

O ATIVISMO JUDICIAL E O EFEITO DAS DECISÕES

Alexandro Fonseca da Silva¹

Isabele Madalena Barboza de Oliveira²

Watson Godinho Rebouças³

Ícaro Emanuel Vieira Barros de Freitas⁴

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre a temática Ativismo judicial e o efeito das decisões (*Blacklash*). A ampliação interventiva do Poder Judiciário, sua participação decisiva em temas sociais sensíveis, tendo como justificativa a omissão dos outros poderes (Executivo e Legislativo). Nesse diapasão, discute-se a diferenciação do Ativismo com a judicialização, já que ambos são próximos, mas não se confundem. Ademais, é apresentada algumas decisões que demonstram uma atividade proativa da Suprema corte, como por exemplo: A decisão sobre a União estável homoafetiva ADI-4277, cuja justificação para a decisão foi a troca de uma interpretação literal pela interpretação conforme a constituição; execução provisória da pena, em que o Pretório Excelsior decidiu conforme a literalidade do Texto constitucional (ADC 43, 44 e 54); equiparação do crime de homofobia ao de racismo (ADO 26 e MI 4733), essa decisão é a mais emblemática, posto a inexistência de lei criando o ilícito penal e por fim a assunção do protagonismo do judiciário no século XXI. Na sequência, ostenta-se como o efeito dessas decisões tem repercutido no contexto nacional, bem como o comportamento antagônico do poder legislativo. Em análise minuciosa de acórdãos, jurisprudências e doutrina como paradigmas de investigação fenomenológica, objetivando desvendar o tema e suas nuances. Também foi levado em consideração posições divergentes, possibilitando uma discussão aberta do assunto.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Decisão; Poder Político.

ABSTRACT

This work discusses the topic of Judicial Activism and the effect of decisions (*Blacklash*). The interventional expansion of the judiciary power, its decisive participation in sensitive social issues, with the justification for the omission of other powers (Executive and Legislative). In this vein, I would discuss the differentiation between Activism and judicialization, since both are close, but not confused. Furthermore, some decisions are presented that demonstrate proactive activity by the Supreme Court, such as: The decision on the same-sex stable union ADI-4277, whose justification for the decision was the exchange of a literal interpretation for an

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade Unex de Itabuna/BA. E-mail: afonsecas@msn.com

² Discente do curso de Direito da Faculdade Unex de Itabuna/Ba. E-mail: isabellemadalena5@gmail.com

³ Discente do curso de Direito da Faculdade Unex de Itabuna//Ba. E-mail: wreboucas@hotmail.com

⁴ Docente orientador do curso de Direito da Faculdade Unex de Itabuna/Ba. Advogado. Mestrando em Direito (PPGD/UFBA). E-mail: iemanoel.ita@ftc.edu.br

interpretation in accordance with the constitution; provisional execution of the sentence, in which the Praetorian Excelsior decided in accordance with the literality of the constitutional text (ADC 43, 44 and 54); equating the crime of homophobia with that of racism (ADO 26 and MI 4733), this decision is the most emblematic, given the lack of law creating the criminal offense, and finally the assumption of the leading role of the judiciary in the 21st century. Next, it is shown how the effect of these decisions has had repercussions on the national context, as well as the antagonistic behavior of the legislative branch. In a thorough analysis of rulings, jurisprudence and doctrine as paradigms of phenomenological investigation, aiming to unveil the topic and its nuances. Divergent positions were also taken into account, enabling an open discussion of the subject.

Keywords: Judicial Activism; Decision; Power Political.

1 INTRODUÇÃO

A compreensão do ativismo judicial não é simples. Existem várias definições para o termo; no entanto, para delinear o seu significado, é crucial primeiro distinguir a sua relação com a judicialização da política. O ponto inicial consistiu em discernir o ativismo judicial da judicialização da política.

O Brasil não é o mesmo em relação ao Poder Judiciário. Esse poder até então esquecido pelos brasileiros, que em sua grande maioria desconhecia o seu campo de atuação, verificou na prática a possibilidade da interferência de suas decisões no campo jurídico, social e político. Nos últimos anos, o protagonismo das decisões em razão da jurisdição constitucional não se limitar ou se prender, quando o assunto é direito e garantias fundamentais, não se importando com a omissão dos poderes Executivo e legislativo.

