

O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988: ENTRE A AQUISIÇÃO DE DIREITOS E O EXCESSO JURIDICO-LEGISLATIVO DO STF

JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL AFTER THE 1988 CONSTITUTION: BETWEEN THE ACQUISITION OF RIGHTS AND THE LEGAL-LEGISLATIVE EXCESS OF THE STF

Guilherme Ferreira GHIRALDELLI¹

ISSUE DOI: 10.5281/zenodo.18258675

RESUMO

A tripartição dos Poderes é o modelo adotado pela maioria das democracias após o declínio do absolutismo monárquico no século XVIII, de modo que já estão consolidadas, em tese, as competências de cada um dos Três Poderes. Entretanto, na prática, o fenômeno do Ativismo Judicial desafia essa concepção ao dissolver as claras limitações na atuação do Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal em relação às competências do Legislativo. Desse modo, o objetivo deste artigo é averiguar se essa atividade excepcional do STF é asseguradora de direitos ou se há excesso e/ou usurpação de demais competências do Congresso Nacional. Como metodologia, adotou-se o método indutivo juntamente à pesquisa bibliográfica, e como procedimento foi realizado um estudo múltiplo de casos através da análise qualitativa desses, valendo-se de suas conclusões particulares e correlações. Como resultado, obteve-se que o Ativismo Judicial, por ir de encontro à tripartição dos Poderes, não é capaz de promover solidez e legitimidade às importantes demandas sociais por direitos e sua efetivação.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Aquisição de Direitos. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The separation of powers is the model adopted by the majority of democracies after the decline of monarchical absolutism in the 18th century, whereby the competencies of each of the three branches

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP/FRANCA). Participa do Núcleo de Estudos, Pesquisa e Constituição “Constituição e Cidadania” (NEPECC). Email: Guilhermefghiradelli@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4957268967949047>.

of government are theoretically consolidated. However, in practice, the phenomenon of Judicial Activism challenges this conception by dissolving clear limitations on the judiciary's actions, especially the Brazilian Federal Supreme Court concerning the legislature's competencies. Thus, the objective of this article is to examine whether this exceptional activity of the Supreme Court ensures rights or if there is an excess and/or encroachment upon the competencies of the National Congress. As a methodology, the inductive method was adopted along with bibliographic research, and a multiple case study was conducted through the qualitative analysis of these cases, relying on their specific conclusions and correlations. As a result, it was found that Judicial Activism, by going against the separation of powers, is unable to promote solidity and legitimacy to important social demands for rights and their enforcement.

Keywords: Judicial Activism; Acquisition of Rights; Brazilian Federal Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno do ativismo judicial, inicialmente observado nos Estados Unidos da América em meados do século XX, constitui-se de uma atividade proativa da Suprema Corte, nos EUA, ou do Supremo Tribunal Federal, no caso do Brasil. Embora sua conceituação teórica não se encontre plenamente consolidada até o presente momento, desde o princípio de seu estudo são múltiplas as conclusões alcançadas por juristas e cientistas políticos.

O presente artigo busca pesquisar o fenômeno supracitado no contexto brasileiro após a promulgação da Constituição Federal em 1988. Desse modo, abrange a grande área do Direito Constitucional, em especial, o controle de constitucionalidade, realizado quase totalmente pelo Supremo Tribunal Federal.

Entender o Ativismo Judicial, sua origem e decorrências, além da forma em que é aplicado nos casos concretos é de suma importância já que há uma discussão em relação ao seu emprego, o qual forma novos arranjos institucionais e possíveis disputas entre os Poderes, sobretudo no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, representante máximo do Judiciário no Brasil, bem como ao Congresso Nacional no panorama Legislativo. Sob essa visão, a presente pesquisa se justifica pela tentativa de aliar a teoria já produzida em relação a esse fenômeno à análise empírica dos casos em que houve Ativismo Judicial, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso¹. Espera-se que com essa junção, os resultados obtidos não se restrinjam à observação teórica idealizada ou ao entendimento que o ativismo judicial

é apenas como se apresenta na materialidade, sem considerar suas potencialidades e possibilidades.

O objetivo vislumbrado é a verificação se o ativismo judicial é um mecanismo para a efetivação e garantia de direitos ou se sua existência é caracterizada como uma usurpação de competência do STF em relação do Congresso Nacional, por meio da utilização do método indutivo e da análise qualitativa de julgados do STF.

Por fim, é de suma importância ressaltar para fins de esclarecimento que a conclusão obtida se dará através das conclusões particulares de cada caso analisado e suas correlações, não sendo os casos aqui observados, de modo a acompanhar a escolha doutrinária de Barroso, os únicos possíveis, ou seja, não se pretende alcançar tipo algum de incontestabilidade, haja visto que é viável esperar resultados distintos caso outros julgados fossem utilizados.

2 SÍNTESE HISTÓRICA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A teoria da tripartição dos poderes proposta por Charles-Louis de Secondat, o barão de Montesquieu, no século XVIII serviu como um marco na transição do Estado absolutista cujo poder e soberania estava centralizado na figura do monarca para o Estado liberal, o qual se consagrou após as Revoluções Francesa e Americana, nos anos de 1789 e 1776, respectivamente.

Seria a separação dos poderes, pois, uma forma de desconcentrar o poder único, aqui representando a soberania, ao triparti-lo e o designar a três determinadas funções, ou popularmente poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário- por meio de órgãos determinados, além da necessidade de haver independência entre elas a fim de que se evitasse usurpação de competência de um poder por outro distinto. Essa divisão do poder é denominada como “divisão funcional do poder” por Ferreira Filho². Entretanto, como será visto adiante, há o sistema de freios e contrapesos, através do qual um poder pode exercer, atípica e pontualmente, a função de outro para que os poderes se relacionem, ainda que independentes, e possam se fiscalizar mutuamente.

² FILHO, Manuel Gonçalves F. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Grupo GEN. 2022.

A extensa maioria dos Estados adotaram sem grande demora a desfiliação das funções legislativas e judiciárias do monarca, haja visto que a concentração de poder sob um só indivíduo era contrária à corrente liberal defendida pela burguesia em ascensão. Todavia, enquanto a forma de governo permanecia como uma monarquia absolutista, no Brasil, houve significativas transmutações da teoria de Montesquieu para que o soberano resguardasse a maior parte do poder que lhe fosse possível.

Dentre essas alterações, observa-se como principal, a adição do Poder Moderador como quarto poder, conforme proposto pelo filósofo Benjamin Constant, de modo que fosse privativo do monarca e estivesse acima dos demais. O Poder mencionado foi importado pelo Brasil já em sua primeira Constituição Brasileira em 1824, logo após o processo de independência política nacional. Segundo o art.98 dessa Carta Magna, a justificativa para a existência desse poder seria como ferramenta para a “manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos” (CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL, 1824).

