poderes, garantindo a independência do judiciário.

Por outro lado, o ativismo judicial também pode ser uma ferramenta importante para a promoção dos direitos humanos e da justiça social, especialmente em países onde as leis são falhas ou insuficientes para garantir tais direitos. Nesses casos, os juízes podem atuar como defensores dos direitos humanos, promovendo a igualdade e combatendo a discriminação.

Além disso, o ativismo judicial também pode ser uma forma de garantir a efetividade das normas constitucionais, especialmente em países onde a Constituição é vista apenas como um documento formal e não é levada a sério pelos governantes. Nesses casos, os juízes podem atuar como guardiões da Constituição, garantindo que as leis sejam aplicadas de forma a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

O ativismo judicial também pode ser visto como uma forma de controle de constitucionalidade, já que permite que os juízes possam declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos do governo que violem a Constituição. Essa função é especialmente importante em países onde o legislativo é dominado por interesses privados ou corrompidos, já que permite que a Constituição seja respeitada mesmo em situações de conflito entre os poderes.

as principais razões para utilizar o ativismo judicial no Brasil é a possibilidade de combater as injustiças sociais. O país ainda é marcado por profundas desigualdades socioeconômicas, discriminação racial e de gênero, violência policial e outros problemas que afetam diretamente a vida das pessoas. O Judiciário, por meio do ativismo, pode interpretar a Constituição de maneira mais ampla, garantindo direitos e proteção a grupos historicamente vulneráveis.

Além disso, o ativismo judicial pode ser uma forma de combater a corrupção e a impunidade. No Brasil, a corrupção é um dos principais problemas enfrentados pela sociedade, e muitas vezes os demais poderes falham em punir os responsáveis. Nesse sentido, o Judiciário, por meio do ativismo, pode atuar de forma mais efetiva, inclusive criando novas regras ou jurisprudências, para garantir a proteção dos direitos e a punição dos responsáveis por crimes de corrupção.

Outra razão para utilizar o ativismo judicial no Brasil é a necessidade de atualização das leis e do sistema jurídico de acordo com as mudanças sociais e tecnológicas. A sociedade brasileira passa por constantes transformações, e muitas vezes as leis não acompanham essas mudanças. O ativismo judicial permite que o Judiciário adapte a interpretação da Constituição às novas realidades sociais e tecnológicas, garantindo a proteção dos direitos fundamentais em um contexto em constante evolução.

Por fim, a utilização do ativismo judicial no Brasil também é importante para a consolidação da democracia e da proteção dos direitos humanos. O Judiciário tem um papel fundamental na garantia da democracia e na proteção dos direitos fundamentais, e o ativismo judicial é uma ferramenta importante para cumprir essa função. Por meio dele, é possível assegurar que a Constituição seja respeitada e que os direitos das minorias sejam protegidos, garantindo a igualdade e a justiça social.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Audiência de Custódia: Garantia de Direitos Humanos e Prevenção da Tortura. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Salvador: Juspodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. Salvador: Juspodivm, 2019.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel criativo do Supremo Tribunal Federal: diálogo entre direito e política. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Coords.). Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 449-462.

BONAVIDES, Paulo. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Ativismo judicial no Brasil e o direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-16.