



ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CIVIS

Sérgio Luiz TOFANELLI JÚNIOR¹

RESUMO: O objetivo do presente artigo é realizar uma dissecação de um termo que se torna cada vez mais relevante no vocabulário jurídico, o ativismo judicial, bem como explorar o seu papel na efetivação dos direitos civis dos cidadãos. Com o protagonismo crescente do Poder Judiciário tanto no Brasil quanto ao redor do globo, é de suma importância que estudiosos, acadêmicos e juristas examinem um fenômeno que possui impacto real na vida de toda a sociedade e abrange diversas áreas do Direito. Neste ensaio, busca-se explorar o tema de maneira dedutiva, com o apoio de levantamento bibliográfico e se valendo de inúmeros pontos de vista distintos a respeito do surgimento, relevância e significado do ativismo judicial, incluindo opiniões favoráveis e desfavoráveis à sua existência, visando, deste modo, proporcionar uma maior compreensão de cada detalhe interligado ao tópico.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direitos civis. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. Tripartição dos poderes.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os numerosos tópicos que despertam interesse e intenso debate entre estudiosos, acadêmicos e juristas, há um que se mostra cada vez mais pertinente devido ao seu crescente impacto na vida da sociedade: trata-se do fenômeno jurídico conhecido como ativismo judicial.

Os holofotes políticos do país constantemente têm se voltado ao Poder Judiciário, e, mais especificamente, ao Supremo Tribunal Federal, órgão responsável por tomar decisões polêmicas que trariam efeitos nas leis vigentes. Em outras palavras, os magistrados estariam legislando de forma plena.

De exemplo notório, cabe mencionar a recente criminalização da homofobia no Brasil, denominação dada ao discurso de ódio e a violência contra o público LGBTQIA+², contribuindo para a manutenção do princípio da dignidade da

¹ Discente do 8º termo do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – Toledo Prudente. Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: juninho.stj@gmail.com

² Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, *queers*, intersexuais, assexuais e demais identidades que integram o movimento.

pessoa humana e, conseqüentemente, desempenhando um importante papel na efetivação de direitos civis das minorias.

Embora a criminalização da homofobia seja vital para garantir os direitos fundamentais de uma minoria social, o legislador permaneceu inerte. Sobre o tópico, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) de número 26 arguiu a omissão do Poder Legislativo em um tema que requer urgência, visto que a discussão sobre o assunto se arrastou pelo Congresso por 18 (dezoito) anos. O racismo, outra forma de discriminação recorrente, já é crime no Brasil desde o ano de 1989.

Logo, essa interferência jurídica nos demais poderes pode muito bem acarretar em contribuições para a sociedade, contrapesando a omissão do Congresso. De igual modo, a maior influência do Poder Judiciário também resulta em um grande risco para a democracia. Afinal, o ativismo judicial não fere a tripartição dos poderes e o Estado Democrático de Direito?

O presente ensaio visa analisar, de forma dedutiva, os incontáveis debates existentes sobre o fenômeno do ativismo judicial, incluindo a sua etimologia, origem e críticas mais ferrenhas, possibilitando uma maior compreensão de um termo que cresce diariamente em relevância no vocabulário jurídico.

2 ATIVISMO JUDICIAL

Há uma variada gama de definições para o fenômeno do ativismo judicial, bem como um histórico por trás de seu surgimento e uso linguístico nos tempos recentes. Além disso, diversos estudiosos, acadêmicos e juristas oferecem opiniões favoráveis ou contrárias à sua existência. É o que será exposto a seguir.