Por conseguinte, a tripartição dos poderes reflete até a contemporaneidade a forma como o sistema político se organiza no Brasil e é adotada como referencial na maioria dos Estados soberanos. Ainda que a separação dos poderes seja utilizada como modelo, cada país conta com suas especificidades e fenômenos, como o ativismo judicial ou a judicialização da política, e, eventualmente, enfrenta momentos de crise quando se trata da independência dos poderes.

3 AS COMPETÊNCIAS DO LEGISLATIVO E DO JUDICIÁRIO

3.1 COMPETÊNCIAS DO CONGRESSO NACIONAL (LEGISLATIVO)

Para que se entenda o fenômeno do ativismo judicial e até onde podem ir as suas decorrências, devem ser compreendidas as funções e prerrogativas tanto do Poder Legislativo como do Judiciário, haja visto que o embate legislativo entre ambos é o foco de estudo do presente trabalho, especialmente em relação aos seus órgãos, sendo eles o Congresso

Nacional no Legislativo e o Supremo Tribunal Federal, última instância do Judiciário brasileiro.

No que se refere à estrutura do Congresso Nacional, o Brasil adota o sistema bicameral, sendo composto, portanto, por duas câmaras, ou casas, sendo elas a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Tanto os senadores, representantes de cada estado da federação, quanto os deputados federais, representantes do povo, são eleitos secreta e diretamente, porém a duração do mandato e parcela das cadeiras disputadas em cada eleição variam para cada função, pois o tempo de mandato dos primeiros é de 8 anos e as eleições quadrienais visam preencher alternadamente um terço e dois terços dos senadores, enquanto o mandato dos deputados federais dura quatro anos e todos os assentos são preenchidos a cada nova eleição.

Em relação às funções predominantes do Poder Legislativo, tem-se o processo de legislar, além de fiscalizar o Poder Executivo nas esferas contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial³. Embora legislar e fiscalizar sejam as funções típicas do Congresso Nacional, atipicamente através do sistema de freio de contrapesos, é possível que atue de modo a administrar, nos casos de sua operacionalização interna no que tange aos seus servidores, bem como pode eventualmente julgar nos casos de *impeachment* do Presidente da República exclusivamente quando se tratar de um crime de responsabilidade.

Ademais, o processo legislativo ordinário, o qual é exclusivo do Legislativo quando se trata de um poder típico, em síntese, consiste na apresentação de um Projeto de Lei, em regra, por qualquer cidadão, incluindo membro do Congresso Nacional, STF, Tribunais Superiores, Presidente da República e Procurador-Geral da República seguida da aprovação por maioria simples para leis ordinárias em ambas as Casas ou por maioria absoluta também em ambas as Casas para leis complementares, embora seja necessária a presença de maioria absoluta dos representantes tanto no Senado Federal quando na Câmara dos Deputados para a votação. O Projeto de Lei, para tanto, será apreciado por uma das Casas, que será a iniciadora, e caso atinja o quórum, seguirá para a Casa revisora, a qual pode ser favorável ao Projeto integralmente e o enviar diretamente para o Presidente para promulgação ou *sansão*, entretanto caso a Casa revisora apresente emendas àquele Projeto, as emendas retornam à Casa iniciadora

³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Grupo GEN. 2023.

para apreciação final, e caso aprovadas, o Projeto prosseguirá para o chefe do Executivo⁴.

3.2 COMPETÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (JUDICIÁRIO)

O Poder Judiciário brasileiro é incumbido, tipicamente, de julgar os casos que derivam de alguma desavença na sociedade. A esse poder, dá-se o nome de jurisdição. Segundo Tavares⁵, a nação possui a prerrogativa de julgar, processo esse que ocorre por intermédio dos juízes, agentes que aplicam a jurisdição. Segundo ainda o autor, o Estado não pode se abster em apreciar e julgar um caso no qual sua ação foi solicitada, além de não poder chegar à conclusão alguma, ou seja, a resposta do Judiciário deve ser concedida às partes envolvidas no conflito.

Além da sua função típica, compete ao Judiciário as funções de legislar acerca do regimento interno de seus tribunais, e a função de administrar quando regula, por exemplo, as férias e licenças de seus servidores.

No que diz respeito à organização e estruturação do Poder Judiciário, compactuando com o federalismo que edifica o Estado brasileiro, existem a Justiça local (Estadual) e a Federal. As competências da Justiça Federal são previstas expressamente, sendo, portanto, residual a competência da Justiça Estadual. Além disso, esse Poder também distingue a Justiça Federal entre comum e especializada, sendo esta última composta pela Justiça Eleitoral, Militar e do Trabalho.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal (STF), o principal agente quando se trata de ativismo judicial, esse possui suas prerrogativas e funções dispostas no art. 102 da Constituição Federal de 1988, no qual fica evidente seu papel de guardião desta. A designação de defender e zelar pela Constituição Federal, juntamente com a função clássica jurisdicional são as atividades das quais o STF notoriamente se ocupa. Para o professor Alexandre de Moraes:

⁴ PASTANA, Luís Fernando de Souza. Uma pequena análise sobre o processo legislativo brasileiro. Fortaleza. 2024.

⁵ TAVARES, André R. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva. 2023.

Nos diversos ordenamentos jurídicos, a jurisdição constitucional exerce quatro funções básicas: o controle da regularidade do regime democrático e do Estado de Direito; o respeito ao equilíbrio entre o Estado e a coletividade, principalmente em proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais; a garantia do bom funcionamento dos poderes públicos e a preservação da separação dos Poderes; e finalmente, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos⁶

Desse modo, dentre as funções básicas citadas, a proteção aos direitos e garantias fundamentais são essenciais para o estudo do ativismo judicial do qual se pretende este artigo. Pois o ativismo judicial, como se verá a seguir, ocorre, precipuamente, nos casos em que o colegiado do Supremo Tribunal Federal busca pôr em prática alguma garantia constitucional negada ou que não apresenta disposição em lei promulgada, ou seja, devido à omissão. Sendo essas umas das fundações da hipótese inicial, na qual há de se verificar se a busca do Supremo Tribunal Federal pela expansão dos direitos sociais está ocorrendo por vias de suas próprias competências ou se ocorre o elástico de suas funções de modo com que lese às prerrogativas dos outros Poderes.

