

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

**MARCOS VINÍCIUS MAIA DE PAULA**

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE DA  
ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO**

UBERLÂNDIA

2022

**MARCOS VINÍCIUS MAIA DE PAULA**

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE DA  
ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, como parte dos requisitos exigidos para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva.

UBERLÂNDIA

2022

**MARCOS VINÍCIUS MAIA DE PAULA**

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE DA ATUAÇÃO  
DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, como parte dos requisitos exigidos para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Uberlândia, 01 de agosto de 2022.

---

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva

---

Prof. Dra. Daniela de Melo Crosara

## Judicialização da política e ativismo judicial: análise da atuação do Poder Judiciário no contexto contemporâneo

Marcos Vinícius Maia de Paula<sup>1</sup>

Alexandre Garrido da Silva<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Princípio da Separação dos Poderes e o sistema de “freios e contrapesos”; 3 O fenômeno da judicialização da política no Brasil; 4 O ativismo judicial; 4.1 Casos de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal; 5 Inefetividade das garantias constitucionais e a natureza das instituições que compõe os Poderes; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo geral entender a atuação do Poder Judiciário, sob o prisma dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Por intermédio de pesquisa bibliográfica, bem como observando o critério dedutivo metodológico, busca-se entender o protagonismo do Judiciário no contexto brasileiro contemporâneo, que se materializa em uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização de valores constitucionais, com uma consequente expansão de suas atribuições para áreas que são tradicionalmente atribuídas aos demais Poderes. Por fim, demonstrar-se-á que a inefetividade das garantias constitucionais é um fator de diminuição da força do texto constitucional, que tem importância primordial para a organização do Estado Democrático Brasileiro.

**Palavras-chave:** Separação dos poderes; judicialização da política; ativismo judicial; protagonismo;

---

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Direito da Faculdade Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel e licenciado em Ciências Sociais pela UFRJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Professor Associado da área de Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR-UFU).

**ABSTRACT:** This paper has the general objective of understanding the performance of the Judiciary, under the prism of the phenomena of judicialization of politics and judicial activism. Through bibliographical research, as well as observing the deductive methodological criterion, it seeks to understand the protagonism of the Judiciary in the contemporary Brazilian context, which is materialized in a broader and more intense participation of the judiciary in the realization of constitutional values, with a consequent expansion of its powers to areas that are traditionally assigned to the other Powers. Finally, it will be demonstrated that the ineffectiveness of constitutional guarantees is a factor that diminishes the strength of the constitutional text, which is of paramount importance for the organization of the Brazilian Democratic State.

**Keywords:** Separation of powers; judicialization of politics; judicial activism; protagonism;

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário ganhou um papel de destaque na república brasileira pois foi dado, pelo poder constituinte originário, a função de ser o guardião dos valores contidos no texto constitucional. Com o processo de amadurecimento da democracia, a sociedade contemporânea passou a demandar uma expansão das atividades estatais e, conseqüentemente, das atribuições dos Poderes.

Como exemplo, o Poder Executivo, além de suas atribuições tradicionais de dar andamento na política econômica, cuidar do ensino, da saúde e previdência social, além de outras atribuições, também assume a exploração de setores notoriamente ineficientes, que se mostra como uma competência secundária, complementando os buracos deixados pelas leis editadas pelo Legislativo.

Esse comportamento multifacetado que a Administração Pública excede, em algumas vezes, os limites facultados pela lei, violando direitos individuais da população. Fica a cargo do Judiciário corrigir estes atos, através do controle de legalidade, que nas palavras do Professor Hely Lopes Meirelles (1990, p. 603), "é o

que objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem”.

Conforme aumenta a atividade estatal, se faz mais necessária a revisão judicial desses atos. Quanto a legalidade desta revisão, destaca-se a garantia inserida na Constituição Federal de 1988, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constituição, artigo 5º, XXXV). Esse inciso demanda do Poder Judiciário brasileiro uma proatividade para interferir diretamente no funcionamento de outra das ramificações do poder estatal.

Portanto, constata-se que há um verdadeiro protagonismo do Poder Judiciário, que conforme dita Luiz Werneck Vianna (1995, p.13), se materializa “na expansão de suas atribuições para áreas que são tradicionalmente atribuídas ao Poder Executivo e Poder Legislativo”.

