

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACIG

**ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: ANÁLISE DOS LIMITES ENTRE  
SUPRIMENTO A OMISSÃO LEGISLATIVA E O EQUILÍBRIO DE  
PODERES**

Jackson Pereira dos Reis

**JACKSON PEREIRA DOS REIS**

**ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: ANÁLISE DOS LIMITES ENTRE  
SUPRIMENTO A OMISSÃO LEGISLATIVA E O EQUILÍBRIO DE  
PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado no Curso Superior de Direito  
do Centro Universitário UNIFACIG, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito  
Constitucional, Direito Administrativo  
Orientadora: Prof. Milena Cirqueira Temer

Manhuaçu  
2021

**JACKSON PEREIRA DOS REIS**

**ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: ANÁLISE DOS LIMITES ENTRE  
SUPRIMENTO A OMISSÃO LEGISLATIVA E O EQUILÍBRIO DE  
PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado no Curso Superior de Direito  
do Centro Universitário UNIFACIG, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito  
Constitucional, Direito Administrativo  
Orientadora: Prof. Milena Cirqueira  
Temer

Banca examinadora

Data da aprovação: 09 de Julho de 2021

Prof. Msc. Camila Braga Corrêa; Centro Universitário UNIFACIG;

Prof. Msc. Fernanda Franklin Seixas Arakaki; Centro Universitário UNIFACIG;

Prof. Msc. Milena Cirqueira Temer; Centro Universitário UNIFACIG.

## RESUMO

A presente monografia busca analisar as origens do ativismo judicial, seus fundamentos teóricos e jurídicos e sua ligação com o modelo tripartite de poderes, bem como as circunstâncias que levaram ao seu fortalecimento em nossa ordem constitucional, analisando sua presença em casos práticos, bem como suas consequências no Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, inclusive trazendo os posicionamentos doutrinários que avaliam os pontos positivos e negativos da utilização dessa ferramenta por parte do Poder Judiciário para a preservação de nosso ordenamento jurídico, garantia do bem-estar social e efetivação de direitos e respeito aos princípios constitucionais. Para tanto, foi feita uma abordagem relativa à origem tanto da separação de poderes, como do ativismo judicial, explicando como os dois assuntos estão interligados. Ademais, busca-se aferir quais são os fatores que levaram ao fortalecimento da atuação de juízes e tribunais em decisões que contrariem diretamente dispositivos legais na tentativa de proteger direitos e garantias dos cidadãos face à omissões ou excessos do Estado no exercício de suas atribuições. Nesse sentido, faz-se uma análise da tênue linha entre o que caracteriza uma decisão discricionária do juiz ou tribunal que afaste a aplicação de determinado dispositivo legal de modo a garantir a aplicação da Constituição, e uma decisão política, que exceda as atribuições do juiz e passe a se justificar em fundamentos políticos ou ideológicos daquele que deveria ser isento de tais ideais em suas decisões. Por fim, tem-se um estudo doutrinário acerca das consequências sociais e jurídicas do ativismo judicial em nosso país, demonstrando a importância dessa prática quando adotada no contexto adequado e dentro dos limites da razoabilidade e avaliando qual seria a melhor proposição para buscar definir, de maneira mais objetiva, até quando o ativismo judicial pode ser benéfico ou prejudicial a nossa ordem constitucional.

**Palavras-chave:** Separação de poderes. Constituição Federal. Ativismo judicial. Estado democrático de direito.

## SUMÁRIO

|                                                   |           |
|---------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>                          | <b>6</b>  |
| <b>2 O SISTEMA TRIPARTITE.....</b>                | <b>8</b>  |
| <b>2.1 História da teoria.....</b>                | <b>8</b>  |
| <b>2.2 Aplicação no Brasil.....</b>               | <b>12</b> |
| <b>3 O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>                 | <b>15</b> |
| <b>3.1 Conceituação e história.....</b>           | <b>15</b> |
| <b>3.2 O Ativismo no Brasil.....</b>              | <b>17</b> |
| <b>4 O ATIVISMO NA PRÁTICA.....</b>               | <b>20</b> |
| <b>4.1 Ativismo na proteção aos direitos.....</b> | <b>20</b> |
| <b>4.2 Da insegurança jurídica.....</b>           | <b>21</b> |
| <b>5 DOUTRINA SOBRE O TEMA.....</b>               | <b>24</b> |
| <b>5.1 Posição dos críticos.....</b>              | <b>24</b> |
| <b>5.2 Posições favoráveis.....</b>               | <b>26</b> |
| <b>6 CONCLUSÃO.....</b>                           | <b>29</b> |
| <b>7 REFERÊNCIAS.....</b>                         | <b>31</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Ativismo judicial é o termo utilizado para definir a prática de juízes e tribunais que tomem decisões que extrapolem os limites estabelecidos no ordenamento jurídico, na resolução de conflitos objetivos ou subjetivos (RAMOS, 2015).

O fenômeno tem ganhado força ultimamente em nosso país, especialmente após a promulgação da CRFB/88, que prevê o controle de constitucionalidade com base em princípios e preceitos constitucionais, criando margem para intervenção na desse poder na política parlamentar e social (TEIXEIRA, 2012).

Sendo assim, diante do problema em se definir até que ponto o ativismo judicial pode ser positivo ou negativo na garantia de direitos e proteção da ordem constitucional, o objetivo do presente trabalho é analisar os limites da atuação do Judiciário em demandas que envolvam as atividades típicas dos demais poderes, além de trazer esclarecimentos sobre a origem do ativismo judicial e como ele está ligado ao estado democrático de direito, justificando-se na necessidade de profissionais de Direito em compreender essa questão altamente relevante do ramo que estão em pauta tanto nos tribunais quanto no meio acadêmico.

Para isso, será feita uma análise do surgimento e das modificações na teoria da separação de poderes que foi desenvolvida por Montesquieu a partir das ideias do filósofo Aristóteles, e alterada durante os anos até se chegar ao sistema adotado no Brasil atualmente, e como o surgimento do ativismo judicial como é consequência desse sistema, bem como as condições e circunstâncias presentes no cenário brasileiro possibilitaram o fortalecimento dessa prática, em especial após a promulgação da Constituição de 1988 (TEIXEIRA, 2012).

Aborda-se também casos relevantes de interferência do judiciário na esfera de atuação dos demais poderes da República, buscando compreender em quais situações pode se aferir a ocorrência de práticas ativistas por parte dos magistrados, e quando as decisões, embora interferindo nas funções típicas dos demais poderes, mantiveram-se dentro dos limites legais na nobre função de proteger a sociedade de omissões ou arbitrariedades por parte do Estado e garantir a vigência da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito.