Por fim, no que concerne à estruturação material do STF, tem-se que este é composto por onze ministros, divididos em dois colegiados com a mesma hierarquia e um presidente o qual participa exclusivamente das sessões plenárias. Cabe exclusivamente ao Presidente da República indicar o candidato a ocupar uma vaga disponível para ministro, devendo respeitar os seguintes requisitos: possuir entre 35 e 70 anos; ser brasileiro nato; ser cidadão (gozar de direitos políticos); ter notável saber político e reputação ilibada. Em seguida, o candidato deverá ser aceito pelo Senado Federal, por meio da maioria absoluta dos votos. O Presidente do Supremo Tribunal Federal deverá o empossar, e então o novo ministro contará com a vitaliciedade do cargo. Esse processo indica que o STF é um poder contramajoritário, pois o candidato é escolhido pelo Chefe do Executivo e sabatinado pelos Senadores, representantes dos Estados da federação, não possuindo atuação alguma dos Deputados Federais, representantes

⁶ MORAES, 2023, p. 657.

do povo, no processo, além de que suas decisões se sobressaem aos demais Poderes no que diz respeito à Constituição Federal.

4 ATIVISMO JUDICIAL

4.1 INTRODUÇÃO TEÓRICA AO ATIVISMO JUDICIAL

No cenário nacional, a expansão do Poder Judiciário no exercício de matérias que não lhes eram designadas ocorreu de forma crescente após o declínio do regime militar que perdurou no país de 1964 a 1985.

Barroso⁷ estabelece que o aumento da influência da jurisdição no cotidiano dos indivíduos ocorreu devido à ascensão da justiça constitucional sob o espaço anteriormente ocupado pelos poderes representativos e majoritários, caso do Legislativo e Executivo. Atribui também o autor como causa a mediação pela qual passam as cortes judiciais, por meio da imprensa jornalística, da transmissão das seções televisionadas etc. Por fim, tanto Barroso como Mello⁸ acrescentam o abrangente controle de constitucionalidade brasileiro como um dos fatores que aumentam o papel do STF na vida nacional, que, principalmente por meio dos seguintes dispositivos, faz-se presente: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), em menor grau, já que o STF apenas declara se uma norma está de acordo com a Constituição, de modo que não intervém de maneira ativa; Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO), Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Essa crescente atuação resultou em dois fenômenos os quais recentemente passaram a ser estudados no âmbito acadêmico: o ativismo judicial e a judicialização da política. Devido a semelhança conceitual e denominativa de ambos, é relevante uma breve distinção, mesmo para a

⁷ BARROSO, 2023, p.162.

⁸ MELLO, Ruy Nestor Bastos. O ativismo judicial do STF em face do legislativo: identificação de limites da jurisdição constitucional e a análise crítica de decisões sobre a reforma política. Salvador. 2021.

especificação do ativismo judicial que será abordado em maiores detalhes por ser o tema aqui discutido.

A judicialização da política abrange uma série de processos que se iniciaram ainda no século XX e progressivamente se valeram de espaços tradicionalmente ocupados. De forma generalista, a judicialização da política é a transferência de questões relativas à moral, política ou à sociedade, antes discutidas pelas esferas Executiva e Legislativa, para o Judiciário⁹. Dentre as mais variadas causas possíveis encontradas pelos estudiosos do assunto, a crise de representatividade é a que mais se repete, de modo a servir como arcabouço teórico para Barroso e Souza Junior. A crise de representatividade decorre de um descompasso entre a atuação do representante e as pretensões do representado, que busca o magistrado como recurso para efetivar suas demandas.

Logo, nota-se que a judicialização da política é um panorama institucional fático no contexto brasileiro, ao passo que o ativismo judicial, como se verá, é uma atitude proativa relativa ao modo do STF interpretar o texto constitucional e, às vezes, expandi-lo¹⁰. Dessa forma, é possível distingui-los ao classificar a primeira como um fenômeno geral e o segundo como específico e pontual.

Em face de verificar o fenômeno do ativismo judicial na esfera brasileira, objeto específico de estudo deste artigo, é necessário estudar suas origens, definição e perspectivas. Quanto ao início do uso da denominação “ativismo judicial”, remonta a uma publicação de Arthur Schlesinger Jr. no jornal americano *Fortune* no ano de 1947 na qual o autor faz uma análise qualitativa dos ministros da Suprema Corte americana, classificando-os como ativistas ou não ativistas através de suas decisões cujos conteúdos davam proeminência às demandas e bem-estar social ou à contenção do judiciário.

Há controvérsias quando se busca uma definição para o ativismo do Judiciário, já que são amplas as suas causas e meios pelos quais pode ocorrer. Ainda que se obtenha dificuldade para a conceituação, sua definição, ainda que possível de acréscimos, nas palavras de Arthur Bezerra de Souza Junior é:

⁹ BARROSO, 2023, p. 162

¹⁰ Idem, 2023, p.163

O ativismo judicial é um fenômeno recente no sistema judicial brasileiro e que se faz sentir mais significativamente no Supremo Tribunal Federal. Corresponde a uma atuação criativa dos julgadores, buscando uma nova hermenêutica para produzir suas decisões com o intuito de conferir efetividade aos direitos constitucionalmente consagrados, principalmente, em caso de omissão dos poderes que detém a função primeira de regulamentá-los.¹¹

Faz uma considerável contribuição para o conceito de ativismo judicial através do Direito Comparado o professor Elival da Silva Ramos:

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.¹²

A explanação de Ramos, conquanto demonstre o viés negativo por ele adotado pois o considera uma anormalidade prejudicial ao bem-estar institucional do Estado, mostra também que esse fenômeno não se observa com tamanha relevância para os países de *common law*, já que a jurisprudência e hermenêutica jurídica são as regras nesse sistema. Em contramão, para países cujo direito deriva do sistema romano-germânico o ativismo jurídico, ainda que ocorra por meios formais, é passível de maior possibilidade de interpretação como uma ferramenta negativa ou positiva. Sob esse viés, o entendimento acerca do ativismo presente nos tribunais é

¹¹ SOUZA JUNIOR. Arthur Bezerra de. O ativismo judicial no supremo tribunal federal na garantia do direito à saúde. São Paulo. 2013.

¹² RAMOS, Elival da Silva Ramos. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

visto ora como positivo e responsável por angariar direitos aos indivíduos ora como danoso à repartição das competências de cada Função, o que poderia gerar instabilidade política. A primeira concepção é adotada pelo constitucionalista Luís Roberto Barroso em:

O ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).¹³

Através da passagem, compreende-se que o autor, mesmo com a ressalva de que o ativismo deve ser exercido legitimamente, entende como objetivo do exercício ativo do Judiciário a expansão das “potencialidades” da Constituição, além disso, também é capaz de se antecipar à delonga do Poder Legislativo em preencher lacunas no texto constitucional.