A judicialização da política e das relações sociais no Brasil resulta principalmente dos seguintes fatores: adoção de uma Constituição analítica e abrangente e do modelo de controle judicial de constitucionalidade vigente no País, em que pontificam tanto o sistema difuso como o sistema concentrado (Barroso, 2012).

Para além disso, a atuação, diga-se proativa, da Suprema Corte, ganhou maior repercussão quando julgou assuntos até então temidos pelos outros poderes, em razão da animosidade social. Naturalmente, essas decisões poderiam violar o artigo 2º da Constituição Federal que garante a independência harmônica entre os poderes, sem mencionar a interferência ou a supressão de um poder sobre o outro.

Barroso (2012) define o ativismo judicial como “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.

O comportamento do Poder Legislativo, as decisões que supostamente estariam a invadir a sua competência e função típica é um dos destaques dos efeitos das decisões que são proferidas pela mais alta corte do país. Essas premissas apontam para que pode direcionar a uma concepção equivocada e distorcida, acerca do ativismo judicial e como o efeito dessas decisões podem e serão interpretadas socialmente.

Nesse sentido, a problemática desse artigo é como essa nova postura jurídica-social do Poder Judiciário, no enfrentamento de temas cuja resposta jurídica deveria ser feita por outro poder, afeta diretamente a sociedade?

Como hipótese dessa pesquisa, tem-se que a atuação do Poder Judiciário ao enfrentar questões que costumam ser de competência de outros poderes, como o Legislativo, pode impactar diretamente a sociedade ao influenciar decisões que moldam políticas públicas e direitos individuais potencialmente minando a legitimidade das instituições e gerando incertezas sobre o equilíbrio de poder na sociedade.

Para o objetivo geral, o trabalho propõe demonstrar a crescente intervenção do Poder Judiciário em questões originalmente atribuídas a outros poderes. Para isso, o presente trabalho tem como objetivo específico, que se divide em: conceituar o ativismo judicial, entender que a judicialização não é ativismo, relatar a quebra de harmonia entre os poderes, e descrever a reação das decisões judiciais, também conhecido como *backlash*.

Em seguida será proposta a discussão sobre os pontos positivos ou negativos desse ativismo que hora visa garantir direitos, assegurar políticas públicas, cobrir lacunas legislativas. Por fim, será consignado os efeitos dessas decisões nos outros poderes, o denominado O efeito *backlash*⁵.

Quanto a metodologia foi adotada o método indutivo com buscas de outras obras para chegar ao resultado obtido, com pesquisas utilizando as palavras-chaves: “ativismo”, “judiciário”, “ativismo judiciário”. Em relação às pesquisas realizadas, o método bibliográfico utilizado possibilita o levantamento de referências teóricas, que é a revisão de literatura para entender as bases teóricas e os casos práticos que delineiam a intervenção do Judiciário em questões de outros poderes. Por fim, foi realizado a análise da decisão da união estável, com o propósito de comprovar o efeito das decisões feitas pelo ativismo jurídico.

⁵ O backlash é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial.

O trabalho tem uma relevância social, pois o ativismo judicial está intrinsecamente ligado à efetivação dos direitos individuais e coletivos. A atuação mais proativa dos tribunais na interpretação e aplicação da lei pode resultar em avanços significativos na proteção de minorias, na promoção da igualdade e no atendimento a demandas urgentes da sociedade.

2 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial ocorre se, no exercício da sua competência, o Poder Judiciário optar por um “modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, ou seja, o Poder Judiciário escolhe ter uma postura mais ativa na interpretação da Constituição (Barroso, 2012).

Dentro do contexto nacional, este fenômeno tem fomentado inúmeras decisões, em que há o protagonismo do judiciário em detrimento dos outros poderes. O terceiro poder nada mais é que um poder semelhante aos demais (o Executivo e o Legislativo), que devem ser harmônicos entre si, conforme o artigo 2º, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

No entendimento de Granja (2014) o ativismo judicial é o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. A luz do pensamento do doutrinador, tem-se que o vocábulo do ativismo judicial dentro do saber do Direito é utilizado senão para designar uma atuação dos magistrados, previstos pela legislação constituição constitucional e infraconstitucional.