E dentro da estrutura do Poder Judiciário, o STF, instância máxima na hierarquia dos tribunais, apresenta um protagonismo não só institucional, dentro do Poder, mas também em toda organização estatal, fruto da judicialização da política.

Inicialmente, o artigo abordará, de maneira sucinta, o conceito elementar da separação dos poderes no Brasil relacionando-os com o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial. Em seguida, busca-se trazer casos de ativismo judicial tratados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que demonstrando como no contexto prático uma decisão ativista ocorre, além de exemplificar que, a depender da questão envolvida, do contexto e da forma que ocorre, a atuação dinâmica pode ser classificada como boa ou como ruim. Por fim, pretende-se trazer, de maneira sucinta, um estudo acerca da inefetividade das garantias constitucionais e a natureza das instituições que compõem os Poderes da União.

## **2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE “FREIOS E CONTRAPESOS”**

O princípio da separação dos poderes, conhecido também como sistema de freios e contrapesos, assume um importante papel desde a origem da teoria da constituição. A separação dos poderes foi elevada à condição de elemento essencial e determinante da própria constituição.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, estabelece a separação tripartite dos poderes, impondo-os seguir os limites constitucionalmente previstos, cada qual desempenhando a função que lhe foi conferida.

Outrossim, o texto constitucional buscou proteger o artigo que confere a separação dos poderes no Estado brasileiro como uma cláusula pétrea, conforme dispõe o artigo 60, §4, inciso III, da CF. Estabeleceu, igualmente, toda estrutura institucional de forma a garantir a independência entre eles, composta com atribuições de controle recíproco. A respeito da independência e da harmonia entre os poderes, preceitua José Afonso da Silva (2005, p. 106).

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; [...] A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

O Poder Executivo é exercido, no âmbito federal, pelo Presidente da República, juntamente com seu corpo de Ministros de Estado, conforme artigo 76 da CF. Confere ao Presidente da República a função típica de chefe de Estado, chefe de Governo e da Administração Pública. Além disto possui funções atípicas de legislar e de natureza jurisdicional, no exercício do contencioso administrativo. Suas competências estão presentes na Constituição Federal, artigo 84, e quando as atribuições dos Ministros de Estado, artigo 87, parágrafo único.

Ao Poder Legislativo, conforme artigo 44, da Constituição Federal, representado no âmbito federal pelo Congresso Nacional. É composto por um sistema bicameral, sendo Câmara dos Deputados, com os representantes do povo, eleitos para um mandato de quatro anos, e pelo Senado, com os representantes dos estados

e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário para um mandato de 8 ano, alternando em 1/3 (um terço) ou 2/3 (dois terços) de 4 em 4 anos. Suas atribuições estão dispostas nos artigos 48 a 52 e 70, do mesmo diploma.

Ao Poder Judiciário, foi atribuída a função jurisdicional, através de seus órgãos, pela qual o Estado substitui as partes em conflito para dizer quem tem o direito. O Judiciário é uno e indivisível, portanto, não é federal e nem estadual, mas sim, nacional. As competências privadas e específicas de cada órgão preceituadas no artigo 96 e seguintes, do mesmo diploma.

A independência conferida pela Constituição aos Poderes tem por finalidade a construção de um sistema de “freios e contrapesos”, que busca evitar o abuso e o arbítrio entre quaisquer dos Poderes. Por outro lado, a harmonia diz respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.

No Brasil, o Poder Legislativo detém prerrogativas de investigação e análise dos aspectos financeiros e orçamentários. O Executivo veta projetos de lei vindos do Legislativo, além de nomear mesmo par alta cúpula do Judiciário. Por fim, o Poder Judiciário, que realiza o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Conforme o entendimento de Jeremy Waldron (2016, p. 51) a separação dos poderes pode ser vista como um princípio político e constitucional do Estado Moderno; garantindo, ainda, a integridade dos poderes, sendo para o Legislativo a dignidade da legislação, já ao Judiciário a independência de suas cortes, e ao Executivo a sua autoridade.

Ainda acerca da obra de Jeremy Waldron (2016, p. 51), dentro da repartição dos poderes, a problemática reside na “contaminação de um poder sobre o outro e a invasão de um poder às funções de outro”. Este autor defende que cada qual possui sua função delimitado no governo, devendo ser respeitada a integralidade de cada poder.