Em relação à segunda possibilidade de posicionamento (contrária ao ativismo judicial), nos dizeres de Ruy Nestor de Bastos Mello:

Tal fenômeno deve ser compreendido sempre numa conotação negativa porque acarreta a “desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”, notadamente do Legislativo, em especial quando do controle de constitucionalidade de suas normas ou através de decisões que inovam no ordenamento jurídico ou, ainda, daquelas fundamentadas em critérios impróprios de interpretação dos preceitos constitucionais. Importante, portanto, ao estabelecer os limites do ativismo judicial, apartá-lo da legítima e nobre atuação do Poder Judiciário.¹⁴

Desse modo, torna-se evidente que não há consenso doutrinário tanto para a definição do ativismo judicial como em relação aos malefícios ou benefícios dessa ferramenta cada vez mais utilizada pelos tribunais no Brasil, em especial o STF. É possível perceber, todavia, que os autores os

¹³ BARROSO, 2023, p. 163.

¹⁴ MELLO, 2021, p. 174-175

quais dissertam sobre o tema não costumam fazer ponderações, ou seja, seus posicionamentos, na maioria das vezes, encontram-se em extremos, seja para qualificar o como benéfico para a sociedade ou como maléfico, em especial, para as instituições estatais. Adiciona-se a isso a evidente tentativa dos juristas de adicionar suas apreciações do objeto de estudo nas próprias definições que criam, dificultando, assim, a tentativa de construir uma acepção menos parcial e majoritariamente aceita pela comunidade acadêmica.

4.2 O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

O pós-positivismo, corrente que contesta o positivismo clássico à medida que propõe uma aproximação entre o direito e a moral através de uma hermenêutica atualizada, é parte fundamental do neoconstitucionalismo, o qual, por sua vez, prioriza a proteção aos direitos e garantias fundamentais.

A partir disso, é de notoriedade que há um aumento exponencial do número de ações movidas no Judiciário pleiteando a efetivação de algum direito fundamental, como o direito à educação, à saúde e à moradia, por exemplo. Desse modo, demonstra-se que há um descompasso entre a atuação do Legislativo no que concerne à formalização de algumas dessas garantias de modo específico e menos generalista como consta na CFRB/88 e do Executivo na execução de políticas públicas. Assim, de acordo com Marchest e Fonseca, “faz-se necessária a atuação ativista do julgador a fim de permitir a concretização dos direitos fundamentais garantidos na Carta Constitucional, comunicando-lhes plena eficácia”.¹⁵

Destaca-se que muitos autores, como Hartman, consideram ainda que há uma obrigatoriedade, para além da possibilidade, do Poder Judiciário atuar na manutenção e garantia do exercício daqueles direitos positivados na Lei Maior, nas palavras da autora:

Por conta da crise de efetividade enfrentada pelos direitos fundamentais sociais na atualidade, não há

¹⁵ MARCHAST, Makena; FONSECA, Leonardo Alvarenga da. A legitimidade democrática do ativismo judicial para a concretização de direitos fundamentais. Jacarezinho. 2013.

como se afastar a possibilidade do Poder Judiciário atuar concretizando aqueles direitos previstos no texto constitucional, determinando tanto a garantia individual de bens e serviços quanto a adoção de políticas públicas.¹⁶

Ademais, a CFRB/88 legitimiza a interpretação de normas constitucionais e leis federais, pois se entende que o Constituinte já supunha à sua época que a vontade da maioria, a qual se costuma conferir legitimidade, pode confrontar os próprios direitos fundamentais e a segurança de minorias e populações marginalizadas. Desse modo, surgiria a necessidade da pronta atuação do STF no que diz respeito a conservação desses direitos e sua aplicação.¹⁷

Entende-se ainda que tão somente a criação de normas no Legislativo não garante a aplicação dessas no cenário factual, ou seja, faz-se necessária a efetivação das leis cujo conteúdo se relaciona às garantias fundamentais. À princípio, como exposto, o exercício da concretização dessas normas é de responsabilidade do Executivo através das políticas públicas da administração orçamentária, no entanto, recorrentemente essa atuação não se faz presente, ou, ao menos, não de forma satisfatória. Nesses casos, o Judiciário através de seus mecanismos processuais, quando solicitado, deixará sua inércia para assumir a posição ativa, sendo vedada a mera abstenção justificada no princípio de não intervenção nos encargos de outro Poder.¹⁸

Justamente quando se trata de políticas públicas, como consequência de preceitos fundamentais positivados na CFRB/88, compreende-se que o mínimo existencial, o qual é a fruição por um indivíduo de seus direitos básicos, sobressair-se-ia sobre a teoria da reserva do possível, que compreende a impossibilidade, em regra financeira, clamada pelo Estado de arcar com o cumprimento de direitos sociais.¹⁹

Portanto, é possível concluir que, sob a óptica dos autores apresentados, há um convergir para o entendimento do ativismo judicial como um mecanismo capaz de, caso os demais Poderes não se posicionem

¹⁶ HARTMANN, M. C. B. *Ativismo Judicial e a concretização de prestações sociais*. 2011.

¹⁷ RAMOS, 2010 apud MARCHAST; FONSECA, 2013, p. 152

¹⁸ MORETTI, D.A.A.; FLAVIO DA COSTA, Y. *A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público*. 2016.

¹⁹ MORETTI; COSTA, 2016, p. 125-126.

ativa e prontamente, assegurar a concretização de direitos e garantias fundamentais a fim de que mantenha-se o Estado Democrático de Direito, no que concerne à evitar tanto que propostas de representantes políticos, embora legitimados pelos Poderes majoritários dos quais fazem parte, coloquem sob risco disposições da Constituição Federal de 1988 como garantir o acesso aos seus direitos àqueles que os pleiteiam por vias judiciais.

5 CASOS DE ATIVISMO JUDICIAL SOB A CLASSIFICAÇÃO DE BARROSO

Em seguida, serão vistos concisamente os casos em que o STF adotou postura ativista nas hipóteses apontadas por Barroso²⁰ sendo elas: ``a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária``; ``b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador``, como no caso da cláusula de barreira; e por último, ``c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador`` a qual recai sobre o caso da criminalização da homotransfobia.

O estudo qualitativo desses casos será utilizado, como previsto, para o entendimento acerca do ativismo judicial na prática e o processo pelo qual ele se revela. Ademais, buscar-se-ão possíveis correlações entre os casos a fim de chegar a uma conclusão da sua natureza e suas consequências para o equilíbrio entre os Poderes e para o ordenamento jurídico.

5.1 CASO I- FIDELIDADE PARTIDÁRIA

À priori, é imprescindível caracterizar o instituto da fidelidade partidária para que se possa entender a forma como essa se aplica ao caso brasileiro e sua relação (como consequência) do ativismo judicial. Em

²⁰ BARROSO, 2023, p. 163.

seguida, será apresentado o processo de discussão nos Tribunais Superiores acerca do tema. Por fim, a relação do instituto com o ativismo do judiciário.