Por fim, será feita uma análise doutrinária a respeito do tema, mostrando a complexidade da discussão e do estabelecimento de tais limites, inclusive quando o assunto é abordado por estudiosos renomados em nosso país.

A presente monografia justifica-se na necessidade da compreensão desse fenômeno pelos operadores de direito, uma vez que tem ganhado forte notoriedade em nosso País, exercendo importante papel não somente nos rumos do mundo jurídico mas, também na política, e influenciando a vida de todos os cidadãos.

## 2 O SISTEMA TRIPARTITE

### 2.1 História da Teoria

A origem da separação de poderes é creditada ao filósofo Aristóteles, que acreditava na existência de três poderes essenciais ao governo: um que decide a respeito dos negócios do Estado, um que engloba todos os cargos e órgãos necessários à ação do Estado; e o último, mas não menos importante, que, que engloba os cargos necessários ao exercício da jurisdição. A essência dessa ideia foi resgatada em meados do século XVIII, possibilitando o surgimento de um novo modelo de organização estatal, cujos limites de atuação eram limitados pela legislação, e que atribuía aos seus governantes a responsabilidades pelos seus atos, promovendo assim uma divisão eficiente do poder estatal. Esse novo paradigma de Estado, caracterizado principalmente pela limitação de poder anteriormente citada, ficou conhecido posteriormente como Estado de Direito (LAGES, 2008).

Na época do Império Romano, ouve uma adaptação da ideia aristotélica para que esta se enquadrasse no contexto e na organização política, promovida por Polínio (200-118 a.C.) e Cícero (106-43 a.C.), modificando a ideia de Aristóteles quanto à capacidade de todo o cidadão deveria ter acesso a todos os órgãos constitucionais. Para os estudiosos romanos, o acesso dependeria da camada social em que o indivíduo estivesse inserido. Já na idade medieval, a ideia de Aristóteles serviu de base para gerar uma limitação ao poder do rei face aos estamentos. Na Inglaterra medieval, por exemplo, a Magna Carta Libertatum adotou o princípio conhecido como Rule of Law, que determinava a repartição de poder entre o rei, os lordes e os comuns, e que o poder do rei devia ser exercido sem desobediência a legislação (PALASSI FILHO, 2016).

Já Maquiavel propôs uma repartição de poderes políticos entre o rei, o parlamento e o judiciário, com fundamento que isso daria ainda mais segurança ao rei, ao evitar sua interferência em todos os assuntos, o que poderia afetar sua popularidade. Na sociedade francesa do século XVI, já existiam o Legislativo, formado pelo Parlamento; o executivo, que era exercido pelo Rei; e um poder judiciário, que tinha independência dos demais. Maquiavel tecia elogios a essa organização, em especial pelo fato de ser benéfico ao soberano, pois, segundo ele, a ação do judiciário na defesa dos mais fracos, que procuravam esses órgãos para protegê-los das ambições e insolências dos mais poderosos, livrava o soberano de tal responsabilidade, que



poderia causar ao Rei uma indisposição com os setores mais poderosos da sociedade (DALLARI, 2012).

Já em meados do século XIV e XV, onde surgia o que ficou conhecido como Estado Moderno, estudiosos como Bodin (1530-1596) e Hobbes (1568-1679), defendiam a ideia de que o poder deveria ser concentrado nas mãos do monarca, limitando-o apenas aos direitos básicos como vida e liberdade, servindo como base para o absolutismo que se desenvolveu a época (MALDONADO, 2003).

Entretanto, o modelo absolutista de organização estatal ficou enfraquecido. Isso ocorreu num cenário em que em toda a Europa, mas, especialmente na França, o poder excessivo da monarquia absolutista pesava sobre todas as camadas sociais, incluindo a burguesia comercial e industrial ascendente, dividida entre nobres submissos ao Rei e uma minoria inconformada com a rigidez e abusos do sistema político adotado, que demonstrava indícios de práticas despóticas. Assim, havia tanto na ordem social, como na política e econômica, estavam configurados pressupostos para uma alteração no Estado Moderno, alterando a concepção retrograda de um Rei que se confundia com o Estado ao exercer o poder absoluto, e adotando um ordenamento jurídico impessoal, baseado nas doutrinas de limitação do poder, através de formas liberais de contenção da autoridade e de garantias jurídicas a iniciativa econômica (BONAVIDES, 1996).

Foi nesse contexto histórico que se destacaram os estudiosos Locke (1632-1704) e Montesquieu (1689-1755), principais expoentes da teoria de separação e limitação de poderes que conhecemos. Locke defendia o liberalismo político, propondo a união dos preceitos da separação de poderes e o Rule of Law, defendendo que, para que ocorra a aplicação imparcial das leis, o poder de legislar deve estar aparte do poder de executá-las (MALDONADO, 2003).

No modelo de Locke, que serviu de base Montesquieu, deveria haver dois poderes: Executivo e Legislativo, ao qual também exerceria o papel de julgador, que seria um importante papel para a comunidade, ficando responsável por estabelecer qual o castigo cabível às transgressões cometidas por membros da sociedade, através da confecção de leis, além de poder proteger tal comunidade de danos provocados por terceiros alheios a ela, no caso de guerras, por exemplo (LOCKE, 2003).

Foi aí que Montesquieu propôs o modelo que conhecemos hoje, a chamada tripartição de poderes, através do qual cada poder teria sua competência específica: o Executivo para executar as leis; o Legislativo para criá-las; e o Judiciário para julgar os eventuais conflitos.

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, 2000, p.167-168).

Montesquieu também propôs que um poder não interferisse ou inviabilizasse o exercício do outro, no que serviu de base para o chamado sistema de pesos e contrapesos, de forma a garantir o equilíbrio de poderes, procurando uma forma mais eficiente e estável de governo. Para tal, ele usou como referência os pensamentos de Locke e o modelo de monarquia constitucional aplicado na Inglaterra (MALDONADO, 2003).

Dessa forma, graças a teoria de Montesquieu foi possível se redefinir do poder do Estado como poder limitado, pois chamou a atenção para o perigo da concentração em um só órgão todos os poderes estatais, devendo o mesmo dever ser dividido em funções distintas atribuídas a órgãos estatais diversos, criando-se uma separação de funções equilibrada (LAGES, 2008).