Dessa maneira, o entendimento sobre o conceito na visão de Cícero é apenas uma atuação proativa do Poder Judiciário, isso porque pela própria legislação as suas atuações estariam limitadas a interpretação literal e resolução de conflitos, no entanto age para além desses limites assumindo um protagonismo,

Exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas” (Ramos *apud* Granja, 2014, p. 3467).

A intenção não é encerrar a discussão acerca do conceito de ativismo judicial, mas apresentar de forma esclarecedora todas as suas nuances. A delimitação do tema, dada a sua carga ideológica e a sua volatilidade não é um encargo nada simples (Soares, 2019). Ainda seguindo as lições do Renato Soares de Melo Filho, a conceituação pode ser entendida como a postura que não é esperada do agente cuja principal função seria a de decidir. Veja-se:

Em outras palavras, embora tormentosa a formulação de um conceito hermético a respeito do ativismo judicial, incensurável que a expressão, por si só, faça jus a denotar postura além daquela esperada pelo agente cuja função é decidir. Leia-se, em sendo a subjetividade inerente à carga decisória do magistrado, quando se fala em “ativismo” é fato que tal proceder não deva ser considerado nato aos juízes, sob pena de esvaziamento acadêmico da expressão (Soares, 2019, n.p.).

Nas palavras do Elival Ramos, tem-se que a interpretação à luz do é similar e parecida com a do Renato Soares, com o destaque apenas da citação do direito comparado:

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao common law é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido (Ramos, 2015, n.p.).

Nesse sentido, a discussão está amplamente aberta, mas perfeitamente compreendida, o ativismo judicial seria a atuação jurisdicional não esperada, ou a atividade além das suas funções esperadas em termos constitucionais e infraconstitucionais.

3 JUDICIALIZAÇÃO NÃO É ATIVISMO

A judicialização é o termo que surge quando se inicia o debate acerca do ativismo judicial, isso porque a população brasileira tem uma cultura de judicializar por tudo e por qualquer coisa (Barroso, 2012). No entanto, o ato de judicializar deliberadamente não implica *per si*, em ativismo judicial. É clarividente, que os termos não são sinônimos, não são parecidos e não podem ser jamais confundidos.

Barroso (2012), revela que o STF realmente tem assumido um papel de protagonista nos últimos anos. Reforça o autor que a participação da corte não é uma exclusividade brasileira, mas que tal contexto também se aplica em outras nações. Ademais, ainda conforme o pensamento do autor ele cita a intervenção das Cortes Canadense, estadunidense e israelita em assuntos internos que foram decisivos para assuntos de interesse nacional e internacional:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino (Barroso, 2012, p. 23).

Chama-se a atenção ao fato de que as atuações das cortes supremas desses países por si só não configuram ativismo delas, ou seja, protagonismo acentuado com atuação além das suas funções, desembocando em atividades típicas dos outros poderes. A judicialização seria as decisões por parte de juízes e tribunais com grande repercussão geral, para além disso, seria uma espécie de transferência de poder, isso na visão de Barroso:

A Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (Barroso, 2012, p. 23).

Segundo Castro e Paula (2018), a Carta Constitucional deixa uma porta aberta para a judicialização, haja vista a própria constituição servir como uma cara dirigente, e com os meios (medidas a serem tomadas), em caso de violações a direitos instituídos. Para melhor compreensão do termo, o conceito de judicialização de Castro e Paula, é no sentido de que a judicialização nasce da sensibilidade da sociedade em ver seus direitos ditos garantidos e preservados.

A judicialização, fenômeno também de outras culturas, nasce da sensibilidade coletiva de que a conquista e a preservação dos direitos dependem do judiciário para decidir costeando a lei e até colocando-se acima dela, no papel de verdadeiro tutor da política, sem se submeter ao filtro da aprovação popular (Castro; Paula, 2018, p.80).