2.1 Elucidando o Ativismo Judicial

Primeiramente, é de vital importância compreender o que é o Poder Judiciário. A Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu a formação de três poderes em nossa República Federativa, independentes e harmônicos entre si, sendo eles o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Cada um dos poderes exerce suas respectivas funções típicas e também atípicas. A ideia se baseia na Teoria da Tripartição dos Poderes. O Barão de Montesquieu (1993, p. 168) nos fala:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

Logo, é possível observar que a função do Poder Judiciário, representado pelos juízes, é precisamente julgar, resolver conflitos, punir ou assegurar nossos direitos civis, dependendo da situação. Tudo em conformidade com a lei e como eles a interpretam. A partir do momento em que o Judiciário passa a interferir regularmente e de forma relevante nas alternativas políticas dos outros poderes, ocorre o fenômeno do ativismo judicial. Luís Roberto Barroso (2012, p. 25) anota:

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: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Não é uma tarefa fácil chegar a uma conclusão definitiva sobre o significado de ativismo judicial. Considerando a sua multidimensionalidade e os inúmeros conceitos que esse fenômeno adquiriu desde o seu nascimento, o jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 163) se aprofunda no desafio de definir o ativismo judicial:

A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc. Assumir esta perspectiva transforma a identificação do ativismo judicial em uma empreitada mais completa e segura.

Nesse viés, cabe mencionar um tópico profundamente interligado ao ativismo judicial: a judicialização da política, que nada mais é do que a crescente influência e atuação do Poder Judiciário em questões político-sociais. Todavia, os dois fenômenos não são idênticos, embora muitas vezes se confundam. Luís Roberto Barroso (2012, p. 23) nos ampara no esclarecimento desse tema:

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. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

No Brasil, nota-se que a judicialização não se trata de uma vontade política exercida de forma deliberada, mas, sim, uma circunstância oriunda do modelo constitucional adotado por nossa República. Segundo Cícero Alexandre Granja (2013, s.p.), “podemos dizer que ocorre a transferência de decisão dos poderes Legislativo e Executivo para o poder Judiciário, o qual passa a estabelecer normas e condutas a serem seguidas pelos demais poderes”

Em outras palavras, são os outros poderes que encaminham as decisões políticas para o Judiciário, sem a iniciativa particular do juiz, com o objetivo de que ele resolva os conflitos e questões de ordem social em pauta com o uso da jurisdição, realizando, assim, a manutenção da paz em nossa sociedade.

2.2 Gênese do Ativismo Judicial

O ativismo judicial não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Em verdade, muito antes de se tornar pauta em solo nacional, o termo já havia sido utilizado e debatido internacionalmente.

Segundo Ionilton Pereira do Vale (2015, s.p.), o termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez na revista americana Fortune, cujo público alvo não era o jurista. Em um processo de análise do perfil dos juízes estadunidenses, Arthur M. Schlesinger Jr. os classificou como ativistas e não-ativistas (autolimitados). A partir de

então, o termo cunhado pelo jornalista tem sido utilizado de forma habitual pelos estadunidenses ao defender uma posição crítica para com a atuação do Judiciário.

Já Carlos Eduardo de Carvalho (2009, s.p.) afirma que o termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez na imprensa belga, em 1916. De todo modo, a consagração teria se dado, de fato, nos Estados Unidos da América, como decorrência das decisões tomadas pela Suprema Corte estadunidense, em casos notórios, com efeitos mais extensivos. Ainda segundo o autor, o respectivo termo já era plenamente empregado e defendido desde o século XIX.

A criação do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis federais estadunidenses teria sido o marco inicial da postura ativista judicial, segundo Celso Jefferson Messias Paganelli, Alexandre Gazetta Simões e José Antonio Gomes Ignácio Junior (2011, p. 132).

Ressalte-se que a postura conservadora do ativismo empregado pela Suprema Corte estadunidense durante a primeira metade do Século XX apoiou judicialmente a segregação racial, e a mudança só foi acontecer nas décadas anteriores à chegada do segundo milênio, sob a égide dos Chefes de Justiça da Suprema Corte, Earl Warren³ e Warren Earl Burger⁴, em que a instituição deu à luz inúmeras jurisprudências de caráter progressista, com foco em direitos civis e nas questões raciais que tanto assolavam e continuam a assolar o povo estadunidense.