Entretanto, a tripartição também sofre críticas da doutrina. Há autores, por exemplo, que fazem referências a outras formas de separação de poderes do Estado, como Loewenstein (la decisión política conformadora o fundamental, la ejecución de la decisión y el control político), já outros entendem que deve haver apenas uma divisão de funções com a finalidade de desconcentrar o poder como defende Kelsen (criação e aplicação). Ainda, há aqueles que defendem a tese de que a teoria de Montesquieu foi mal interpretada, como é o caso do Eros Grau e do Gilberto Bercovici que afirmam que o referido filósofo não defendeu a impenetrabilidade entre os poderes, devendo os mesmos atuar em equilíbrio (CONTI, 2006).

James Madison corrobora com o que preconiza Eros Grau e Gilberto Bercoviti, quando sustenta que separação absoluta de poderes, sendo até necessária uma representação parcial de um poder em outro ou controle mutuo dos respectivos atos, entretanto, sem qualquer influência dominante (CONTI, 2006).

Montesquieu adota o termo “equilíbrio entre poderes”, que deu origem ao termo utilizado pelos ingleses e norte-americanos, o sistema de check and balances (pesos e

contrapesos), onde um poder limita o outro, como sugerido por Montesquieu em A Política. O que houve antes disso é que seus seguidores deturparam seu pensamento e passaram a falar em divisão ou separação de poderes, como se estes fossem incomunicáveis em todas as suas atividades, o que não é verdade, já que o Governo resulta justamente da interação entre os três poderes: Executivo, judiciário e legislativo (MEIRELLES, 2004).

Já nos EUA na obra Os Artigos Federalistas, um compilado de estudos feitos entre 1787 e 1888, os estudiosos Hamilton (1755-1804), Madison (1751-1836) e Jay (1745-1859) propuseram o modelo de maior equilíbrio e menor interferência divergindo de Montesquieu e sua ideia de que o Legislativo tinha grande influência sobre os demais, devendo ser enfraquecido, enquanto o executivo deveria ser fortalecido:

“Mas a desgraça é que, como nos governos republicanos o Poder Legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em dividir a legislatura em muitas frações e em desligá-las umas das outras, já pela diferente maneira de elegê-las, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permite a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham da sociedade. Mas este mesmo meio ainda não basta para evitar todo o perigo das usurpações. Se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado. O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo para que se defenda: mas o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente.

(...)

Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes (HAMILTON; MADISON; JAY, 1979).”

Já o fortalecimento do Poder Judiciário deu-se após uma decisão da Suprema Corte Americana em um caso de 1803, onde surgiu o precedente para a revisão judicial e o controle de constitucionalidade, através da decisão do juiz John Marshall, Chefe de Justiça da Suprema Corte Norte Americana, no caso MARBURY vs. MADISON (1803), que inaugurou o poder de revisão judicial, que atribui ao judiciário a capacidade de dizer o que é a lei, devendo ser considerada lei apenas o ato legislativo que esteja em conformidade com a Constituição, não sendo considerado lei um ato legislativo incompatível com as disposições constitucionais. Dessa forma, foi afirmado o poder

daquela corte para declarar a inconstitucionalidade de leis, originando-se o controle difuso de constitucionalidade (MALDONADO, 2003).

Importante salientar a respeito do conceito de poder político que esse pode ser definido como a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação (CAMPANHOLE, 2000).

Feita a divisão das funções do Poder Político entre seus órgãos e deixando de lado a ideia de que um poder pode ser superior a outro e passa-se a aceitar a interferência e controle mútuo de forma a garantir a harmonia e o equilíbrio necessários entre as três funções (CAMPANHOLE, 2000).

Assim, estabelecida a divisão de poder, a individualização dos seus órgãos, e superada a ideia de que um poder possa prevalecer sobre o outro, mediante a compreensão da necessidade de haver equilíbrio, independência e harmonia entre eles, sendo admitida, inclusive, que haja interferência entre eles, fica fortalecida a ideia de controle e vigilância recíprocos entre os poderes quando se trata do cumprimento da Constituição. Esses são os elementos que caracterizam o conceito moderno do princípio da separação de poderes (MALDONADO, 2003).

Feita essa análise a respeito das origens históricas da separação de poderes, no próximo tópico, iremos abordar a evolução histórica e configuração atual da tripartição no Estado Brasileiro e como ela foi influenciada pelos estudiosos e fatos já citados.

## **2.2 Aplicação No Brasil**

A distinção das três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas cada uma a um órgão autônomo dos demais, exercendo tais funções com exclusividade, percorreu um grande caminho antes de ser consolidada no Brasil. A ideia que, inicialmente, foi esboçada inicialmente por Aristóteles, na obra “Política”, e trabalhada posteriormente por Locke, na obra “Segundo Tratado de Governo Civil”, e Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, e tornou-se princípio fundamental da organização política liberal transformado em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e está prevista no art. 2º da nossa Constituição (MORAES, 2007).

Porém, para compreendermos melhor a evolução da tripartição no Brasil, voltaremos a Constituição Imperial de 1824, que trouxe a separação de poderes, porém com inserção de uma quarta função, chamada de poder moderador.

“TITULO 3º

Dos poderes, e Representação Nacional.

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição o Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.

Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio são delegações da Nação (BRASIL, 1824).”

Diante da realidade da época, esse poder tinha como objetivo garantir o equilíbrio entre os demais. Porém, na prática, tratava-se de uma forma de manter o Imperador no controle de todo o Estado. A função moderadora é melhor detalhada nos art. 98 a 101 da Constituição:

“TITULO 5º

Do Imperador

CAPITULO I.

Do Poder Moderador

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes

(...) Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas aos Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado (BRASIL, 1824).”

Entretanto, o fato de o poder moderador ser exercido pelo imperador, a quem também recaia a responsabilidade de chefiar a função executiva causava um nítido desequilíbrio na balança dos poderes (SOARES PINHO, 1961).

Já a primeira Constituição republicana do Brasil, de 1891, inspirada na Constituição americana, trouxe a tripartição de poderes tradicional, sem existência de poder moderador, ao dispor, em seu Art. 15 sobre os órgãos da soberania nacional, quais sejam o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, que mantém harmonia e independência entre si (CAMPANHOLE, 2000).

Essa Lei Maior, denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, previa mecanismos para garantir o equilíbrio na relação entre eles, e, inclusive no tocante a relação entre as duas casas legislativas e entre executivo estadual, municipal e da União, permitindo atuação recíproca em tais de maneira a evitar excessos de uns sobre os outros, criando assim um sistema de freios e contrapesos. Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 contemplou o mesmo princípio, porém, com um texto ligeiramente diferente, definindo os três poderes como órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, independentes e coordenados entre si (SOARES PINHO, 1961).