### **3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL**

O Protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, ocasionado pelas transformações sociais vinda na segunda metade do século XX, somente se concretizou por meio retraimento da atuação dos demais poderes da União, quais

sejam o Executivo e o Legislativo. Daí surge o fenômeno da Judicialização da Política e do ativismo judicial.

Importa ressaltar que, embora esses institutos sejam utilizados como sinônimos para definir o mesmo caso concreto, estes possuem significados diferentes que precisam ser esclarecidos, pois se tratam de coisas diferentes.

Inicialmente, quando a Judicialização da Política, de acordo com José Eisenberg (2002, p.47) trata-se de uma transferência do poder decisório do Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário, ou seja, uma politização do Judiciário. Conforme entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2010), o fenômeno da Judicialização da Política acontece quando demandas sociais de cunho político são levadas a apreciação do Judiciário, para que este, por meio do exercício da jurisdição, dirima estes conflitos e mantenha a paz.

O surgimento da judicialização da política, de acordo com Ernani Rodrigues Carvalho (2004, p. 117-120), ocorre por meio de seis condições, que são: existência de um sistema político democrático, separação dos poderes, o exercício dos direitos políticos, acesso aos tribunais pelos grupos de interesse, acesso dos tribunais pela oposição e inefetividade das instituições majoritárias.

Quanto a essa inefetividade das instituições majoritárias, o jurista Marcelo Gonçalves da Silva (2021, p. 149), defende que os Poderes Executivo e Legislativo, que constantemente tem seus membros vinculados à denúncias de corrupção, além do fato de que sua postura omissa quanto aos problemas sociais que é vista como prejudicial a democracia, coopera para que o Poder Judiciário Assuma esse papel de proeminência nos quadros políticos e sociais no Brasil.

Já para Luís Roberto Barroso (2009, p. 03), o nascimento da judicialização se dá a partir do modelo constitucional que se adotou, mas não de um exercício deliberado da vontade política, diferentemente, no ativismo judicial, há uma escolha, do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais a fim de expandir sua amplitude. Explica que:

"A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo

constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais."

A professora Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 21) diz que a problemática da identificação do ativismo judicial deriva das dificuldades encontradas no próprio processo de interpretação da constituição, pois o método utilizado para identificar se uma decisão é ativismo ou não está numa complexa posição sobre qual é a correta leitura do texto de um dispositivo da constituição.

#### **4 O ATIVISMO JUDICIAL**

O ativismo judicial, como anteriormente dito, está intimamente ligado ao fenômeno da judicialização da política. A questão do ativismo judicial tem ensejado diversas polemicas doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil. Importa dizer que o ativismo judicial não é uma peculiaridade brasileira, e cuja definição não se tem consenso. Entretanto, busca-se fundamentar uma concepção, de maneira sucinta, acerca desse instituto.

Conforme o estudo da Professora Clarissa Tassinari (2012, p. 11) o fenômeno do ativismo surgiu nos Estados Unidos, em 1803, com as primeiras reflexões no julgado de empossamento de William Marbury como juiz de paz. Entretanto, o termo "ativismo judicial" somente apareceu em 1947, no artigo de Arthur Schlesinger, também nos Estados Unidos, que buscava analisar a maneira que a Suprema Corte atuava naquela época.

O ativismo judicial somente foi abordado no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, em que foi atribuído ao Poder Judiciário a missão de resguardar os

valores constitucionais. Como consequência da abertura democrática trazida pela promulgação da Constituição e o seu rol de direitos e garantias constitucionais, houve um aumento exponencial da litigiosidade, causa das demandas que ingressaram no Judiciário requerendo os mais variados direitos, fazendo com que houvesse na Justiça uma sobrecarga de processos sem precedentes.

Tendo em vista a grande difusão do tema, por meio das mídias sociais dada sua importância na democracia brasileira, muito é criticado acerca do ativismo e de suas consequências para a sociedade. Um grande crítico do ativismo judicial é Dworkin (1999, p. 451-452), que preceitua:

“O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.”