Ainda nas palavras de Castro e Paula (2018), o real motivo dessa judicialização no contexto brasileiro, é em razão de duas causas: a carta analítica intrometida e a jurisdição constitucional aberta. Veja-se:

Há duas causas à judicialização no Brasil: a primeira é a Carta analítica, intrometida em todas as relações, fruto da conjugação de vontades em prol da mitigação das patologias de uma nação enferma, ansiada por liberdade, ganhos substantivos e recuperação da autonomia do Direito diante das arbitrariedades cometidas pelo regime militar contra a independência da magistratura. Com a historicidade sobre os ombros, as interrogações que hoje são dirigidas à Constituição mostram o poder constituinte preocupado em produzir uma obra rica em direitos e garantias, com amplas condições de sindicabilidade, além de seguir a tendência de mudança institucional dos países europeus de formação romano-germanística. A segunda é a jurisdição constitucional aberta a

qualquer juiz ou tribunal no controle difuso,¹¹ possibilitando a não aplicação do enunciado normativo tido por incompatível com a Constituição, e no controle abstrato contra a lei em tese, com ações de legitimidade aberta a diversas pessoas, incluindo partidos políticos e confederações sindicais, ou seja, “[...] institui-se a possibilidade de que qualquer segmento social submeta questão constitucional de seu interesse ao Supremo Tribunal Federal.” (Castro e Paula *apud* Mendes, 2005, p. 155).

Ultrapassada a discussão acerca dos conceitos de ativismo Judicial e de judicialização, a esfera de debate sobe de patamar, para a diferenciação dos institutos que como dito não se confundem. A similitude dos termos chega a ser comparada ao parentesco familiar de primos, à luz do pensamento de Barroso “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”. Nesse sentido, em razão do modelo constitucional posto, a judicialização não é uma consequência, mas é o produto da equação constituição que prevê e assegura direitos e garantias individuais com as medidas judiciais para tal (Barroso, 2012).

Por conseguinte, ressalta-se mais uma vez a ideia do ativismo judicial, dessa vez tendo como diferenciação a judicialização:

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 um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (Barroso, 2012, p. 25).

Assim sendo, não é admissível o uso da judicialização como sinônimo de ativismo judicial, pois os termos não se equiparam, não são equivalentes, mas denotam atuação e consequências totalmente diferentes.

4 A QUEBRA DA HARMONIA ENTRE OS PODERES

O texto constitucional promulgado em 1988, especificamente no seu art. 2º, explicita que no cenário nacional, se estabelecerá três poderes, sendo eles: o Legislativo, o Executivo e o judiciário. Ademais, vale ressaltar que esses poderes têm de ser independentes entre si, ou seja, não se submetem aos demais, no entanto, devem ser harmônicos.

Por conseguinte, fala-se da necessidade entre a separação e harmonia entre os poderes, para preservação do Estado Democrático de Direito. Portanto, para manutenção da “paz” entre os poderes do Estado, seria necessária a identificação das funções típicas dos poderes e sua estrita execução nesses limites (Machado; Barreto, 2019).

O ativismo judicial, portanto, atuaria como um peso “extra” na balança da harmonia entre

os poderes, causando uma espécie de defeito na função desempenhada entre os poderes. A invasão de competência de um poder no outro, teria como exemplo o ativismo judicial., isso porque haveria a usurpação da função legiferante, haja vista a atuação jurídica no campo político (Machado; Barreto, 2019).

Na sequência, em uma análise mais acurada do assunto, reverbera-se que ao entendimento de que o Poder Judiciário não pode se olvidar de determinados julgamentos, quando em risco direitos e garantias fundamentais, enquanto os outros poderes se encontram omissos em suas funções. Frisa-se, em acordo aos argumentos já citados, que o Judiciário de fato não pode quedar inerte enquanto direitos constitucionalmente garantidos, e que por negligência do próprio Estado, permanecem sem regulamentação, ou não são sequer regulamentados (Cavalcanti *et al.*, 2018).

Assim sendo, na hipótese de os Poderes Legislativo e Executivo fizessem as suas funções de fato típicas, já que são eleitos pelo povo e representam pelo cargo político que exercem a função de fazer o que o povo faria para o bem-estar social, a participação ativista do judiciário não seria necessária (Cavalcanti *et al.*, 2018).

Por outro lado, se faz necessário a advertência a essa proatividade promissora e desgarrada da realidade constitucional, pois a existência da omissão por si só não legitima a atuação “extra” do Poder Judiciário. Diante do exposto, fica claro que a atuação proativa das decisões não se confunde com a judicialização, já que nessa o “povo” leva uma pretensão resistida ao conhecimento do judiciário até então inerte, para que este dotado do poder da definitividade decida sobre questões importantes, com base na legislação vigente. Ao contrário do ativismo, queseria a atuação além das funções do julgador, além das suas atribuições legais e regimentais, para resolução de uma lide.