Por fim, o princípio da separação de poderes é contemplado no art. 2 da Constituição Federal de 1988, e o atual texto traz os dizeres: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Atualmente, a tripartição é adotada não só no Brasil, mas na maioria dos Estados modernos, entretanto, não é considerado absoluto, pois há uma interpenetração com situações de exercício de atípicas de cada um dos poderes considerados. Além disso, há mecanismos de controle recíproco, que são os freios e contrapesos, para buscar o equilíbrio e evitar os abusos. No Brasil, os poderes possuem uma maior independência, diante da forma de governo estabelecida (MALDONADO, 2003).

### **3 O ATIVISMO JUDICIAL**

#### **3.1 Conceituação e História**

Dessa ideia atual de que princípio da tripartição não é absoluto é que se emprega o ativismo judicial, porque o ativismo judicial, que é o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à

formulação da própria lei. Ou seja, o Poder Judiciário ultrapassa suas funções e passa a atuar como Poder Legislativo, nos casos onde a lei não se mostra suficiente ou quando é necessária uma interpretação do texto de lei, assim entende-se como ativismo judicial a energia que emana dos tribunais no processo da criação do direito (MALDONADO, 2003).

A expressão “ativismo judicial” tornou-se notória em meados dos anos 50, nos EUA, sendo usada para representar um contexto de forte mudança em práticas políticas naquele país, através da interferência constante do Judiciário, que atuava de maneira progressista no âmbito de consolidação de jurisprudência relativas a direitos fundamentais. Entretanto, o conceito não está necessariamente ligado a uma ideologia progressista, pois esse movimento também pode ocorrer baseado em uma ótica mais conservadora. Dessa forma, depreende-se que as práticas ativistas estão ligadas não a uma ideologia específica, mas a uma interferência mais incisiva do Judiciário na efetivação e interpretação dos dizeres constitucionais, implicando em uma invasão na área de atuação dos demais poderes (BARROSO, 2010).

Sendo assim, a conceituação mais adequada do ativismo judicial é a atuação dos julgadores que, em suas decisões, extrapolam os limites estabelecidos no ordenamento jurídico. Nesse caso, o ponto negativo ligado às práticas ativistas está na desnaturação da atividade típica do Judiciário, para interferir nas atividades típicas dos demais poderes. Esse contexto abre margem tanto para invalidações irregulares de leis quanto para invasão do espaço de conformação normativa por decisões excessivamente criativas. Ainda, o poder mais afetado pelo ativismo judicial é o legislativo, não só pela usurpação ou limitação da função típica desse poder que é de legislar, mas, sim, pela inclusão indireta de funções atípicas mediante decisões que invadem a esfera dos outros poderes sem previsão legal para tal. (RAMOS, 2015).

Há assim a ocorrência de ativismo em decisões judiciais que acabam por rever e contestar decisões dos demais poderes e/ou promover políticas públicas ou quando o julgador não limita sua atuação com base nos princípios da coerência do direito e da segurança jurídica. Para ele, a definição do que se trata da prática de ativismo parte dessas situações, não sendo necessário à configuração mútua, mas, apenas uma delas a depender do grau. Porém, a não ocorrência de nenhuma das situações acima descritas é suficiente para descaracterizar uma conduta ativista. Ou seja, um juiz que não exerça seu poder de nenhuma das formas citadas, não pode ser considerado ativista (POGREBINSCHI, 2000).

O ponto inicial do ativismo judicial nesses moldes foi a decisão da Suprema Corte Americana no processo *Lochner vs New York*, onde o tribunal considerou que certa lei inaplicável em face da Constituição, uma vez que ela estabelecia um limite máximo de horas trabalhadas durante a semana para profissionais padeiros, o que, segundo o entendimento daquele tribunal, violava o princípio do devido processo legal previsto na Constituição, criando precedentes para a ocorrência de diversos outros casos onde a intervenção do Governo no domínio econômico foram limitadas pela atuação dos tribunais. O que ficou conhecido com Era *Lochner* (TEIXEIRA, 2012).

A primeira menção do termo ativismo judicial ocorreu em 1947, numa reportagem jornalista norte-americano Arthur Schlesinger sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição para garantir direitos que ela já prevê. Nesse mesmo texto, o autor classificou os juízes em dois tipos: os ativistas, que, de maneira proativa, tentavam utilizar de seu poder julgador para efetivar a garantia do bem estar social mesmo que pra isso fosse necessário contrariar e afastar a aplicabilidade das leis vigentes; e o segundo tipo, aos quais caracterizou como autocomedidos, pois, na sua visão, estes atuavam dentro do espaço delimitado pela organização estatal (KMIEC, 1446).

Segundo a reportagem, os juízes ativistas tinham tendência a acreditar que na impossibilidade de se separar direito e política, tal ideia ainda é comum no mundo contemporâneo. Por esse ângulo, as decisões judiciais também seriam escolhas políticas, de modo que qualquer decisão judicial trata-se também de uma escolha política. Para os ativistas, o autocomedimento é uma tentativa de inserir objetividade na maneira de decidir, mas tal possibilidade, além de ilusória, devendo o juiz se guiar pelo senso de justiça e buscar produzir melhoras sociais. É preciso ressaltar que, à naquela época, já se discutia as consequências do ativismo judicial no mundo político e jurídico, uma vez que o fenômeno provocava diversos conflitos na estrutura interna do Direito. (TEIXEIRA, 2012).

Ficando compreendido como surgiu o fenômeno do ativismo judicial, vamos verificar agora sua introdução e fortalecimento no ordenamento jurídico brasileiro.



### 3.2 O Ativismo No Brasil

Os primeiros casos de ativismo no Brasil são reportados ainda no final do Século XIX, quando a estrutura jurídica era precária e tinha ligações com a Coroa Portuguesa. Nessa época, os magistrados tinham ampla atuação política, inclusive no exercício de cargos legislativos ou executivos cumulados com a magistratura.

“No entanto, por mais que se pregue que referida teoria é fruto de um ideário moderno advindo da Constituição Federal de 1988, viu-se que o ativismo judicial – tal como se entende hoje em dia –, ao menos em terrae brasilis é consequência de quase dois séculos de atuação de nosso órgão responsável para julgar os litígios individuais. Há, com evidência, um desvirtuamento do Poder Judiciário no Brasil na medida em que ele conflita com os demais poderes (SILVA, 2013, p. 178).”