No Brasil, o ativismo judicial e a judicialização da política só seriam discutidos a partir da Constituição Federal de 1988, ambos devido ao crescente “protagonismo” do Poder Judiciário, que ultimamente passou a demonstrar uma postura essencialmente ativista.

Por fim, exemplos notórios do ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal incluem: a redução do foro privilegiado de deputados e senadores (válido exclusivamente para processos relacionados a crimes ocorridos durante o mandato e ao exercício do cargo parlamentar); a descriminalização do aborto realizado até o terceiro mês da gestação; e a descriminalização do aborto de feto anencefálico.

³ Earl Warren (19 de março de 1891 — 9 de julho de 1974) foi um político e jurista americano que atuou como o 14º Chefe de Justiça dos Estados Unidos de 5 de outubro de 1953 a 23 de junho de 1969.

⁴ Warren Earl Burger (17 de setembro de 1907 — 25 de junho de 1995) foi o 15º Chefe de Justiça dos Estados Unidos, de 23 de junho de 1969 a 26 de setembro de 1986.

2.3 Opiniões Favoráveis e Contrárias ao Ativismo Judicial

O amplo impacto político, jurídico e social do ativismo judicial inevitavelmente resultou em um intenso debate entre estudiosos, acadêmicos e juristas acerca da positividade ou negatividade do fenômeno.

Segundo a teoria procedimentalista, que é contrária ao ativismo judicial, a sociedade, por conta própria, deve decidir sobre a efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal, através de um ato de vontade do povo endereçado aos seus representantes, o Poder Legislativo, não dependendo primordialmente do Judiciário para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, afinal, a Constituição Federal seria uma espécie de moldura com o propósito de regular as necessidades da população através das vias democráticas.

A base das críticas contra o ativismo judicial está na falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para legislar, afinal, de modo contrário, os Poderes Legislativo e Executivo possuem atos instituídos de forma legal.

O Supremo Tribunal Federal, em ocasiões recorrentes, assume um papel contramajoritário, ou seja, por vezes, acaba tornando inválidas as leis vindouras dos Poderes Legislativo e Executivo, e em outros momentos atribuindo juízo de valor ao realizar a interpretação de princípios e normas jurídicas. Esses princípios, quando conflitantes, têm pesos atribuídos a eles, fazendo uso de subjetivismo que provém da vontade do intérprete. Roberto Wanderley Nogueira (2019, s.p.) nos diz:

No limite, o ativismo judicial não encontra pauta sequer na cognição dos objetos, na sua ordem natural, mas na espiritualidade do juiz, para o bem ou para o mal. É por isso que representa um perigo sério de imprevisibilidades na arte de produzir decisões, sobretudo ao nível da mais elevada instância da Administração da Justiça e nada obstante a universalização da matéria relacionada aos Direitos Humanos, porque, doravante, em certos casos já não cabe ao Supremo Tribunal Federal o monopólio da "última palavra", o direito de "errar por último", conforme uma célebre locução atribuída ao gênio de Rui Barbosa, pelo seu maior discípulo, João Mangabeira.

Por este ângulo, o filósofo e jurista estadunidense Ronald Dworkin (1999, p. 451) nos elucida quanto à subjetividade da convicção do juiz sendo colocada em primeiro lugar:

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.

No mais, o professor Luiz Lenio Streck (2015, p. 59) reflete e sintetiza sua corrente de pensamento crítica sobre o ativismo judicial:

Claro, em tempos de ativismo judicial desenfreado, instaura-se uma espécie de império da vontade. O ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o pratica, algo muito perigoso ao regime democrático. A violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia. O senso comum costuma pensar a Democracia como um processo cujo fim é a sua conquista, ou como algo do qual a coletividade se apropria. Não é visto tal qual é: uma relação, sempre instável e sujeita a altos e baixos, a avanços e retrocessos, a continuidades ou rupturas. Nossa história mostra isso. A democracia precisa ser vista numa perspectiva histórica e de lutas políticas [...] O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados.

