

**UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ**  
**Thayssa Adriana Maia Prado**

**ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

**Taubaté - SP**  
**2021**

**Thayssa Adriana Maia Prado**

## **ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de graduação apresentado para obtenção do Certificado de Graduação pelo Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Me. Antonio Gilberto de Moura.

**Taubaté - SP**

**2021**

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI**  
**Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi**  
**Universidade de Taubaté - UNITAU**

P896a Prado, Thayssa Adriana Maia  
Ativismo judicial no Brasil contemporâneo / Thayssa Adriana Maia  
Prado. -- 2021.  
74f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento  
de Ciências Jurídicas, 2021.  
Orientação: Prof. Me. Antonio Gilberto de Moura, Departamento de  
Ciências Jurídicas.

1. Ativismo judicial. 2. Princípio da separação de poderes.  
3. Neoconstitucionalismo. 4. Poder judiciário. I. Universidade de  
Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito.  
II. Título.

CDU - 342(81)

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Regina Márcia Cuba – CRB 8ª/7416

**Thayssa Adriana Maia Prado**  
**ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de graduação apresentado para obtenção do Certificado de Graduação pelo Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Data: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Resultado: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

Professor: ANTONIO GILBERTO DE MOURA - Orientador - Universidade de Taubaté

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor: \_\_\_\_\_ Universidade de Taubaté

Assinatura: \_\_\_\_\_

À minha família,  
pela força, compreensão e incentivo.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelo dom da vida e pela sabedoria.

Ao professor Mestre Antonio Gilberto de Moura, por toda a atenção, dedicação, ajuda e maestria com a qual orientou o presente estudo.

À Universidade de Taubaté e a todo o corpo docente do curso de Direito, pela competência e pelos conhecimentos transmitidos.

À minha família, pela compreensão e incentivo durante toda minha jornada acadêmica.

Ao meu mais brilhante colega de sala, meu parceiro de vida, meu marido, por ser meu esteio, minha força e meu companheiro ao longo da graduação.

“O êxito da vida não se mede pelo caminho que você conquistou,  
mas sim pelas dificuldades que superou no caminho”

Abraham Lincoln

## RESUMO

O ativismo judicial no Brasil contemporâneo é tema de debates jurídicos, sociais, acadêmicos e políticos. Entretanto, a ausência de um conceito pacificado e objetivo para o referido fenômeno dificulta sua compreensão e identificação na realidade do judiciário brasileiro. Em razão disso, pela investigação bibliográfico-documental e pelo método dialético, a presente pesquisa propõe-se a analisar as origens do termo, seus possíveis conceitos segundo variados estudiosos, análise de casos concretos e estudo de direito comparado para que se possa compreender um pouco mais sobre o significado de ativismo judicial e se o mesmo interfere na separação dos poderes, teoria idealizada pelo filósofo iluminista Montesquieu e, atualmente, princípio constitucionalmente consagrado. Assim, buscou-se compreender os precursores do protagonismo judicial, como o neoconstitucionalismo, e, assim, diferenciar a judicialização da política do ativismo judicial, fenômenos comumente confundidos entre si, bem como expor entendimentos diversos quanto aos possíveis benefícios ou malefícios causados pelas decisões inovadoras e criativas dos magistrados.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação dos poderes. Neoconstitucionalismo. Poder Judiciário.

## **ABSTRACT**

Judicial activism in contemporary Brazil is the subject of legal, social, academic and political debates. However, the absence of a pacified and objective concept for the aforementioned phenomenon makes it difficult to understand and identify in the reality of the Brazilian judiciary. As a result, through bibliographic-documental research and the dialectical method, this research proposes to analyze the origins of the term, its possible concepts according to various scholars, analysis of concrete cases and comparative law study in order to understand a little more about the meaning of judicial activism and whether it interferes with the separation of powers, a theory idealized by the Enlightenment philosopher Montesquieu and, currently, a constitutionally enshrined principle. Thus, was sought to understand the precursors of judicial protagonism, such as neoconstitutionalism, and thus differentiate the judicialization of politics from judicial activism, phenomena commonly confused with each other, as well as to expose different understandings regarding the possible benefits or harms caused by innovative and creative decisions of the magistrates.