Nesse sentido, o professor Amandino Teixeira Nunes Junior, a partir dos pressupostos de diversos autores, caracteriza como elementos da fidelidade partidária:

- i) lealdade ao partido político e cumprimento dos deveres pelos filiados em geral e, sobretudo, por seus membros eleitos com assento em casas legislativas;
- ii) observância do programa e dos objetivos partidários;
- iii) acatamento das decisões tomadas em suas instâncias deliberativas, tais como: convenção, diretórios, executivas, etc.²¹

Nunes Junior compreende que a fidelidade partidária é mais firmemente consolidada em países como Estados Unidos, França e Alemanha devido a existência histórica de um forte sistema eleitoral e partidário, o que gera uma confiança entre o eleitor e seu representante, e esse último, por defender os ideais do partido ao qual se filiou durante as eleições, geralmente consegue garantir a reeleição ou vencer a disputa para outro cargo. Portanto, nesses casos a fidelidade partidária seria implícita e sem necessidade de intensa regulamentação. Entretanto, no caso brasileiro, devido a recente saída de um regime militar ditatorial e incipiente sistema eleitoral, além do histórico patrimonialismo, a discussão e regimento acerca desse instituto passou a ser travada, em especial no STF e no TSE (Tribunal Superior Eleitoral).

Em relação ao paradigma constitucional, Nunes Junior²² expõe que a Constituição Federal de 1988 além de não dispor sobre penas oriundas da infidelidade partidária, não permite a perda de mandato quando realiza um rol taxativo no art. 55 que não prevê essa sanção pelo motivo acima. Entretanto quando se analisa as leis infraconstitucionais, especialmente a Lei nº 4737/1965, a qual instituiu o Código Eleitoral, e a Lei nº 9.096/1995, dos Partidos Políticos, vê-se que a primeira anterior à CF/88 disciplina que é necessária a filiação a um partido para concorrer às eleições, já a

²¹ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A judicialização da política no Brasil: os casos das comissões parlamentares de inquérito e a fidelidade partidária. Brasília. 2016.

²² Idem, 2016, p. 70-72.

segunda, posterior à CFRB/88, apresenta em seu art.25 a possibilidade de perda do mandato por infidelidade partidária, o que contraria diretamente o art.55 da CFRB/88.

Já na perspectiva da jurisprudência²³, inicialmente, a Consulta nº 1398/2007 foi proposta pelo Partido da Frente Liberal (atual DEM) ao TSE a fim de questionar se o partido tem direito a preservar a vaga na hipótese de cancelamento da filiação do candidato eleito ou por ter sido realizada uma troca de legenda. A resposta do TSE foi positiva ao questionamento, em uma votação de 6 votos contra 1. Como consequência, o Presidente da Câmara dos Deputados recebeu diversos requerimentos de partidos para declarar a vacância de vários mandatos pela troca de legenda. Em seguida, para solução desses requerimentos; o PSDB, PPS e PFL impetraram os Mandados de Segurança de números 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF junto ao STF, os quais tiveram como resposta a reiteração do disposto na consulta nº 1.398/2007 e que a vacância do cargo dependeria de assegurar ao parlamentar o direito de ampla defesa.

Além disso, ainda em 2007, o deputado Nilson Mourão (PT) propôs a Consultanº1.407 ao TSE, na qual é ampliada a resposta da Consulta nº 1.398 para que a perda de mandato por infidelidade partidária passe a abranger também os candidatos eleitos pelo sistema majoritário. A princípio, essa expansão foi aceita pelo STF, porém seu entendimento mudou através da ADI nº 5.081/DF, na qual decidiu que para os candidatos eleitos para cargos majoritários manteriam seu posto neste caso. Por fim, em uma sessão ordinária em outubro de 2007, o TSE aprovou a Resolução nº 22.610, a qual se pretendia a regular o processo de perda de mandato por infidelidade partidária e de justificação de desfiliação partidária, todavia o partido PSC e o Procurador Geral da República ajuizaram as ADIs de nº 3.999/DF e 4.086/DF perante o STF e este concluiu pelo não procedimento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.²⁴

O caso da infidelidade partidária é emblemático ao se tratar do ativismo judicial pois os Tribunais Superiores se valeram de princípios constitucionais para argumentar em decisão sobre uma hipótese não presente na mesma, com a ressalva de que no julgamento das ADIs de nº 3.999-DF e 4.086-DF o STF dispôs que:

²³ Idem, 2016, p. 81-88.

²⁴ NUNES JUNIOR, op. cit.

o caráter excepcional e transitório da Resolução TSE nº 22.610/2007 para salvaguardar a observância da fidelidade partidária, “enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronuncia”²⁵

São diversas e múltiplas as discussões sobre os efeitos e consequências das reiteradas decisões tanto do TSE como do STF sobre a perda de mandato por infidelidade partidária. Aspectos positivos e negativos podem ser mencionados dessa jurisprudência que apresenta força normativa, no entanto, o ponto de encontro de múltiplos autores recai sobre a falta de legitimidade dos órgãos citados para operar sobre o tema, em que pese há necessidade de devolutiva do Judiciário quando acionado para resolver um conflito. Essa falta de legitimidade recairia sobre um excesso de atuação do Judiciário sobre área do Legislativo, e nesse caso, por se tratar de um aspecto que envolve de modo direto tanto a política quanto o sistema eleitoral e representativo, decisões não emanadas do Poder legitimado podem causar insegurança jurídica e institucional.

Ademais, reitera-se que o Judiciário foi incitado a conceder um posicionamento sobre a fidelidade partidária periodicamente através de Consultas, Mandados de Segurança e ADIs, por isso, é possível avaliar que: embora os resultados obtidos representaram a atuação desse poder atuando no campo do Legislativo, é questionável se houve uma postura proativa por parte do STF e TSE ou se esses órgãos apenas se posicionaram perante uma demanda de grupos e partidos políticos.

5.2 CASO II-CLAUSULA DE BARREIRA

A Cláusula de Barreira, a qual assume também a nomenclatura Cláusula de Desempenho, é um instituto de diversas Democracias representativas cuja pretensão é, através de uma determinada porcentagem e distribuição entre as províncias ou estados dos votos arrecadados por cada partido no pleito eleitoral, promover um filtro para legendas que alcancem esse mínimo requisitado e que irão dispor de recursos (fundo eleitoral público e tempo de reprodução no horário eleitoral radio televisionado) que

²⁵ NUNES JUNIOR, op. cit., p. 80.

não estariam mais acessíveis, ao menos em sua integralidade, às demais legendas que não alcançaram a porcentagem necessária.