Entretanto, a ocorrência ficou mais notável a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 estabeleceu ampla disciplina de matérias políticas e sociais, que deixaram de ser regulamentadas por legislação infraconstitucional, garantindo maior segurança e estabilidade jurídica em face das ingerências e omissões dos poderes constituídos. (VIEIRA, 2008).

Dessa maneira, as transformações trazidas pela nova Constituição colocaram o judiciário em destaque no cenário político nacional, transformando-o num órgão que, aos poucos, começou a agir nitidamente como uma das instâncias políticas do Brasil (VERISSIMO, 2008).

Isso ocorreu, principalmente, pois a Carta Magna atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática, uma característica própria do período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade (TEIXEIRA, 2012).

Entre outras reformas, foi estabelecido um sistema complexo de controle de constitucionalidade com previsões para controle difuso e concentrado, inspirado nos modelos europeus e norte-americanos, que abrem mais espaço para criação jurisdicional. (VALE, 2014)

Essa situação, aliada a existência de certas condições em nosso país como, por exemplo, a existência uma estrutura deficitária caracterizada por desperdício de recursos, desvios de verbas e ineficiência do estado, resultam numa prestação precária de serviços públicos, que torna necessária uma maior atuação do Judiciário no controle dessas políticas (BARROS; HENRIQUES; MENDONÇA, 2001).

Nesse sentido, o ativismo não parte diretamente dos magistrados, mas da própria liberdade de cada indivíduo em interpretar a constituição e exigir seus direitos perante o estado, caso considere que está em consonância com o texto constitucional, cabendo aos magistrados acatar ou não as teses apresentadas:

“A partir daí surge o ativismo judicial. Se interpretar a constituição é aplicá-la não há como negar a concretude de tal fenômeno. Há que verificar que qualquer pessoa comum do povo realiza o processo de interpretação e o controle de políticas públicas. Qualquer indivíduo que interponha uma ação no judiciário com pedido baseado numa norma constitucional realiza a interpretação (ocorre o que se chama da teoria da sociedade aberta aos interpretes da constituição) e ao mesmo tempo requer uma atitude pro-ativa do judiciário na solução dos problemas, visto que há a omissão e descaso tanto do Poder Legislativo como do Executivo (NASCIMENTO, 2010).”

No Brasil, o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um distanciamento entre a sociedade e os órgãos representativos, situação que aliada a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais produz um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Judiciário (DA COSTA MOURA, 2016).

Nesse contexto, é possível apontar alguns fatores que contribuem para a situação descrita, entre os quais estão a redução da deliberação política ao processo eletivo (BARCELLOS, 2008), a influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor (FAORO, 2000) e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse (MANCUSO, 2007).

Dessa forma, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos. Trata-se de uma patologia constitucional, uma conduta que deveria ser exceção à regra se transforma em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, atribuindo ao Judiciário um papel de esfera pública de decisão tanto de questões altamente importantes tanto de conflitos banais do cotidiano (TEIXEIRA, 2012).

O processo de hipertrofia da legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como, a criação de conceitos jurídicos indeterminados desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e litigiosidade, bem como, o potencial criativo e discricionário do Judiciário (CAMPILONGO, 2000).

Dessa maneira, explicado o que é o ativismo judicial e como ele acaba sendo uma consequência da atual organização estatal brasileira, fica compreensível o porquê de ele estar cada vez mais presente em decisões dos tribunais de nosso país, o que será abordado com mais ênfase no próximo capítulo.

## **4 O ATIVISMO NA PRÁTICA**

### **4.1 Ativismo na Proteção de Direitos**

Um caso que ilustra a complexidade da discussão a respeito dos limites do ativismo é o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26 e do Mandado de Injunção 4733, no qual o STF entendeu que houve omissão do Congresso em não criar lei específica para tratar sobre os crimes de homofobia e transfobia. Além disso, por maioria, os Ministros decidiram que, enquanto não houver lei específica sobre o tema, serão aplicados aos crimes que envolverem preconceito de orientação sexual, as disposições da Lei do Racismo (Lei 7.716/1989).

Embora todos os ministros reconhecessem a necessidade a proteção dos direitos dos grupos LGBTQI+, houve divergências quanto à possibilidade de o poder judiciário criminalizar determinada conduta, o que só poderia ser feito por lei.

Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio Mello defendeu que a CRFB não prevê especificamente a criminalização de preconceitos, não cabendo ao Judiciário exigir que a legislação se mova nesse sentido:

“Daí vislumbrar na redação conferida ao inciso XLI da Constituição Federal espécie de “mandado de criminalização” a vincular o legislador ordinário é passo demasiadamente largo, considerados o caráter programático da norma e a relativa amplitude semântica do texto. O Direito é uma ciência, possuindo expressões e vocábulos com sentido próprio, descabendo equiparar a forma verbal “punirá” – gênero – à “criminalizará” – espécie –, presente a possibilidade de ter-se observado o comando constitucional, a instituição de sanções estranhas ao campo penal. Eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela “orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima” há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor (BRASIL, 2020).”

Já o Min. Ricardo Lewandowski defendeu a criação de uma lei própria, já que o ato de o julgador estender aplicação de lei penal a conduta diversa fere o princípio

reserva legal, que garante ao Legislativo a competência para confeccionar legislação penal:

“Muito poderia ser feito para proteger esses grupos minoritários, e a criminalização de condutas seria um passo importante. Parece-me incontestado que se deve reconhecer a mora legislativa neste sentido. Entretanto, a par de reconhecer a mora legislativa, pouco pode esta Corte fazer, não é viável invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção – MIs 670, 708 e 712 por conta de uma distinção fundamental a incidir neste caso: este processo diz respeito à matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta. Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta (BRASIL, 2020).”

Quanto a posturas mais ativistas, destaca-se o voto da Min. Carmen Lúcia, que equipara o racismo, cujo combate está fundamentado na CRFB e na legislação ordinária, à homofobia, gerando uma interpretação da lei que permite que o preconceito por motivos de opção/orientação sexual seja criminalizado sem previsão legal, uma vez que a Lei 7.716 prevê aplicação a crimes envolvendo preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

“O traço histórico de perseguição das comunidades homo e transexuais, conduzida por uma ideologia supremacista, impõem a subsunção da homotransfobia ao gênero racismo, na linha do que decidido por este Supremo Tribunal Federal no habeas corpus n. 82.424.