Todavia, entre aqueles que são favoráveis ao ativismo judicial, há a teoria substancialista, que concorda com a interferência do Poder Judiciário em questões sociais. Na visão de José Octávio Lavocat Galvão (2010, p. 137), o Supremo Tribunal Federal representa uma espécie de guardião para a nossa Constituição Federal, logo, se determinados atos ou comportamentos ameacem a dignidade e a paz da sociedade, o Poder Judiciário é necessário para certificar-se que os direitos civis de todos cidadãos sejam plenamente assegurados.

A inércia dos Poderes Legislativo e Executivo representam, teoricamente, um passe livre para o Poder Judiciário fazer uso do ativismo judicial e cumprir as promessas constitucionais que os outros poderes falharam em efetivar.

Pode-se exemplificar a teoria procedimentalista e substancialista com o fenômeno chamado de judicialização da saúde: um paciente com câncer pancreático está desesperado por um tratamento médico e necessita de remédios caríssimos disponíveis somente no exterior, e não no SUS⁵. Diante dessa situação, o indivíduo entra na justiça para obtê-los.

⁵ O SUS (Sistema Único de Saúde) foi criado pela Constituição Federal e é regulamentado pela lei nº 8.080/90. Segundo o artigo 4º do aludido diploma legal, “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Nesse caso hipotético, ao decidir com base na teoria substancialista, um juiz faz uso do direito igualitário e universal à saúde presente em nossa Constituição Federal de 1988 para fornecer o requerido pelo enfermo. Contudo, na vertente procedimentalista, o juiz tentaria achar formas alternativas para solucionar o problema em conjunto do requerente e do Estado.

Entre os autores favoráveis ao ativismo judicial, André Ramos Tavares (2008, p. 1027) nos diz o seguinte:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumba de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários.

Por sua vez, o autor Hélder Fábio Cabral Barbosa (2011, p. 151) expressa:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juizes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.

Quanto a previamente mencionada atitude antirrepublicana de invasão dos poderes, José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 114) ressalta:

Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria da separação dos poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e seus ministros), o legislativo (1ª câmara e 2ª câmara, câmara baixa e câmara alta). Cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de anistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara alta sob acusação da Câmara baixa.

Portanto, conclui-se que, entre estudiosos, acadêmicos e juristas, há aqueles que enxergam o ativismo judicial como um grande aliado na luta pela reivindicação dos direitos de pessoas à margem da sociedade e há aqueles que o

veem como ofensa aos princípios constitucionais e um verdadeiro perigo ao regime democrático. O conflito entre as correntes procedimentalista e substancialista evidencia a importância de debater um tema tão controvertido na doutrina.

3 ATIVISMO JUDICIAL E OS DIREITOS CIVIS

Considerando a sua importância para a efetivação dos direitos civis, o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais relevantes temas da atualidade, e, por inúmeras vezes, no presente artigo, se explorou a sua preservação através do ativismo judicial. Mesmo com a crescente demanda do povo brasileiro pela efetivação de seus direitos, subsistem diversas lacunas na legislação nacional, e, nessas omissões, o Poder Judiciário possui a opção de atuar ou permanecer inerte aos imbrólios político-sociais.

3.1 Direito de Família

O conceito de família está em constante evolução. O relacionamento amoroso, na maior parte das nações ocidentais, se baseia na ideia monogâmica, em que dois indivíduos se relacionam exclusivamente um com o outro. Tradicionalmente, essa relação é formada por um homem e uma mulher, embora a homoafetividade se torne cada vez mais aceita ao redor do globo.

Em outros panoramas, o poliamorismo⁶ demonstra que a família pode ir além, com três ou mais pessoas em uma relação simultânea de conhecimento público. A dinâmica segue adiante, como é possível notar nas uniões paralelas, que possuem mais de um núcleo familiar.