Keywords: Judicial activism. Separation of powers. Neoconstitutionalism. Judiciary Power.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 HISTÓRICO</b> .....	12
2.1 Origem e conceito do ativismo judicial.....	12
2.2 Positivismo e sua importância histórica.....	16
2.3 Neoconstitucionalismo como precursor do ativismo judicial.....	18
2.4 O fenômeno da Judicialização no Brasil.....	21
2.5 A Teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu.....	23
<b>3 ATIVISMO JUDICIAL AO REDOR DO GLOBO</b> .....	27
3.1 Aspectos da <i>common law</i> e da <i>civil law</i> .....	27
3.2 Ativismo judicial e os ordenamentos jurídicos.....	32
<b>4 IDENTIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO</b> .....	36
4.1 Análise de casos concretos.....	36
4.2 O Poder Judiciário brasileiro como instituição essencial ao Estado Democrático de Direito.....	44
<b>5 A ASCENSÃO DO PROTAGONISMO JUDICIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO</b> .....	47
5.1 A tripartição dos poderes segundo a Constituição Federal de 1988.....	47
5.1.1 Poder Judiciário.....	49
5.1.2 Poder Legislativo.....	51
5.1.3 Poder Executivo.....	52
5.1.4 Sistema de freios e contrapesos.....	53
5.2 O ativismo judicial como ultraje ao Estado Democrático de Direito e à organização institucional do Estado brasileiro.....	56
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	68
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	70

## 1

**INTRODUÇÃO**

O ativismo judicial é um tema de grande relevância que enseja diferentes opiniões, inclusive dentro de mesmos grupos sociais, desde cidadãos leigos até políticos e juristas. No Brasil contemporâneo, observa-se que tal fenômeno ganhou atenção midiática nas últimas décadas, com divulgação e discussão sobre decisões de juízes e os amplos poderes dos quais desfrutam no atual cenário jurídico e político.

Os acalorados debates sobre a validade constitucional das decisões dos magistrados que desbordam de sua função jurisdicional e suas consequências para toda a sociedade brasileira são providos de controvérsias. As discussões, inclusive, perpassam os possíveis conceitos de ativismo, e, principalmente, sua diferenciação da judicialização da política, o que será desenvolvido neste estudo.

Em razão disso, a presente pesquisa propõe-se a observar e refletir sobre o histórico, conceitos e repercussão do ativismo praticado, ou não, pelo Poder Judiciário na coletividade brasileira. Ademais, passar-se-á à demonstração de casos concretos das últimas três décadas entendidos por doutrinadores como dotados de decisões ativistas, desde a primeira instância até o Supremo Tribunal Federal.

Também será necessário trazer o método do direito comparado ao presente trabalho para compreender como se dão decisões consideradas ativistas no direito alienígena, buscando, ainda, a compreensão dos diferentes sistemas jurídicos existentes e em qual deles se encaixa o Brasil, pois, somente a partir disso poder-se-á delimitar quais comportamentos dos magistrados denotam verdadeiro ativismo judicial.

O aprofundamento do tema em voga também perpassa por reflexões acerca do positivismo, do neoconstitucionalismo e da hermenêutica jurídica, bem como sobre a Teoria da Tripartição dos Poderes idealizada pelo francês Barão de Montesquieu, esta de extrema importância para que se possa entender as visões mais negativas sobre o ativismo judicial, que trazem como justificativa para seu entendimento a divisão das funções estatais adotada no atual ordenamento jurídico brasileiro.

A separação dos poderes, principalmente em razão de estar constitucionalizada como cláusula pétrea, é o principal ponto das críticas negativas

quanto às decisões judiciais ativistas. Dessa forma, nesse estudo também será abordado como eles se encontram separados na República Federativa do Brasil, de acordo com o idealizado pelo poder constituinte. Assim, poder-se-á compreender se o fenômeno em questão é ou não um ultraje ao Estado Democrático brasileiro e à organização institucional do Estado.