(...)

A Constituição da República repudia qualquer forma de discriminação e impõe ao legislador ordinário agir para refrear toda prática que dê sequência aos processos históricos de perseguição e degradação humanas contra os homo e transsexuais. Das múltiplas disposições constitucionais relativas à determinação de proteção penal de combate ao racismo, à tortura, aos crimes hediondos, entre outros, é dever desse Supremo Tribunal Federal, guardião intransigente da Constituição, exercer o seu mister, instado como o foi no presente processo.”

Dessa forma, fica demonstrada a complexidade do debate uma vez que, claramente, o Estado não agiu de maneira eficaz no combate ao preconceito por orientação sexual, sendo que o Judiciário, para amenizar o problema, precisou

relativizar o princípio da reserva legal em matéria penal, atuando em atividade típica do Legislativo, para garantir proteção a direitos individuais e coletivos fundamentais.

#### **4.2 Da Insegurança Jurídica**

Outro grave problema provocado pelo ativismo judicial é a insegurança jurídica, uma vez que, sem parâmetros objetivos para interpretação, acabam ocorrendo decisões divergentes em tribunais.

Um exemplo de caso complexo de atuação judiciário de maneira ativista e que gera insegurança jurídica é a questão do cumprimento da pena após condenação em segunda instância. Embora a CRFB preveja que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a corte já mudou algumas vezes de entendimento a respeito da possibilidade do cumprimento provisório da pena, conforme previsto na legislação infraconstitucional, gerando enorme insegurança jurídica.

Inicialmente, em 2009, a corte julgou inconstitucional a medida, fundamentada no Código de Processo Penal, sob argumento de que seria violação a presunção de inocência, prevista na CRFB. Na ocasião, o relator, Min. Eros Grau, se manifestou pela inconstitucionalidade da medida:

“Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. (BRASIL, 2009).”

Já o Min. Joaquim Barbosa divergiu do voto do relator. Barbosa defendeu a relativização do texto constitucional, tendo em vista a necessidade de dar legitimidade a autoridade decisória dos magistrados que atuam em instâncias inferiores, além da existência de inúmeros recursos de defesa que o réu dispõe para comprovar sua inocência.

Entretanto, em 2016, o entendimento foi modificado, ocasião na qual a maioria dos Ministros entendeu pela relativização da presunção de inocência, tendo em vista o esgotamento da análise de provas e a impossibilidade de efeito suspensivo tal condenação.

Destaca-se nessa decisão, o voto do Min. Luiz Fux, que fundamentou a decisão na vontade da sociedade, uma clara manifestação política a fim de atender os anseios da maioria:

“Houve uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade (...)  
Isso não corresponde à expectativa da sociedade.  
(...)  
Quando uma interpretação constitucional não encontra eco no tecido social, quando a sociedade não a aceita, fica disfuncional. É fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência social (BRASIL, 2016).”

Um dos votos divergentes foi de Marco Aurélio Mello, que demonstrou preocupação quanto ao fato de o Judiciário aplicar interpretações que criam uma regra cujo projetos legais no mesmo sentido que corriam no âmbito legislativo, competente para criar tal feito, não prosperaram. Além disso, o Ministro demonstrou preocupação quanto à revisão de uma jurisprudência tão recente em matéria daquela importância.

Ocorre que, em 2019, o entendimento foi novamente revisado pelo STF, dessa vez decidindo pela inconstitucionalidade do cumprimento provisório da pena. No julgamento em questão, o relator Celso de Mello defendeu que o Judiciário, em seus julgamentos, não pode se pautar pelo clamor popular. Além disso, lembrou que, mesmo que o condenado já tenha tido diversos recursos negados em tentativa de defesa, tornando improvável uma modificação na sentença, o fato de não haver ocorrido o trânsito em julgado obsta o início do cumprimento da pena, sendo a questão relacionada à grande quantidade de recursos disponíveis na esfera penal, matéria a ser tratada pelo legislador competente (BRASIL, 2019).

## **4 DOUTRINA SOBRE O TEMA**

### **4.1 Posição dos Críticos**

O doutrinador Marcos Paulo Veríssimo é um dos estudiosos do direito brasileiro que fazem oposição ao ativismo judicial, especialmente por acreditar que sua consequência é um aumento nas demandas judiciais, que terminam por prejudicar o próprio poder judiciário. O autor utiliza dados do próprio Supremo para demonstrar o aumento do ativismo após a promulgação da Constituição Federal de 1988:

“Na verdade, segundo informações contidas no sítio do STF na internet, parece haver, de modo geral, uma razoável propensão do tribunal a proferir juízos de inconstitucionalidade nos casos que lhe são submetidos. Entre as Ações Direitas de Inconstitucionalidade julgadas pelo mérito entre 1988 e 2008 (978 ações), nada menos que 66,46%

foram julgadas procedentes. Das restantes, 16,97% foram julgadas parcialmente procedentes e apenas 16,57% foram julgadas totalmente improcedentes. Em relação aos pedidos de liminar em ADI julgados pelo mérito (442), o mesmo ocorre. Em 55,43% dos casos a liminar requerida foi deferida integralmente. Em 16,06% dos casos foi deferida em parte e apenas em 28,51% dos casos foi totalmente indeferida (VERÍSSIMO, 2008, p. 409)."

Para ele, a sobrecarga de processos gera dois fatores que contribuem para o descrédito crescente do poder judiciário: a demora na resolução dos conflitos, é a má apreciação judicial, uma vez que a necessidade de resolver uma alta quantidade de demandas inviabiliza que o magistrado tenha o tempo e a atenção necessária para analisar de maneira mais efetiva cada conflito (VERÍSSIMO, 2008).

José Maria Rosa Tesheiner defende que a sociedade que garanta a devida liberdade aos cidadãos deve ser governada primeiramente pelas leis, e só então por homens. Ele defende a substituição das decisões judiciais discricionárias, que possuem um caráter predominantemente político, por decisões devidamente vinculadas ao sistema jurídico e as leis vigentes. O autor ressalta que a discricionariedade está atrelada ao papel do juiz, que pode sim afastar a aplicação de uma norma legal que, devido a seu perfil geral e abstrato, não se ajuste a todas as situações de fato. Entretanto, essa situação deve ser uma exceção, não regra, devendo o juiz ser o responsável por decidir em conformidade com o sistema jurídico, e não com base em sua ideologia ou seus sentimentos e vontades (TESHEINER, 2008).