5 A REAÇÃO AS DECISÕES JUDICIAIS: O EFEITO BACKLASH

Não existe discussão dos efeitos das decisões (efeito *Backalsh*), sem a menção a teoria dos freios e contrapesos, essa dissipação do poder em três esferas, para que um poder não só seja autônomo, mas também controlado pelo outro.

O sistema “*checks and balances*” é aqui entendido como a separação dos poderes, de modo que as funcionalidades têm caráter preventivo das instituições democráticas, para que os poderes possam agir como independência e harmonia, conforme o art. 2º da CFRB/88 (Silva; Bezerra, 2023). Nesse sentido, a concordância e autonomia dos poderes devem evitar o citado efeito *backlash* no cenário institucional:

Logo, o princípio fundamental resguarda que os três poderes são independentes, porém harmônicos entre si. Em suas funções típicas e atípicas, o Judiciário, legislativo e Executivo devem respeitar a inter-relação, priorizando o Estado Democrático de Direito. Mas também, ter cautela para evitar a produção do efeito backlash nos jogos interinstitucionais de poder (Silva; Bezerra, 2023, p. 15).

Portanto, o sistema de freios e contrapesos, como uma melhor definição seria o controle de um poder sobre o outro, que teria por consequência o não desvio de conduta e usurpação de um poder no outro. Na sequência, o *checks and balances* seria como uma forma de fiscalização ou limitação recíproca entre os três poderes, visando coibir a usurpação, proatividade e invasão de competência dos agentes estatais. De modo que é válido analisar os casos *sob judge* no ordenamento jurídico brasileiro que evidenciaram o dito efeito backlash. (Silva; Bezerra, 2023).

A definição do efeito das decisões (Backlash) é: “O backlash é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial.” (Marmelstein, 2016). Ora, essa reação dos outros poderes a atuação judicial é um resultado de uma atividade proativa do próprio Poder Judiciário? Ou apenas atuação política, que não se conforma com a decisão de outro poder? A verdade é que as duas perguntas podem estar certas.

Nas palavras de George Marmelstein, esses contra-ataques, podem acontecer por vários motivos, dentre eles a atuação do magistrado, a decisão favorável à esquerda ou à direita, por exemplo.

Tal contra-ataque manifesta-se por meio de determinadas formas de retaliação, que podem ocorrer em várias "frentes": a revisão legislativa de decisões controversas; a interferência política no processo de preenchimento das vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; tentativas de se “preencher o tribunal” (“court-packing”) por parte dos detentores do poder político; aplicação de sanções disciplinares, impeachment ou remoção de juízes “inadequados” ou “hiperativos”; introdução de restrições à jurisdição dos tribunais, ou a “poda” dos poderes de controle de constitucionalidade. (Marmelstein *apud* Hirschl, 2009, p. 168).

Para além disso, imagina-se que o foco não seja o fundamento jurídico da decisão, ou seja, o *ratio decidendi* mas, o interesse político que quase sempre está por trás do tema que fora resolvido pelo juiz ou pelo Tribunal Superior (Marmelstein, 2016). Como exemplo a uma reação direta do Poder Legislativo a uma atividade proativa do Poder Judiciário, aconteceu nos Estados Unidos, no caso *Furman vs. Georgia*, em que a decisão da Suprema Corte Americana, provocou uma espécie de reação em cadeia, *in verbis*:

O curioso nesse processo é que, após a decisão proferida no caso *Furman v. Georgia* e a consequente vitória eleitoral do grupo favorável à pena capital, a quantidade de estados

que passaram a adotar a pena de morte aumentou em relação ao quadro anterior. Ou seja, estados que antes não adotavam a pena de morte passaram a adotá-la graças à mudança na opinião pública provocada pela reação contra a postura liberal adotada pela Suprema Corte. Ao fim e ao cabo, a tentativa frustrada de acabar com a pena de morte por meio de uma decisão judicial teve um efeito indesejado, que prejudicou bastante o avanço da tese abolicionista. Esse exemplo ressalta bem o que é o efeito backlash derivado da reação política contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo. Ao invés de alcançar o resultado pretendido, a atuação judicial gera insatisfação e, como efeito colateral indesejado, cria um ambiente político propício ao retrocesso (Marmelstein, 2016, p. 6).