Com a veloz e complexa evolução dos modelos de família, a legislação se mostrou incapaz de acompanhar os anseios da sociedade. No Brasil, a união estável já foi considerada concubinato, ou seja, uma relação livre entre pessoas de sexos diferentes que não estão casadas, afinal, não havia sustento algum do Poder Judiciário e dos legisladores. Essa inércia também se estendeu aos transexuais,

⁶ O poliamorismo se baseia na ideia da poligamia. No Reino Animal, trata-se de múltiplos vínculos sexuais mantidos pelos animais durante o período de reprodução. Entre os humanos, é a união conjugal entre mais de duas pessoas. Os dois casos predominantes são a poliginia, em que um homem tem relação com várias mulheres, e a poliandria, em que uma só mulher possui dois ou mais esposos.

uniões isoafetivas (entre pessoas do mesmo sexo) e até mesmo para os filhos concebidos fora do casamento. Antes da Constituição Federal de 1988, a criança não poderia ser reconhecida e ficaria de fora do mundo jurídico.

Embora o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 afirme que casamentos e uniões estáveis são apenas entre homens e mulheres, relações homoafetivas existem desde tempo imemoriais. Se levado à risca, seria impossível o reconhecimento de tais “anomalias” como núcleos familiares.

O Congresso Nacional, durante todos esses anos, permaneceu inerte para essa questão, até que, finalmente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi reconhecido por intervenção do Supremo Tribunal Federal em 2011. São nessas omissões legislativas em que o ativismo judicial se mostra benéfico ao apoiar causas ignoradas pelos nossos representantes. Newton Teixeira Carvalho (2018, s.p.) defende esse posicionamento do Poder Judiciário:

Na verdade, nos entendimentos contrários ao ativismo judiciário ainda persiste um positivo exagerado, um comodismo, que não se aplica nos direitos das famílias, eminente dinâmico e que, se ficar à espera de leis, inúmeros casos ficarão fora dos debates judiciais. Basta verificar os numerosos projetos que se encontram no escaninho do Congresso Nacional, considerando que não é do interesse dos parlamentares discuti-los, eis que vão contra os interesses de seus eleitores. Aliás, a impossibilidade jurídica do pedido, hoje encampada pela ausência de interesse de agir, no Direito Processual, sempre foi uma maneira cômoda de o Poder Judiciário não enfrentar questões que merecem ser debatidas. É o Judiciário cooperando com a perpetuação da mora legislativa; em não modificar uma situação consolidada, engessando os fatos e, por conseguinte, distanciando da realidade social e marginalizando determinados grupos.

O conceito de família continuará evoluindo, e a necessidade de novas leis irá crescer de forma cada vez mais insustentável para o legislativo, que permanece estagnado perante muitas questões que requerem debate. Nessa luta, o ativismo judicial é um forte aliado para as minorias sociais.

3.2 Descriminalização do Aborto

O aborto, também chamado de interrupção da gravidez, é crime no Brasil, salvo raras exceções, determinadas por lei. A pena é de um a três anos de detenção para a gestante, e um a quatro anos de reclusão (com consentimento da gestante) ou três a dez anos (sem consentimento da gestante) para o indivíduo responsável pela remoção do feto. É um tema pertinente para os dias atuais, girando

em torno do eterno conflito entre movimentos pró-escolha e pró-vida, envolvendo inúmeras questões éticas e religiosas.

O Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, já atuou em casos relacionados ao aborto em ocasiões passadas. No ano de 2008, a Suprema Corte brasileira aprovou a liberação de pesquisas com células tronco-embrionárias no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 3510. Em 2012, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54 autorizou o aborto de feto anencefálico no Brasil. Contudo, em ambos os casos, a decisão final se baseou na inviabilidade da vida, logo, os argumentos utilizados não favorecem a descriminalização do aborto em nosso país.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) protocolou, em 7 de março de 2017, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 442, visando a descriminalização do aborto para gestantes com até três meses de gravidez, alegando que a lei em vigor viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, além dos direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade e à igualdade.