A crítica de Mauro Capelletti está na confusão do campo jurídico com o campo político a consequência é fatal, o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos, entretanto, como visto, o atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil favorece o ativismo judicial, porque no Brasil, todos os juízes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o ativismo, assim, busca uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar à separação dos poderes, faz do juiz um verdadeiro legislador, contrariando o Estado Democrático de Direito, em que impera a lei como decorrência da justiça (CAPELETTI, 1999).

Daniel Sarmiento também se posiciona de maneira contrária ao exagero por parte dos juízes na possibilidade de decidir baseando-se em princípios abstratos:

"E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar

racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico (SARMENTO, 2007)."

Outro estudioso que apresenta fortes críticas ao ativismo judicial que permeia os tribunais brasileiros é Lenio Streck, que acredita que temos vivenciado uma situação de utilização da Constituição, da força normativa dos princípios constitucionais pelos juízes, como meio de apreciação do Direito de acordo com as suas convicções subjetivas pessoais. O autor critica não só os juízes, mas também outros doutrinadores, os quais, segundo ele, são complacentes com as práticas ativistas dos juízes brasileiros:

"Quando, por exemplo, centenas e centenas de decisões — de cariz ativista — dizem que estão aplicando "a tal da ponderação", quando, de fato, não estão nem perto do que dizia seu idealizador (Alexy), e a doutrina pouco ou nada diz a respeito, é porque corremos o risco de fracassar (aliás, há prova maior de ativismo do que o uso da vulgata da tal da ponderação, pedra filosófica da interpretação?). Como falei na Conferência de abertura do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação), em Curitiba, dia 29 de maio último, fôssemos médicos e estaríamos ignorando coisas mínimas da ciência médica e nossos pacientes estariam morrendo. Assim o é com a doutrina. Na aplicação cotidiana do direito usam-se conceitos que deveriam ser contestados pela doutrina. Mas ela se queda silente-conivente. Verbi gratia, o que diz a doutrina sobre o projeto do novo CPC que, sob o pretexto de commonlizar o processo, institucionaliza, de vez, o julgamento sem base concreta, passando o Judiciário a julgar teses ao invés de casos (o que, inclusive, fere toda a tradição do common law)? (STRECK, 2013)."

Até mesmo no Supremo Tribunal Federal, notável por decisões consideradas ativistas, existem posicionamentos críticos a essa prática. Entre eles está Celso de Mello, que no Mandado de Segurança 22690/CE, teceu alguns comentários a respeito do tema, criticando a interferência do Judiciário em situações que a



Constituição estabelece que devem ser regulados por Lei, o que coloca o tribunal em um papel de legislador positivo, que impõe seus próprios critérios sobre assuntos que deveriam ser regidos pelo Parlamento, e usurpa função típica do legislativo. (BRASIL, 1997).

#### 4.2 Posições Favoráveis

Entre os defensores do ativismo está o Ministro do STF Luis Roberto Barroso, que defende o ativismo é uma ferramenta que possibilita ao Judiciário atender demandas da população sobre as quais o legislativo foi omissor. O ministro ainda ressalta mais pontos positivos no fenômeno do ativismo, ligando-o a uma maior participação do judiciário na efetivação dos princípios da Constituição (BARROSO, 2010).

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, 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 e a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2010.)

Outro ministro que já se posicionou favoravelmente a práticas ativistas foi Gilmar Mendes:

“O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. [...] Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e

garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional (BRASIL, 2008).”

Já Tavares (2008) acredita que houve uma transformação no modelo de separação de poderes, adaptando-o ao mundo contemporâneo, não sendo mais necessária a independência total dos poderes, o que ajuda a evitar que os demais poderes cometam arbitrariedades.

Na mesma linha, há uma corrente ainda mais radical, que acredita que há atitude proativa do judiciário atende uma demanda da própria sociedade, refém da inércia dos demais poderes:

“A partir daí surge um novo Judiciário como forma de resposta para a sociedade. Surgem novas decisões do STF que buscam preencher o vazio deixado pelo Poder Legislativo e Executivo nas políticas públicas. Surgem novas reformas na legislação brasileira, tanto no Código de processo penal como no Código de processo civil, para se atender a celeridade de justiça tão almejada. Está cada vez mais evidente que a rapidez do mundo contemporâneo atinge o Judiciário. Foi-se o tempo em que se dizia que a justiça tarda mais não falha. Neste mundo globalizado em que vivemos, exige-se a celeridade como eficácia da justiça. O ativismo judicial também surge em busca de uma justiça célere e uma resposta rápida e eficaz para a sociedade. (AZEVEDO, 2015).”

Há ainda uma corrente doutrinária mais moderada, que difere as práticas ativistas em duas formas: o ativismo judicial e a judicialização da política, sendo a última, uma interpretação da lei que leve a uma decisão que ao mesmo tempo garanta a efetivação do direito e respeite os limites constitucionais da atuação do Judiciário. Enquanto no ativismo, os juízos estabelecidos democraticamente e institucionalmente são substituídos pelo juízo dos próprios magistrados, na judicialização ocorre uma valorização do caráter hermenêutico do direito, possibilitando que o cidadão busque suas garantias fundamentais não atendidas pelo Estado através do Poder Judiciário. (STRECK, 2007).

Streck ainda explica as diferenças entre as duas situações:

“De novo, o que é ativismo judicial? Bom, é diferente da judicialização da política. No ativismo, ocorre um behaviorismo decisional. O magistrado, enfim, o judiciário coloca, no lugar dos juízos políticos do legislador, os seus próprios. Já a judicialização é contingencial. Ocorre em todos os países. A primeira é sempre ruim para a democracia (vejam o que já falava em 2009). A segunda, porque a decisão pode ser universalizável (vejam as três perguntas fundamentais da CHD que definem a diferença entre ativismo e judicialização), é suportável e até desejável. Afinal, leis inconstitucionais devem ser expungidas (STRECK, 2020).”

Nesse caso, considera-se que, enquanto o ativismo advém de decisões tomadas com base em critérios não jurídicos, sendo uma prática que prejudicial ao ordenamento jurídico e constitucional, a judicialização da política é um fenômeno relacionado às condições sociopolíticas, que consiste na intervenção do judiciário, dentro dos limites legais, para suprir a deficiência dos demais poderes face aos seus deveres com o cidadão e a sociedade. (STRECK, 2007).