No Brasil não é diferente, inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal foram ou estão prestes a ser revistas. A Decisão da Corte Constitucional sobre a união homoafetiva gerou enormes debate sociais e a câmara dos deputados por meio do Projeto de Lei n. 5.167/09 busca a proibição do casamento de pessoas do mesmo sexo.

Por conseguinte, a lei 13.964/19, denominada de pacote anticrime, incluiu no art. 492, no inciso I da alínea “e”, a execução provisória da pena, isso em caso de condenação pelo tribunal do júri a pena superior a 15 anos. Ressalta-se que por meio do julgamento das ADCS 43, 44 e 54, o voto do ministro relator Marco Aurélio, foi no sentido de procedência das ações, para declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP (Brasil, 1941).

Resumidamente, não restam dúvidas acerca dos efeitos adversos dessas decisões supracitadas, porquanto o segundo poder (o Legislativo), tem se posicionado contra determinadas decisões e até futuras decisões, no sentido de propor e aprovar leis que ao ver dos legisladores não condizem com o desejo popular, mas um mero ativismo dos juízes togados.

6 ANÁLISE SOBRE A DECISÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO STF

Um caso que pode ser visto como esse movimento ativista do judiciário, é o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, nos moldes da interpretação conforme a constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002.

O texto legal diz explicitamente que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem mulher e não entre pessoas do mesmo sexo. Traz-se à baila a síntese da decisão do Pretório Excelso:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL

PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(STF-ADI-4277-Brasília/2011, Relator; Ministro MARCO AURÉLIO. Data do julgamento: 05/05/2011, Plenário do STF, data da publicação: 13/05/2011).

No entanto, também se menciona o ativismo como garantidor de direitos e garantias fundamentais, isso frente à estrita observância da competência direta de cada poder (Wogel; Silveira, 2020). O norte acerca da decisão é muito diversificado, haja vista que a doutrina não é consensual sobre uma possível usurpação de competência, mas para além disso, é consensual a ideia do ativismo judicial, posto que a decisão é com uma ação proativa do judiciário.

É o que informa a Chaves (2012) “Não se pode dizer, em momento algum, que o Judiciário usurpou o que era tarefa do Legislativo. Simplesmente agiu, enquanto o Legislativo se fingia de morto e sonegava direitos a uma imensa parcela dos cidadãos brasileiros”. A autora assenta ainda que a omissão do Poder Legislativo não foi usurpada pelo Poder Judiciário, mas este enquanto guardião da Carta Constitucional exerceu o seu papel previsto em lei:

Neste caso específico, o Judiciário – representado pela sua Corte mais alta – efetivou o seu papel fundamental de guardião da Constituição e dos seus princípios, nomeadamente quando o Legislativo foi para lá de omissor. Não havia como não fazer valer a Carta Magna, com seus valores e procedimentos democráticos, mesmo indo de encontro (aos olhos de uns) aos outros Poderes. Talvez nunca se tenha visto a Suprema Corte brasileira com um posicionamento tão homogêneo e consensual, ao menos no que diz respeito ao resultado, ao considerar que a união homoafetiva é, sim, um modelo de família (Chaves, 2012, p. 8).

Portanto, ao que parece não houve um substabelecimento de um poder sobre o outro, mas a prevalência da ideia constitucional. No entanto, o ativismo judicial da corte é visível. Porquanto, o ativismo é uma atitude a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (Wogel; Silveira *apud* Barros, 2019).

Desse modo, a decisão do STF, é ao menos uma atividade para além das suas funções, ainda que necessariamente não invada a competência de outro poder:

Dessa forma, considerando as palavras do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, o ativismo judicial pode se manifestar por diversas condutas do Poder Judiciário, que, resumidamente, incluem a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente previstas nela, mas omitidas pelos poderes constituídos, a participação efetiva dos magistrados no controle da constitucionalidade, tanto por ação quanto por omissão dos outros poderes, e a determinação de condutas ou abstenções ao Poder Público. Tal se dá no âmbito da saúde, previdência, igualdade substancial (como no reconhecimento das uniões homoafetivas enquanto verdadeiras entidades familiares), educação (como reserva de vagas em escolas e creches), *et cetera* (Wogel; Silveira, 2020, p. 18).