Os críticos ao ativismo judicial acreditam que o Poder Judiciário não tem legitimidade para interferir nas funções de outros poderes, e essa invasão fere a própria estipulação da Constituição quanto ao princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido o jurista Marcelo Gonçalves da Silva (2021, p. 151) afirma que é necessário que haja cautela, ao se tratar de ativismo judicial de maneira depreciativa, pois quando em situações de exceção e em virtude da omissão dos outros Poderes, Legislativo e Executivo, não há o que se falar em desequilíbrio da separação de poderes, tão pouco a riscos à democracia. Entende que a função do Poder Judiciário é a aplicação da norma ao caso concreto, e quando essa atribuição é feita, se referindo aos direitos sociais, está na verdade, desempenhando seu papel constitucional.

Noutro ponto de vista, existem grandes defensores do ativismo judicial, que argumentam que ele permite que haja aplicabilidade das normas constitucionais, com intuito de preencher as lacunas deixadas pelos outros poderes. Nesse sentido, defende Luiz Roberto Barroso (2009, p. 06):

“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com

maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público”.

Importante destacar que, tendo em vista as prerrogativas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, é quem mais se identifica com o fenômeno do ativismo judicial, e é alvo de críticas e também de elogios em suas atuações.

O fenômeno do ativismo judicial é mais facilmente identificável no âmbito do STF, na medida em que é guardião da Constituição, o responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade e órgão de cúpula do Poder Judiciário. Recentemente o STF tem-se destacado no cenário institucional brasileiro em razão da repercussão de suas decisões na sociedade, seja na implementação de políticas públicas, seja pelo caráter inovador de suas interpretações (SILVEIRA, 2011. p. 324)

O Supremo Tribunal Federal tem um notável destaque nacional, e um crescente interesse dos mais variados setores da sociedade pela interpretação constitucional feita pela corte. Isso se dá, de acordo com Marcelo Gonçalves da Silva (2021, p. 152) pela cultura da hiperlitigiosidade, consequência da extrema judicialização da vida.

Raros são os dias em que as decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura. [...] O tema da interpretação constitucional que, no passado, ocupava um espaço residual na preocupação dos nossos constitucionalistas, passou a ser o principal foco de atenção de uma nova geração de juristas. [...] Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada habeas corpus polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são

decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito (VIEIRA, 2008, p. 442).

O jurista Vladimir Oliveira Silveira (2011, p. 324) diz que o STF, como guardião da constituição e responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade é o órgão ao qual o ativismo judicial é mais facilmente identificável e suas decisões na sociedade, seja na implementação de políticas públicas, seja pelo caráter inovador de suas interpretações têm gerado grandes repercussões no cenário institucional brasileiro.

#### **4.1 CASOS DE ATIVISMO JUDICIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

São diversos os casos de ativismo judicial, protagonizados pelo Supremo Tribunal Federal, que trouxeram notoriedade a essa temática. Algumas dessas decisões receberam boas críticas, como por exemplo, a criminalização da homotransfobia, no julgamento do Mandado de Injunção 4733 e na Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão 26, em que foi decidido pelo STF, que a homotransfobia é equiparada ao crime de Racismo, conforme a Lei nº7.716/89.

A homotransfobia não era tipificada na legislação penal de maneira expressa e categórica, conforme é exigido dos tipos penais. Tal entendimento se baseou na justificativa de que a aversão à identidade de gênero ou identidade sexual são expressões que exprimem racismo, considerando sua dimensão social.

Para o jurista Lucas Furlam de Freitas Wogel, (2020, p. 20) essa questão não deixa de causar uma certa estranheza, pois:

“(…) no campo penal, especialmente no capítulo inerente à tipificação de condutas criminosas, não se admite interpretação analógica ou extensiva, mas ao contrário, a hermenêutica exige uma interpretação estrita do verbo contido no tipo penal, como medida de segurança jurídica par ao cidadão”.

Outrossim, Wogel argumenta também que as razões jurídicas constitucionais invocadas na decisão são o que sustentam o rompimento com a hermenêutica tradicionalmente adotada pelo direito penal e justificam o caráter contra majoritário da decisão do STF para defesa do interesse das minorias.

Destaca-se uma parte da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal que sintetiza o conceito compreendido por ativismo judicial (Thiago Meneses Rios, 2020):

**1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República**, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). **(grifo nosso)**

Isso mostra o caráter subsidiário das decisões ativistas, tendo em vista a omissão dos outros poderes frente as demandas sociais, principalmente as demandas dos grupos minoritários.