O caso obteve ampla repercussão e será julgado pela Corte em um futuro próximo, mas as dúvidas permanecem. O aborto deve ser descriminalizado no Brasil? A descriminalização irá ocorrer por meio da atuação do Poder Judiciário, ou o Poder Legislativo deve intervir na situação?

Nos dias de hoje, parte da população brasileira deposita a sua fé no Poder Judiciário para pôr um fim nesse controverso debate. Mas seria esse o caminho ideal? Paulo Gustavo Guedes Fontes (2018, s.p.) nos traz essa reflexão:

No lugar de achar que a Constituição tem sempre resposta para as grandes questões sociais e morais, como o aborto e a eutanásia, é possível uma decisão do STF baseada num juízo de insuficiência normativa e epistemológica. A Corte declara que não lhe compete ponderar entre os valores em choque, deixando a decisão para o legislador, num exercício de autocontenção ou reserva epistêmica. É difícil encontrar o ponto em que tal postura aucontida deve prevalecer, sendo talvez útil a consideração de Cass Sunstein de que “a incerteza moral, na qual a sociedade se encontra dividida” recomenda ao juiz constitucional uma postura minimalista. Penso que uma decisão com esse feitiço poderia inspirar mais confiança na nossa jurisdição constitucional por parte da sociedade e dos demais poderes e mesmo restaurar entre nós a importância do Poder Legislativo e da Política, com P maiúsculo. Sem falar que não correríamos o risco de uma decisão capaz de abortar definitivamente o debate. Com efeito, eventual negativa do Supremo, considerando que o aborto é inconstitucional, poderia se revestir da natureza de cláusula pétrea, tornando-se imutável.

Deste modo, ainda que o aborto venha a ser descriminalizado em solo brasileiro, a atuação do Poder Judiciário no caso será objeto de minuciosa análise por estudiosos, acadêmicos e juristas, alimentando a rica discussão em torno do papel que o ativismo judicial exerce em nossa sociedade contemporânea.

3.3 Legalização da Eutanásia

Em um futuro próximo, o Poder Judiciário voltará os seus olhares para a legalização de uma prática frequentemente debatida na bioética, a eutanásia. Por definição, trata-se do ato de intencionalmente proporcionar a morte indolor, digna e tranquila para um ser humano que está agonizando devido a uma doença incurável ou extremamente dolorosa. Cabe mencionar que o procedimento é realizado por um profissional da saúde mediante o pedido do enfermo.

Em tese, o direito à vida, previsto no rol do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, proíbe a prática da eutanásia. Dito isso, alguns estudiosos interpretam o texto constitucional de maneira distinta.

O direito à vida abrange o respeito a sua dignidade, logo, alguns juristas entendem que o direito de encerrar a própria vida poderia oferecer mais dignidade do que prolongá-la, pois adiar o inevitável só traria mais sofrimento para o enfermo. Para outros, provocar a morte de alguém, ainda que intuindo aliviar o seu sofrimento, é homicídio, conforme dispõe o Código Penal brasileiro, que enquadrou a eutanásia em uma das causas de diminuição de pena.

Em um pequeno grupo de países ocidentais, como a Holanda e Bélgica, a prática da eutanásia é legalizada. Ao escrever sobre o tema, Luiz Inácio de Lima Neto (2003, p. 03) chegou às seguintes conclusões:

Muitas pessoas com doenças terminais são mantidas vivas contra a sua vontade, recorrendo, por vezes, a outros meios para tentarem prolongar a sua vida, causando mais sofrimento a si e a quem as rodeiam. A sociedade mergulhada nos arcaísmos do passado talvez devesse superá-los e reconhecer que, nos casos extremos, provados, se possível, cientificamente, os indivíduos com doenças terminais pudessem escolher como e quando morrer. Se não pode ser negado o respeito àquele que em agonia opta por adiar o momento da sua morte ao mesmo tempo deveria ser respeitado o direito que assiste ao médico de recusar tal prática mesmo em situações terminais. [...] É temível a adoção de uma legalização da eutanásia não porque somos, de certa forma, conservadores, mas também porque a eutanásia defendida pode ser desvirtuada de seus fins em uma sociedade onde dinheiro é sinônimo de poder.