A definição da Cláusula de Desempenho é também desenvolvida pelo constitucionalista Marco Anthony Steveson Villas Boas:

Trata-se de um mecanismo legal, originário do Direito Alemão, que estabelece apoio popular mínimo, baseado em número ou percentual de votos obtidos na eleição do parlamento federal, para que o partido político possa ter livre funcionamento parlamentar. Tal instituto foi criado para funcionar como uma espécie de filtro no controle quantitativo dos partidos políticos.²⁶

Villas Boas apresenta uma clara e precisa definição, entretanto, em um entendimento contrário ao do autor, no caso de um partido sofrer os impedimentos oriundos da Cláusula de Barreira, entende-se que seu livre funcionamento, em sentido estrito, continuará a ocorrer de modo típico, ainda que possivelmente se encontre dificuldades na disputa eleitoral seguinte devido à redução de recursos disponíveis àquele partido que não atinja os requisitos da Cláusula.

Ademais são relevantes para o debate acerca da implementação do instituto supracitado os fundamentos tanto favoráveis quanto contrários a ele. Em princípio, observa-se que o multipartidarismo amparado pela Lei Maior brasileira resultou em aspectos os quais influenciam diretamente o cotidiano político do país, de modo que um deles é o presidencialismo de coalizão, e a necessidade de se formar uma base no Congresso Nacional afim de que o Presidente da República, com o auxílio dos Ministros de Estado, obtenha a possibilidade de executar seu plano de governo e cumprir com as expectativas da população. Sob esse prisma, portanto, a Cláusula de Desempenho seria vista positivamente na medida em que diminuiria a fragmentação partidária no Parlamento e fomentaria uma dinâmica menos complexa e mais previsível das Casas do Congresso Nacional.

Em contrapeso à visão positiva apresentava, está a Democracia como pilar do Estado Democrático de Direito, de forma que o pluripartidarismo estaria intrinsecamente relacionado ao pluralismo

²⁶ VILLAS BOAS, Marco Anthony Stevenson. A cláusula de barreira no direito brasileiro. Palmas. 2013.

político, necessário para a consolidação e plenitude da Democracia brasileira²⁷, e muito embora a ferramenta eleitoral aqui analisada não tenha como pretensão extirpar a existência dos partidos políticos, pode-se entender que ao enfraquecê-los, enfraqueceria também o pluralismo político, e consequentemente, a qualidade da Democracia representativa nacional.

O histórico da Cláusula de Barreira no Brasil remonta à primeira metade do século XX, todavia, analisar-se-á seu percurso a partir da CFRB/88, a fim de se restringir a análise ao período considerado neste artigo e para que as conclusões obtidas sirvam de arcabouço para o panorama maior: o ativismo judicial após a CFRB/88.

À vista disso, é sabido que a Constituição Federal brasileira, à época de sua promulgação, não previa qualquer Cláusula de Desempenho, de forma que privilegiava, no art.17, o pluripartidarismo sem qualquer forma de exclusão baseada em critérios eleitorais quantitativos. Além disso, segundo Fernandes Neto e Cunha,²⁸ o constituinte não apenas omitiu este instituto da Constituição ou o delegou à norma infraconstitucional, como ativamente adotou posição contrária à sua implementação.

Em um primeiro momento, as disposições sobre desempenho eleitoral foram inseridas no ordenamento jurídico através da Lei nº 8.713 de setembro de 1993, cujas determinações contidas no art. 5 §§ 1º e 2º logo foram declaradas inconstitucionais pelo STF através da ADInº 966/DF relatada pelo min. Marco Aurélio de Mello. Posteriormente, por meio da Lei nº 9.096/95, foram novamente incluídas no art.17 da CFRB/88 os dispositivos de barreira os quais determinavam que seriam necessários para o funcionamento pleno dos partidos que estes angariassem cinco por cento dos votos nas eleições gerais, em pelo menos um terço dos Estados, com o mínimo de dois por cento em cada um (Fernandes Neto; Cunha, 2019, p. 201- 2).

Contudo, assim como ocorrido com a Lei nº 8.713, foram impetradas no STF, duas ADIs, nº 1.351/DF e nº 1.354/DF, ainda no ano de 1995, com o min. Marco Aurélio de Mello como relator, pelos partidos

²⁷ VILLAS BOAS, 2013, p. 18.

²⁸ FERNANDES NETO, Raimundo Augusto; CUNHA, Jânio Pereira da. A nova cláusula de barreira e a sobrevivência das minorias. Curitiba. 2019.

a saber: PDT, PPS, PcdB e PSC. O julgamento foi finalizado em dezembro de 2006, e foram declaradas por unanimidade procedentes.²⁹

A Cláusula de Barreira, mesmo com os diversos pareceres contrários à sua implementação pelo STF, tornou-se novamente matéria legislativa no ano de 2016 quando a PEC 36/2016 de autoria do Senador Ricardo Ferraço (PSDB/ES) foi aprovada no Senado e caminhou para a Câmara dos Deputados sob o número 282/2016. Após a aprovação no Congresso Nacional a Emenda Constitucional 97/2017 foi promulgada em 5 de outubro de 2017. Dentre os dispositivos presente na EC 97/2017 os quais atuam no art.17 da CFRB/88 estão:

Art.

17.....

[...]

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

- obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou
- tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

[...]

§ 5º Ao eleito por partido que não preencher os requisitos previstos no § 3º deste artigo é assegurado o mandato e facultada a filiação, sem perda do mandato, a outro partido que os tenha atingido, não sendo essa filiação considerada para fins de

²⁹ FERNANDES NETO; CUNHA, 2019, p. 202.

distribuição dos recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e de televisão (Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017).

É importante ressaltar que a EC 97/2017 propôs um aumento progressivo da porcentagem de votos válidos necessária para os partidos nas eleições de 2018, 2022 e 2026 de, respectivamente, 1,5%; 2,0% e 2,5% até que se chegue aos 3% nas eleições gerais de 2030.

Portanto, é possível concluir que o caso da Cláusula de Barreira é um célebre exemplo da segunda possibilidade de ativismo judicial segundo a compreensão de Barroso. Ou seja, houve reiteradas declarações de inconstitucionalidade em relação a atos normativos emanados do Legislativo em plena capacidade de suas funções, de modo que a hermenêutica extensiva utilizada pelo órgão máximo do Judiciário brasileiro atingiu também, nesse caso, a função legiferante do Congresso Nacional, cerceando-a sob a interpretação do Supremo Tribunal Federal.

5.3 CASO III-CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

A criminalização da homotransfobia em 2019 pelo STF ocorreu após a decisão do colegiado em relação à ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) nº 26/DF a qual foi impetrada pelo Partido Popular Socialista (PPS) junto ao MI (Mandato de Injunção) nº4733 impetrado, por sua vez, pela ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros), ambas contra o Congresso Nacional. Portanto, como será pormenorizado adiante, este caso é relativo à terceira hipótese de ativismo judicial proposta pelo min. Luís Roberto Barroso, estabelecida pela possibilidade do Judiciário em se pronunciar diante da inércia tanto do legislador como do Poder Legislativo.