Serão necessárias, ainda, reflexões sobre a eficiência, ou não, do cumprimento do dever prestacional do Estado aos cidadãos, conhecidos como direitos de segunda geração, para que se possa discutir sobre lacunas na lei existentes em um país de *civil law*, como o Brasil, e como isso interfere no momento em que o magistrado deve dizer o direito aos jurisdicionados que buscam o Poder Judiciário.

Assim, busca-se a melhor compreensão sobre o verdadeiro significado de ativismo judicial, ante sua obscuridade semântica, bem como ponderações sobre de que forma a atuação de quem exerce as funções de um Poder pode atingir os outros Poderes.

## 2 HISTÓRICO

### 2.1 Origem e conceito do ativismo judicial

Para que se possa compreender de maneira eficaz o tema abordado no presente estudo, é de suma importância que, primeiramente, desenvolva-se com clareza tanto sua origem como seu conceito.

O nascimento da terminologia “ativismo judicial” remete-nos à primeira metade do século XX. Em janeiro de 1947, o termo foi cunhado pelo jornalista, historiador e crítico social norte-americano Arthur M. Schlesinger Jr. em um artigo que produziu intitulado *The Supreme Court: 1947*, cujo texto foi publicado pela conhecida revista *Fortune*.

Green (2009) defende que o termo criado por Schlesinger, qual seja, “*judicial activism*”, já teve imperfeições em seu início, pois o historiador não buscou esclarecer o que seria o ativismo judicial, nem o definir como algo bom ou ruim. O autor ainda explica que a intenção de Schlesinger era apenas descrever um momento histórico, e não a produção de um artigo jurídico-acadêmico.

Em razão de tal obscuridade, até os dias atuais fazem-se presentes controvérsias acerca do referido tema, levando estudiosos a debruçarem-se buscando seu conceito e de que maneira esse fenômeno pode ser identificado nos tribunais ao redor de todo o mundo. Além disso, os divergentes posicionamentos impedem que ele seja definido como algo benéfico ou pejorativo para a sociedade como um todo.

Segundo Pinto (2018), o contexto histórico responsável pela produção do artigo de Schlesinger se deu em razão de eventos que ocorreram dez anos antes, quando, durante o mandato do presidente americano Franklin Delano Roosevelt, houve embates para a aplicação eficaz do plano de recuperação econômica *New Deal*, em razão do comportamento da Suprema Corte.

Em um cenário pós Crise de 29, o presidente Roosevelt buscava a reorganização e recuperação econômica de todo o país, entretanto, Pinto (2018) esclarece que a Suprema Corte julgava muitas leis que faziam parte do *New Deal* como inconstitucionais. Em razão desse comportamento, Roosevelt arquitetou um

projeto de lei de modo a reconfigurar o referido Tribunal para que seus magistrados fossem favoráveis às políticas públicas que ele buscava implementar. Apesar de não ser aprovado, o plano do Chefe do Executivo mudou o comportamento dos juízes quanto às decisões de cunho social e econômico.

Em decorrência dos fatos narrados, o historiador Schlesinger dividiu os nove magistrados do Tribunal Supremo em três grupos. O primeiro grupo denominou *judicial activists*, ou seja, ativistas, composto por

[...]Hugo L. Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge, por entender que eles substituíam a vontade do legislador pelas suas por acreditarem que deveriam atuar ativamente na defesa das liberdades civis ou dos direitos das minorias e das classes mais pobres. (PINTO, 2018, p. 65).

Já o segundo grupo, os *champions of self-restraint*, ou campeões da autocontenção, seria composto pelos

[...]juízes Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton, que, em uma atitude de maior deferência à vontade do legislador, discordavam daquele posicionamento, argumentando que não deviam intervir no campo político. (PINTO, 2018, p. 65).

O terceiro e último grupo, localizado em uma zona intermediária estariam, para Schlesinger, “o juiz Stanley Reed e o chief Justice Vinson” (PINTO, 2018, p. 65), como integrantes de um grupo moderado.