Diante de todo o exposto, a decisão da união estável homoafetiva reflete o desejo ativista do Poder Judiciário nacional, não resta dúvidas quanto desejo de resolver as questões omissas, contraditórios ou polêmicas, ainda que não tenha norma regulamentadora ou clareza na doutrina, ou que isso fuja das suas atribuições constitucionais, os juízes e tribunais não tem se eximido de uma atividade proativa e um protagonismo democrático.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados obtidos a partir dessa análise revelam uma complexidade inerente a essa prática judicial. Por um lado, a atuação mais proativa dos tribunais pode agir como um contrapeso necessário diante da inércia ou lentidão do Legislativo em lidar com demandas urgentes da sociedade. Decisões pautadas no ativismo judicial têm o potencial de assegurar direitos fundamentais, promover a equidade social e responder de maneira ágil a questões emergentes.

No entanto, por outro lado, tal atuação pode gerar controvérsias e levantar questões sobre a legitimidade democrática. A interferência do Judiciário em assuntos que teoricamente seriam de competência legislativa pode suscitar debates acalorados sobre a separação de poderes, podendo criar um desequilíbrio nas funções institucionais estabelecidas pela democracia representativa.

A nova postura do Judiciário afeta diretamente a sociedade ao influenciar decisões que moldam políticas públicas e direitos individuais. Essa influência pode trazer avanços significativos em áreas como direitos humanos, proteção ambiental, inclusão social, entre outros, porém, não isenta de desafios.

O ativismo judicial aponta para a necessidade de um debate contínuo e aprofundado sobre os limites e as implicações dessa prática. É crucial encontrar um equilíbrio entre a atuação mais ativa do Judiciário na proteção de direitos e a preservação dos princípios democráticos,

garantindo que a legitimidade das instituições não seja comprometida.

Assim, urge a importância de um diálogo constante entre os poderes, a sociedade civil e a academia para assegurar que as decisões judiciais estejam alinhadas com os anseios da sociedade, respeitando os princípios democráticos e contribuindo para um progresso social equilibrado e justo. O desafio está em encontrar um ponto de convergência que mantenha a proteção dos direitos individuais e coletivos sem comprometer os pilares democráticos e a estabilidade institucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Thesis, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Plenário). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4277.EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Rel. AYRES BRITTO, 05 de maio de 2011. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL. Brasília, 2011.

CAVALCANTI, Wilker Batista *et al.* A Judicialização E O Ativismo Judicial: Breves Considerações Acerca Da Separação Dos Poderes. **Revista humanidades**, 2018. Disponível em: https://www.revistahumanidades.com.br/arquivos_up/artigos/a176.pdf. Acesso em: 14 out. 2023.

CHAVES, Marianna Chaves. O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL. **RIDB, Ano 1 (2012), nº 2**, 2012. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/02/2012_02_0739_0757.pdf. Acesso em: 17 out. 2023.

COURA, Alexandre Castro; PAULA, Quenya Correa De. Judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos Belo Horizonte**, 2018. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/511>. Acesso em: 14 out. 2023.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Justiça&Cidadania**, online. Maio de 2014. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/ativismo-judicial-brasil-mecanismo-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em 22 nov 2023.

MACHADO, Ronny Max; BARRETO, Osmar Fernando Gonçalves. A Harmonia Entre Os Poderes Da República Federativa Do Brasil E O Ativismo Judicial Brasileiro. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, 2019. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b65c/840c28e09ee64c4e1faeda558e3b24261f86.pdf>. Acesso em: 14 out. 2023.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. **Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália**, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucio>. Acesso em: 14 out. 2023.

MELO FILHO, Renato Soares De. **Ativismo Judicial em Investida ao Estado Democrático**. Curitiba: JURUÁ, 2019.

SILVA, Luciléia Oliveira Da; BEZERRA, Yanne Glaucia Praxedes. A REPERCUSSÃO SOCIAL DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS SUPERIORES E O EFEITO BACKLASH. **UNIVERSIDADE POTIGUAR CURSO DE DIREITO**, 2023. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/35707>. Acesso em: 14 out. 2023.

WOGEL, Lucas Furlan De Freitas; SILVEIRA, Ricardo Dos Reis. O ATIVISMO JUDICIAL COMO EFETIVO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Revista Paradigma**, 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2385/1757>. Acesso em: 17 out. 2023.