Inicialmente, o STF chegou ao entendimento da necessidade de se promover meios de garantir a integridade da condição humana da população LGBTQIA+³⁰, que muitas vezes é vítima de inúmeras mazelas

³⁰ A sigla LGBTQIA+ representa: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Travestis, Queer, Intersexuais e Assexuais. O “+” representa as demais orientações sexuais e identidades de gênero reivindicadas.

sociais e discriminações. A decisão da Corte se valeu de argumentação baseada na dimensão social do racismo como fato que ultrapassaria fatores biológicos ou fenotípicos para enquadrar a homotransfobia na Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo), a qual prevê pena de reclusão de 2 a 5 anos para aqueles que praticarem atos de discriminação ou injúria em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

A votação foi favorável à ADO nº26/DF e ao MI nº4733, por 8 votos a 3. Dentre as argumentações favoráveis, encontram-se a do Ministro relator Celso de Mello o qual indica a necessidade de criminalizar a homotransfobia a fim de proteger esses indivíduos, embora o STF não possa realizar uma tipificação penal para o caso por fugir de sua competência, além disso, incluiu em seu voto a omissão do Legislativo perante a LGBTQIA+fobia. O Ministro Edson Facchin segue a linha de Mello e aponta que o STF pode realizar a interpretação de condutas criminosas a fim de preservar os direitos fundamentais. Ademais, os Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Carmem Lúcia votaram semelhantemente aos Ministros Celso de Mello e Facchin³¹.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio proferiram os votos contrários no julgamento. O primeiro não acordou com a inserção da homofobia e transfobia na Lei do Racismo e ressaltou que caberia ao Legislativo a tarefa de regular esse tema, no entanto, entendeu que há uma mora desse Poder em legislar nesse caso. O segundo, Dias Toffoli, seguiu a análise de Lewandowski quanto a necessidade de o Congresso Nacional tratar sobre a criminalização da LGBTQIA+fobia e entendeu que havia uma demora para tanto. Já o terceiro entendeu que a Lei de Racismo não poderia ser ampliada em razão da taxatividade dos crimes já nela previstos e que o Legislativo não estava em mora para legislar.³²

Dentre as críticas à decisão do STF, Matheus Andrade Braga argumenta que este órgão do Judiciário não considerou o princípio da reserva legal, indicando que esse princípio relativo ao Direito Penal é essencial para o Estado Democrático de Direito no que diz respeito à segurança jurídica dos cidadãos. Nesse sentido, diz Braga que:

³¹ AMORIM, Eduardo Borges; AMORIM, Arthur Borges; PEREIRA, Ana Cláudia Negrão. O entendimento do supremo tribunal federal à respeito da transfobia e homofobia como racismo. 2021.

³² AMORIM; AMORIM e PEREIRA, 2021, p. 1181357

Ocorre que a extensão de tipo penal (no caso, dos tipos constantes da Lei 7.716/89), para fins de enquadramento de condutas não especificamente previstas pela norma incriminadora (atos de homofobia e transfobia), macula frontalmente o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”).³³

Ademais, o autor também apresenta como outra ferramenta utilizada pelo STF no caso da ADO nº26 e do MI nº4733 a analogia *in malam partem*. Essa ferramenta hermenêutica poder ser explicada da seguinte maneira:

No caso da analogia *in malam partem* significa utilizar uma lei que é prejudicial ao réu, em decorrência da omissão do legislador em criminalizar uma determinada conduta, o judiciário aplica a analogia para os casos que são semelhantes a um crime, ou seja, verifica se tal conduta é semelhante a uma conduta já tutelada pelo legislativo.³⁴

Amorim, Amorim e Pereira³⁵ também criticam a decisão pois entendem que a analogia aplicada à norma dentro do âmbito do Direito Penal contraria justamente o princípio da reserva legal, haja visto que apenas o Congresso Nacional tem competência para legislar sobre matéria de Lei que vise a criminalização de alguma conduta.

Por conseguinte, é possível concluir através do caso da criminalização da homotransfobia pelo STF que se buscou uma solução jurídica para determinada demanda social legítima e de extrema relevância em razão da alegada inércia do Poder Legislativo. O Colegiado o fez, contudo, através da inclusão dessa previsão na Lei de Racismo por meio de analogia *in malem partem*, o que não se entende como um mecanismo possível de se utilizar porque viola o princípio da reserva legal. Ademais, foi postulada a provisoriedade da conclusão alcançada pelo STF, como

³³ BRAGA, Matheus Andrade. Nas entrelinhas da jurisdição constitucional: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira. Fortaleza: Editora Mucuripe. 2019.

³⁴ AMORIM; AMORIM e PEREIRA, op. cit., p. 118143

³⁵ AMORIM; AMORIM e PEREIRA, op. cit., p. 118143

foi ressaltado na resposta à ADO nº 26, esse posicionamento apenas se manteria enquanto não fosse promulgada norma legislativa a respeito. Portanto, para que os direitos da comunidade LGBTQIA+ sejam efetivados urge a necessidade de que se deem pelo processo legislativo consagrado na CFRB/88 a fim de que sua legitimidade não seja questionada, uma vez que o artifício jurídico utilizado pelo STF, o guardião da Constituição, contraria diversas premissas constitucionais consolidadas e de extrema importância para garantir a segurança jurídica.

5.4 CORRELAÇÕES ENTRE OS CASOS I, II E III

Os três casos estudados foram designados pelo Ministro Luís Roberto Barroso para representarem cada uma das hipóteses em que haveria o fenômeno do ativismo judicial no STF. Embora as dinâmicas pelas quais se originaram os casos foram distintas, sendo o caso I iniciado através de uma Consulta, o II por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e o caso III foi iniciado por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, todas apresentam um polo de discussão objetiva e outro subjetivo. Sob esse prisma, é esperado que as mais diversas análises subjetivas sejam realizadas em relação às consequências oriundas de cada julgado, tanto positivas quanto negativas. Entretanto, de maneira objetiva, ao se observar os procedimentos e meios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, chega-se ao entendimento de que se recorre frequentemente a artificialidades e interpretações que, muitas vezes, não consideram a Constituição em sua plenitude.