Como Schlesinger utilizou o termo de forma despreocupada e casual, apenas para traçar os perfis da forma de atuação dos nove magistrado da Suprema Corte, Pinto (2018, p. 66) demonstra que

[...]o sentido original da expressão “ativismo judicial” está fortemente associado às preferências político-ideológicas dos magistrados da Suprema Corte dos EUA e à projeção dessas preferências nas decisões judiciais, de modo que é comum dividir o ativismo daquele Tribunal em dois aspectos: conservador e liberal.

Estudos apontam que o ativismo judicial pode ser constatado no judiciário norte-americano antes mesmo do surgimento do termo, com a análise de casos do século XIX. Entretanto, as decisões desse período em que se pode identificar a presença do comportamento ativista traduzem-se muito mais como conservadoras do que como liberais.

Moraes (2020, p. 835) confirma ao revelar que

Aponta-se, como a primeira decisão considerada como ativista, embora inexistisse a terminologia à época, o caso *Dred Scott*, de 1857, quando julgando uma lei que libertava automaticamente os escravos que ingressassem num território onde a escravidão tivesse sido anteriormente abolida, a Suprema Corte declarou-a inconstitucional, por ferir o direito de propriedade, protegido pela cláusula do *due process of law*.

O doutrinador também salienta que a mesma cláusula retromencionada, no direito brasileiro conhecida como devido processo legal,

[...]foi invocada na decisão *Lochner v. New York*, de 1905, permitindo que a Corte invalidasse direito social consagrado pela legislação, que passará a limitar a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias; o argumento foi de que a lei privava os cidadãos de sua liberdade de contratar. (MORAES, 2020, p. 835).

Posteriormente, tanto na história norte-americana como em diversos países ao redor do globo, pôde-se verificar a presença do ativismo judicial ora declinando-se ao liberalismo, ora ao conservadorismo. Por isso, a fim de que se chegue em seu verdadeiro conceito, imprescindível é que se busque compreender a origem, o contexto histórico do termo.

Moraes (2020) também esclarece que é nos casos de Defesa dos Direitos Fundamentais que se pode constatar que o ativismo judicial no direito norte-americano se encontra acompanhado tanto de pensamentos progressistas como do radical conservadorismo.

Alguns anos após o já descrito embate entre o presidente Roosevelt e a Suprema Corte, mais precisamente na década de 50, o cenário do judiciário norte-americano alterou-se com a chegada de Earl Warren à presidência da Corte. Entre os anos de 1953 a 1969, constatou-se nas decisões referentes a Direitos Fundamentais, que os magistrados passaram a adotar uma postura mais progressista.

Com relação aos casos da Corte Warren, Barroso (2009, p. 14) exemplifica os seguintes processos

[...]envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Foi em razão desse recorrente posicionamento progressista dos membros da Corte Warren que os críticos norte-americanos mais conservadores passaram a vincular significados negativos ao termo “ativismo judicial”, pois em todos esses casos a Suprema Corte entregava um direito, um entendimento, que não advinha de atos políticos, seja do Presidente da República, seja do Congresso.

Perante tal histórico, Barroso (2020, p. 434), busca definir ativismo judicial como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” e completa, defendendo esse comportamento, garantindo que “Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.”.

Em outras palavras, o autor define-o como

[...]uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p. 14).

Já Ramos (2015, p. 131) conceitua ativismo judicial como

[...]o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

No mesmo sentido e baseando-se, especialmente, no pensamento de Ronald Dworkin, Vianna (2017, p. 365) entende que esse fenômeno

[...]indica um excesso no exercício da função jurisdicional; caracteriza-se por uma atuação além dos limites permitidos ao magistrado. Sugere que o juiz tenha invadido a seara própria de atuação de outro Poder do Estado, e que esta invasão não encontra base jurídico-constitucional. Implica, pois, em ofensa à independência e harmonia entre os Poderes.

Pinto (2018) revela que William P. Marshall em sua obra *Conservatives and the seven sins of judicial activism* dividiu o ativismo judicial em 7 (sete) tipos, sendo eles: o contra-majoritário, o não originalista, o de precedentes, o formal, o material (ou

criativo), o remediador e o *partisan*. Ao analisar tais definições, o autor defende que na realidade do Brasil contemporâneo não há o que se falar no tipo do ativismo material ou criativo, pois o próprio ordenamento jurídico pátrio atribuiu ao STF a função de último guardião da Constituição, antevendo a sua intervenção fiscalizatória de constitucionalidade nos demais poderes.