Outro caso bastante comentado foi sobre as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43 e 44 que decidiram que a execução penal só pode começar após o esgotamento de recursos.

Essa decisão não afasta a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, desde que seja preenchidos os requisitos do código de processo penal para a prisão preventiva. Essa decisão foi alvo de um grande número de críticas, haja visto que é um entendimento tido como em desacordo com a Constituição Federal.

O Ministro do STF Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2019) defende que tal decisão é uma garantia para que pessoas culpadas fiquem adiando o cumprimento de sentença, por meio de recursos em outras instâncias. Outrossim, fortaleceu o entendimento de que “a execução penal condenatória feita em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”.

O Ministro Celso de Melo (BRASIL, 2019) argumentou que ninguém jamais pode ser tratado como culpado até que se cessem os recursos, conforme preceitua o princípio constitucional, tendo em vista que caso a decisão esteja equivocada, a prisão indevida acarretará maiores prejuízos para a justiça. O ministro destacou que,

tratando de privação de liberdade, o Estado não pode exercer sua autoridade de maneira autoritária. É necessária observância ao devido processo legal.

Embora haja diversas discordâncias acerca da legalidade da prática do ativismo judicial, sendo para alguns juristas um comportamento exorbitante assumido pelo Judiciário e, para outros, o ativismo surge como um método utilizado para suprir omissões e retardamentos dos demais poderes, que deixam de efetivar os comandos constitucionais a eles atribuídos, demonstra-se inegável que o ativismo se faz como um instrumento eficiente de transformação social e política.

## **5 A (IN)EFETIVIDADE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A NATUREZA DAS INSTITUIÇÕES QUE COMPÕEM OS PODERES**

A Constituição Federal do Brasil e os Poderes da União representam o fruto das conquistas democráticas e, como já dito, o Judiciário foi colocado no hiato criado pela ineficiência, omissão e corrupção dos outros poderes, atuando, em alguns casos, de maneira mais contundente, como nos casos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Essa conjuntura gera na sociedade uma decepção com a política, que se materializa na crença de que o Judiciário seja aquele que cumpra uma função social. Contudo, observa-se uma significativa falta de efetividade social, por meio da atual conjuntura, hermenêutica e decisões de juízes e tribunais. Nesse sentido argumenta Lenio Luiz Streck (2003, p. 285):

Daí que a ausência de função social do Direito e, portanto, a sua (não) inserção no horizonte de sentido proporcionado pelo Estado Democrático de Direito, compreendido a partir das condições de possibilidade de sua existência e, desse modo, a partir das possibilidades do intérprete ser-no-mundo e ser-com-os-outros, perde-se em meio a uma “baixa constitucionalidade”, composta por um discurso jurídico alienado da condição histórica da sociedade brasileira

Assim, emerge uma problemática: seria a Constituição a concretização das conquistas sociais e democráticas, sendo instâncias reais a serviço do povo brasileiro ou têm funcionado como um instrumento simbólico de dominação? Este é o proposto

pelo jurista Marcelo Gonçalves da Silva (2021, p. 180), sendo a questão proposta respondida sobre suas perspectivas:

“(1) se as normas constitucionais atingirem o mundo concreto de forma a alterar para melhor a realidade social das pessoas, têm-se que a Constituição está sendo respeitada como verdadeiro fator real de poder, e as instituições situando-se como estruturas voltadas ao bem estar coletivo; (2) porém, dada a falta de efetividade dos direitos fundamentais individuais e sociais, conforme visto, a Constituição tem sido apenas um fator simbólico, de modo que as instituições como os Poderes da União, instâncias que monopolizam o poder e criam um antagonismo entre o Estado e a sociedade.”

Compreende o autor, que quanto a última perspectiva, as estruturas políticas e jurídicas que compõem o poder, bem como a sua interpretação e aplicação no contexto social, funcionam como meios meramente simbólicos de dominação e contenção das massas. Entende que, por trás da patente ausência de efetividade dos direitos mais essenciais à vida, permanece, por parte dessas estruturas, uma vontade intrínseca manter o “statu quo” como meios de permitir o uso do poder pelos que usam dessa ineficiência a sua plataforma de subsistência.