Outra corrente alinhada a esse entendimento defende que a intervenção do Poder Judiciário na garantia do mínimo existencial, além da observância de pressupostos as prestações necessárias à uma vida digna e exercício da cidadania, deve ocorrer somente quando demonstrar a real incapacidade de atendimento e a efetividade necessidade da prestação. (MOURA, 2016).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Numa Republica como o Brasil, caracterizada pela adoção da tripartição de poderes, o ativismo judicial surge como uma garantia dos indivíduos e da sociedade como um todo contra eventuais abusos e arbitrariedades que venham a ser cometidas por qualquer um dos poderes estatais, garantindo a efetivação do estado democrático de direito que, diante da inexistência do ativismo, poderia existir apenas em teoria sem ser aplicado na prática.

Entretanto, a notável omissão dos demais poderes quanto a seus deveres constitucionais e a liberdade dos cidadãos para questionar judicialmente tais omissões ou suas insatisfações, abre a possibilidade para uma excessiva relativização do direito, sob sua ótica hermenêutica, fazendo com que hajam diversas decisões judiciais baseadas em conceitos abstratos tais como princípios e preceitos fundamentais.

Todavia, a subjetividade desses conceitos abre espaço para cometimento de excessos por parte dos julgadores, que acabam por exercer seu poder decisório discricionário não mais com base em fundamentos jurídicos e constitucionais, e sim políticos e ideológicos, revertendo completamente a natureza do ativismo, que retira do Judiciário a função de evitar arbitrariedades para transformá-lo em um poder que comete tais arbitrariedades.

Embora grandes doutrinadores se debrucem sobre o tema, tentando encontrar uma resposta ao problema capaz de satisfazer, ao mesmo tempo, os princípios jurídicos e constitucionais de nossa sociedade, a discussão acaba ficando muito restrita à um campo teórico, uma vez que sugestões práticas, que busquem trazer objetividade aos critérios de decisões judiciais, eventualmente vão esbarrar no caráter hermenêutico do direito, que torna imperiosa sua relativização em casos concretos, quando necessária para atender, seja completamente ou parcialmente, um princípio violado pela aplicação de outro.

Dessa forma, conclui-se que a complexidade acerca do estabelecimento de limitações mais objetivas as práticas ativistas do poder judiciário faz com que o tema se torne ainda mais relevante, uma vez que, atualmente, não há uma corrente doutrinária capaz de embasar uma limitação que atenderia, ao mesmo tempo, as bases do sistema tripartite de poderes e os princípios do estado democrático de direito. Tal condição mostra que o tema ainda comporta amplo debate e estudo aprofundado, tendo em vista que a solução do problema pode demandar não a defesa de uma corrente doutrinária

já existente mas, a complementação das correntes atuais ou, até mesmo, o desenvolvimento de uma nova teoria capaz de estabelecer, de maneira mais objetiva, os limites jurídicos e doutrinários para garantir o equilíbrio proporcional e razoável entre a aplicação de princípios constitucionais que motivem decisões contrárias a lei e o respeito à separação dos poderes, igualmente estabelecido em nossa Constituição.

## 7 REFERÊNCIAS

NASCIMENTO, Juliana Azevedo do. **Ativismo judicial e a efetividade das normas constitucionais**. 2010. 24 f. Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_1\\_2010/juliananascimento.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_1_2010/juliananascimento.pdf). Acesso em: 18 mar. 2021.

BARCELLOS, A. P. de. **Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação**. RDE: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 77-105, out./dez. 2008.

BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. **A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil**. Texto para discussão, n. 800. Rio de Janeiro: IPEA, 2001. 29p.

BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em 01 mar. 2021.

**BONAVIDES, Paulo. Ciência Política**. São Paulo : Malheiros, 1996

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

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

BRASIL. STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 06/10/2020.

BRASIL. STF - ADC: 44 DF - DISTRITO FEDERAL 4000918-85.2016.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 07/11/2019, Data de Publicação: DJe-027 12/11/2019.

BRASIL. STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016.

BRASIL. STF.HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048

CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo Campanhole - **Constituições do Brasil** - Editora Atlas, 13ª ed., São Paulo, 1999.

CAPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CAMPILONGO, C. F. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CONTI, José Maurício. **Autonomia financeira do poder judiciário**. São Paulo: MP Editora, 2006.

DA COSTA MOURA, Emerson Affonso. **Seguridade social**: Mínimo existencial e ativismo judicial. Revista de Políticas Públicas, vol. 20, núm. 2, 2016, pp. 631-650 Universidade Federal do Maranhão São Luís, Brasil.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

DO VALE, Ionilton Pereira. **O ativismo judicial**: conceito e formas de interpretação. 2014. Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FAORO, R. **Os donos do poder**. 15. ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. In: Os Pensadores. São Paulo : Victor Civita Editor, 1979.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meaning of "judicial activism"**. California Law Review, v. 92, n. 5, 2004, p. 1446.

LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia**. 2008. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/separacao-dos-poderes-tensao-e-harmonia/>> Acesso em 25 mar. 2021.

CAMPONHOLE, Hilton Lobo, CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos**: desenvolvimento no estado brasileiro. Revista Jurídica "9 de julho", São Paulo, p. 195 - 214, 09 jul. 2003.

MANCUSO, W. P. **O lobby da indústria no Congresso Nacional**. São Paulo: EDUSP, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PALASSI FILHO, Arlindo. **A separação dos poderes**: evolução teórica. 2016.

Disponível em

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17505&revista\\_cadern](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17505&revista_cadern)  
o=9#\_ftn1> Acesso em 08 mar. 2021.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo judicial e direito**: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetro dogmáticos. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015

SARMENTO, Daniel Souza. I(Org.) **A constitucionalização do direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SILVA, Diogo Bacha e. **Os contornos do ativismo judicial no Brasil**: o fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. Revista de Informação Legislativa, v. 199, p. 163-178, 2013

SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e contrapesos do governo na constituição brasileira**. Niterói : [s.c.p.], 1961.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 104-105.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial e a vitória de Pirro na decisão de Fux**. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-27/streck-ativismo-judicial-vitoria-pirro-decisao-fux>> Acesso em 12 fev. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, Anderson. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista direito GV vol.8 no.1 São Paulo jan./jun. 2012

TESHEINER, José Maria Rosa. **Juiz bouche de la loi** – Em Defesa de Montesquieu. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 788, 23 de junho de 2008.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois**: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. Revista Direito GV, São Paulo 4(2) | P. 407- 440 | JUL-DEZ 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito GV. São Paulo. Jul/dez 2008.