Assim como a controvérsia envolvendo a descriminalização do aborto, a questão é complexa e abarca valores éticos, religiosos e morais, pois está intimamente ligada com o princípio da dignidade da pessoa humana. É evidente que o debate ao redor do globo seguirá em alta nos próximos anos, e, em algum momento, chegará aos holofotes brasileiros. O Poder Judiciário, indubitavelmente, assumirá o protagonismo nessa fervorosa discussão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do ensaio, pôde-se observar que o ativismo judicial é um tema significativamente abrangente na ciência jurídica. Há divergências perante qual seria o significado do termo e quais decisões seriam verdadeiramente ativistas, em razão da existência de um fenômeno similar, a judicialização da política.

O ativismo judicial pode ser benéfico, assegurando a aplicação dos direitos e garantias fundamentais nas hipóteses em que somente o Estado é capaz de socorrer o indivíduo. Nesse sentido, o Poder Judiciário realiza a manutenção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, foi analisada a intensa conexão que o ativismo judicial possui com os direitos civis, atuando em temas polêmicos que geram debate na sociedade, incluindo a pluralidade do direito de família, o aborto, e, em um futuro próximo, a eutanásia. Consequentemente, o ativismo judicial pode ser considerado um poderoso aliado dos grupos marginalizados.

Entretanto, tal postura ativista, para muitos, não deixa de ser antirrepublicana, constituindo uma ofensa aos princípios constitucionais e uma ameaça para a democracia. Não obstante, alguns acreditam que a teoria da separação dos poderes de Montesquieu é um conceito ultrapassado que não perdurará em uma sociedade em constante evolução.

Diante da inércia do Poder Legislativo, o ativismo judicial possibilita uma maior eficácia na efetivação dos direitos civis, mas também acarreta em um risco para a democracia.

Por conseguinte, ainda não há uma resposta definitiva para as incontáveis questões que permeiam o fenômeno do ativismo judicial. Não se pode

menosprezar as suas contribuições para a sociedade, mas seria leviano ignorar a sua natureza antidemocrática.

Entre a efetivação dos direitos civis e criação de precedentes para aberrações jurídicas, talvez o melhor caminho seja tentar encontrar uma solução que se adeque às necessidades dos tempos contemporâneos em que vivemos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível**; in Estudos de direito constitucional. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. – [Syn]Thesis, vol.5, nº 1: Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF**. Brasília, DF: Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República, 15 de junho de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Ativismo judicial em crise**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2137, 8 maio 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12781/ativismo-judicial-em-crise>>. Acesso em: 15 setembro 2022.

CARVALHO, Newton Teixeira. **O Ativismo judicial no direito das famílias**. DomTotal. 23 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://domtotal.com/artigos/index.jsp?id=7750>>. Acesso em: 15 setembro 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **STF, aborto e autocontenção**. GEN Jurídico. 8 de maio de 2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/05/08/stf-aborto-e-autocontencao>>. Acesso em: 15 setembro 2022.

GALVÃO, José Octávio Lavocat. **Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica**; in: Estado de Direito e Ativismo judicial. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**; in: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais>>. Acesso em: 15 setembro 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NETO, Luiz Inácio de Lima. **A legalização da eutanásia no Brasil**. Jus Navigandi. 22 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4217/a-legalizacao-da-eutanasia-no-brasil>>. Acesso em: 15 setembro 2022.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito**. *Conjur*. 6 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opiniao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 15 setembro 2022.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNÁCIO JÚNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, pp. 51-61, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALE, Ionilton Pereira do. **O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação**. Jusbrasil. 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>>. Acesso em: 15 setembro 2022.