Portanto, tendo em vista a importância basilar que a Constituição tem para a organização do Estado democrático, a solução para a problemática proposta seria uma democracia mais efetiva e participativa, de modo que o povo possa participar do processo decisório conjuntamente com os governantes, principalmente nas questões mais imperiosas.

## **6 CONCLUSÃO**

O fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial se mostram como a materialização do protagonismo do Poder Judiciário, que por meio do retraimento da atuação dos demais poderes da União.

Esses institutos, principalmente o ativismo judicial, são assuntos que geram muitas controvérsias. Há divergências quanto a sua natureza na doutrina, tendo os que concordam com sua prática, considerando um método válido e eficiente utilizados pelos tribunais para suprimir os retardamentos dos demais Poderes da União, enquanto outros acreditam que o ativismo se mostra como um risco eminente à

separação tripartite dos Poderes, e conseqüentemente, um ato atentatório a democracia.

Em síntese, conforme o entendimento de Marcelo Gonçalves da Silva (2021, p. 151), a atuação do tribunal ativista pode ser considerada boa ou ruim, a depender da questão em pauta, do contexto e da forma que ocorrer.

Por meio deste trabalho, buscou-se mostrar que a atuação proativa do Judiciário deve ser feita de maneira excepcional, na tratativa de assuntos de grande repercussão, tendo em vista que ainda não há uma previsão constitucional específica, sob pena de possibilitar o desequilíbrio entre as atribuições dos Poderes.

Noutro ponto, demonstra-se que no contexto brasileiro contemporâneo é caracterizado pela expansão de sua atividade, e ao se considerar a negligência dos agentes políticos responsáveis por conduzir as instituições dos Poderes da República, entende-se o tamanho da problemática enfrentada.

No Poder Legislativo diversas demandas são colocadas em pauta, chamando o legislador para interferir nas mais variadas áreas sociais, usando a Lei como instrumento de solução de problemas. Quanto Poder Executivo, além de suas atribuições legalmente constituídas, também é chamado a assumir setores ineficientes, e também é dado a função de completar os buracos deixados pelas leis mal editadas pelo Legislativo.

E assim, nesse contexto, surge o desafio do Poder Judiciário: atuar com razoabilidade em meio aos hiatos legislativos e administrativos deixados pelos demais poderes, cabendo desfazer as antinomias, compor as incoerências e dar sentido as normas, permitindo a sua aplicabilidade. O desafio se mostra gigantesco. O Judiciário, dentre as esferas de Poder, se mostra como a mais próxima do povo. Entretanto o Judiciário, por si só, não é capaz de ensejar todas as mudanças demandadas pela população

Em um contexto atual desarmônico entre os Poderes da União, em que os limites que estabelecem as atribuições de cada Poder se encontram mitigados e a sociedade paulatinamente perde a confiança nas instituições estatais, não é possível que a efetivação e concretização dos direitos e garantias constitucionais venha unicamente pela proatividade dos tribunais. Infere que a única maneira de trazer

confiança social as instituições que compõem os Poderes, além de fortalecer o texto constitucional é por meio de uma democracia mais participativa, estando o povo conjuntamente com os agentes políticos, unidos no processo decisório.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191024-03.pdf). acesso em: 19/07/2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Acesso em: 19/07/2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de Constitucionalidade 43. Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2019/11/A2B12706CC89CA\\_ADC43-celso.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/11/A2B12706CC89CA_ADC43-celso.pdf). acesso em: 19/07/2022.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia Política, Curitiba, 23, 2004, p. 117-120.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

RIOS, Thiago Meneses. A criminalização da homofobia: erros e acertos da decisão. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79004/a-criminalizacao-da-homofobia-erros-e-acertos-da-decisao>. Acesso em: 19/07/2022.

SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição. Entre o perfeccionismo e o minimalismo. In:

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/>

anais/salvador/alexandre\_garrido\_da\_silva.pdf. 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da et al. Justiça e [o paradigma da] eficiência. São Paulo: RT, 2011

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana* / 2012

VIANNA, L. W. A judicialização da política. In: AVRITZER, L. et al. (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 207-214.

WALDRON, Jeremy. *Political political theory*. Harvard University Press. Edição do Kindle, 2016.

WOGEL, Lucas Furlam de Freitas. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XXV, v. 29, n. 3, p. 295-322, set/dez 2020