Ademais, é importante para o critério da segurança jurídica o entendimento de quais ramos do Direito estão dispostos os julgamentos apresentados. Assim, nota-se que enquanto os casos I e II estão ligados à esfera do Direito Eleitoral, o caso III relaciona-se ao Direito Penal. Dessa forma, todos estão ligados a extensões de caráter especialmente delicadas do Direito, haja visto que os dois primeiros são capazes de influenciar diretamente nas eleições, pilar essencial para a Democracia representativa e para o Estado Democrático de Direito, e que está cada vez em maior ênfase no Brasil, país que apenas recentemente se desvinculou de uma ditadura militar. Já o terceiro e último dialoga com o Direito Penal, sendo essa área de regulamentação exclusiva da Federação e que deve preconizar

a segurança jurídica e os preceitos fundamentais para a criação de um tipo penal, para que lhe seja conferido legitimidade.

Destarte, os três casos explorados e descritos apresentam diversas faces do ativismo judicial as quais convergem para a visíveis desavenças entre os Poderes Legislativo e Judiciário, especialmente nos casos I e II, nos quais tanto a Fidelidade Partidária como a Cláusula de Barreira foram reiteradamente incrementadas a diversas legislações seguidas de disposições contrárias expedidas pelo STF e TSE de modo que se esboça uma crise institucional cuja intensidade cresce em nível exponencial.

CONCLUSÃO

Os métodos e análises utilizados neste artigo convergem para um entendimento de que a dicotomia visualizada -garantia e efetivação de direitos em oposição à usurpação do processo legislativo pelo STF- não se mostra válida, haja visto que as duas não podem ocorrer concomitantemente.

O porquê dessa observação é simples, entretanto, por vezes, é também despercebido. Isso devido ao excesso de competência pelo STF ocorrer anteriormente à garantia de algum direito por meio do Ativismo Judicial, já que a própria garantia, ou até mesmo a inovação de alguma norma, por meio da hermenêutica constitucional do STF, pressupõe que houve subtração de competência a qual seria originalmente do Legislativo. Desse modo, seguindo a linha de raciocínio do Constituinte, não se pode construir ou criar uma norma a partir de uma ação que viole a própria tripartição dos Poderes, ou seja, uma ação inconstitucional em sua essência.

Há também de se fazer a distinção entre o Ativismo que de fato outorga ao Judiciário o poder legiferante e o Ativismo no qual Supremo Tribunal Federal reconhece que há uma omissão, mas também a competência legislativa do Congresso Nacional e, portanto, autoriza um prazo para que este órgão realize o processo legislativo ordinário em resposta à sua solicitação. Assim, há de se notar que nessa última hipótese não há excesso no exercício do STF, em vista que ratifica a necessidade do Poder competente se manifestar.

Ademais, devido à própria necessidade iminente de concretização de direitos, não se entende que esses sejam garantidos concretamente por meio de um processo atípico e pouco consagrado, já que uma Lei aprovada em Plenário do Congresso Nacional se fortalece pela legitimidade conferida aos Deputados e Senadores como representantes de um Poder majoritário. Ou seja, é de suma importância que direitos e garantias fundamentais para além de estabelecidos, sejam também concretizados, e o meio pelo qual ocorre essa formulação e efetivação deve conferir solidez e estabilidade aos avanços normativos obtidos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Eduardo Borges; AMORIM, Arthur Borges; PEREIRA, Ana Cláudia Negrão. O entendimento do supremo tribunal federal à respeito da transfobia e homofobia como racismo. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 12, p. 118120-118150, 2021. DOI: 10.34117/bjdv7n12-529 Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/41491>. Acesso em: 16 out. 2023.

BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. SP: Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN9786553624788. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 28 ago.2023

BRAGA, Matheus Andrade; DINIZ, Juliana (org); ARAÚJO, Geórgia Oliveira (coord); SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **NAS ENTRELINHAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ESTUDOS CRÍTICOS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA**. 1ª ed. Fortaleza: Editora Mucuripe, 2019. ISBN 9788554926267. Acesso em: 22 out. 2023

BRASIL. Constituição (1891). Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de **1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 28 ago. 2023

BRASIL. **Emenda Constitucional n° 97 de 4 de outubro de 2017.** Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 5 de out de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm. Acesso em: 12 out.2023

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

FERNANDES NETO, Raimundo Augusto; CUNHA, Jânio Pereira da. A nova cláusula de barreira e a sobrevivência das minorias. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol.6, n. 1, p. 189-219, jan./ abr. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/58085>. Acesso em: 14 out 2023

FILHO, Manoel Gonçalves F. **Curso de Direito Constitucional**. SP: Grupo GEN, 2022. E- book. ISBN 9786559644599. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644599/>. Acesso em: 28 ago. 2023.

HARTMANN, M. C. B. ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DE PRESTAÇÕES SOCIAIS. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 9, n. 9, p. 153– 169, 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/54>. Acesso em: 9 set. 2023.

MARCHEST, Makena; FONSECA, Leonardo Alvarenga da. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP**, Jacarezinho, n. 19 (julho/dezembro), 2013. Disponível em: https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/539/pdf_38. Acesso em: 20 out. 2023.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. O ATIVISMO JUDICIAL DO STF EM FACE DO LEGISLATIVO: IDENTIFICAÇÃO DE LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ANÁLISE CRÍTICA DE DECISÕES SOBRE A

REFORMA POLÍTICA. **Revista Populus**. Salvador, 2021. Disponível em: <https://eje.tre-ba.jus.br/mod/page/view.php?id=4226>. Acesso em: 8 set. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. SP: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN9786559774944. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 26 ago. 2023

MORETTI, D. A. A.; Flávio da Costa, Y. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 17, n. 1, p. 111–134, 2016. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/750>. Acesso em: 22 out 2023

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A Judicialização da Política no Brasil: os Casos das Comissões Parlamentares de Inquérito e da Fidelidade Partidária**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. – (Série temas de interesse do legislativo; n. 30). *E-book*. ISBN 978-85-402-0390-7. Disponível em: <https://livraria.camara.leg.br/a-judicializacao-da-politica-no-brasil-os-casos-das-comissoes-parlamentares-de-inquerito-e-da-fidelidade-partidaria>. Acesso em: 23 out. 2023.

PASTANA, Luís Fernando de Souza. **UMA PEQUENA ANÁLISE SOBRE O PROCESSO**

LEGISLATIVO BRASILEIRO. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, 2014. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/uma-pequena-analise-sobre-o-processo-legislativo-brasileiro>. Acessado em: 25 ago. 2023.

RAMOS, Elival da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos, 2ª ed.** SP: Editora Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502622289. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 9 set. 2023.

SOUZA JUNIOR, A. **O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho. São Paulo, p.125, 2013.

TAVARES, Andre R. **Curso de direito constitucional**. SP: Editora Saraiva, 2023. *E- book*. ISBN 9786553625792. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625792/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. A cláusula de barreira no direito brasileiro. **Revista Jurídica do TRE-TO**, Palmas, ano 7, n. 1-2, p. 9-72, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/7960>. Acesso em: 12 out. 20