Entretanto, quanto ao tipo do ativismo formal, Pinto (2018, p. 71) elucida que “o verdadeiro ativismo judicial, no sentido *pejorativo* de violação do princípio da separação de poderes, só se configura claramente sob o aspecto formal “. Por isso, o autor entende que

[...]com a decisão ativista, não se busca predominantemente concretizar ou materializar direitos – embora se possa fazê-lo reflexamente –, mas sim criar uma competência judicial nova ou elastecer a eficácia de uma decisão. Assim, na nossa compreensão, ativismo judicial consiste na postura expansiva do juiz que, por meio da função jurisdicional e em desrespeito ao princípio da separação de poderes, amplia os limites de sua própria competência (ativismo “competencial”) e/ou alarga a eficácia de suas decisões (ativismo “eficacial”), mesmo que com pretexto sincero de concretizar direitos. (PINTO, 2018, p. 74).

Dessa forma, pode-se concluir que a obscuridade semântica que permeia o termo em questão abre infindáveis discussões acerca de sua identificação no comportamento dos magistrados, bem como na apuração de seus aspectos positivos e negativos para o Estado, a sociedade e cada um dos cidadãos.

## **2.2 Positivismo e sua importância histórica**

Ao longo da história, o direito encontrou-se presente nas mais diversas relações humanas. Revelou-se, principalmente, por meio de normas, podendo-se citar, como exemplo, culturas jurídicas como o Direito Romano, o Código de Hamurabi, a Lei das 12 Tábuas e as Leis de Moisés.

A partir dessa premissa, emergiram pensadores denominados jusnaturalistas que defendem a “busca de uma justiça eterna e imutável” (SOARES, 2019, p. 142). Fundamentavam as teses de seu movimento dividindo o direito em positivo e natural, sobrepondo este em detrimento daquele, pois alegavam que o direito natural

[...]enquanto representativo da justiça serviria como referencial valorativo (o direito positivo deve ser justo) e ontológico (o direito positivo injusto deixar de apresentar juridicidade), sob pena de a ordem jurídica identificar-se com a

força ou o mero arbítrio. O direito vale caso seja justo e, pois, legítimo, daí resultando a subordinação da validade à legitimidade da ordem jurídica. (SOARES, 2019, p. 141).

Em contrapartida a esse movimento, surgiu, na Alemanha e na França, a doutrina do Positivismo Jurídico, que ao longo da história teve importantes defensores de uma gama de correntes advindas dessa abordagem, como esclarece Camillo (2019), tais como Roger Bonnard, John Chipman Gray, Ludwig Wittgenstein, Rousseau, Kante e Georges Ripert.

Como o escopo do presente estudo não é o aprofundamento nas correntes positivistas, far-se-á apenas uma breve abordagem desse movimento para que, posteriormente, possa-se compreender o neoconstitucionalismo, também denominado Constitucionalismo Contemporâneo, e como foi fundamental para o surgimento do fenômeno do ativismo judicial.

Os precedentes históricos são fundamentais para o alicerce do movimento positivista, e Camillo (2019, p. 197) exemplifica alguns, como

[...](i) o dogma da onipotência do legislador, o que se dá historicamente com a criação do *Corpus Iuris Civilis* mediante a compilação determinada por JUSTINIANO; (ii) o movimento em favor da codificação, tanto na França como na Alemanha e, a partir daí, em todos os países ocidentais da tradição romano-germânica; (iii) a Escola da Exegese francesa (DURANTON, BLONDEAU e DEMOLOMBE), que mais empírica se portou entre todas as demais Escolas, a ponto de considerar como Direito, apenas aquele existente no então Código Napoleônico; e (iv) a Escola Histórica do Direito alemã (SAVIGNY, PUCHTA, IHERING, WINDSCHEID) que posicionou-se abertamente contra o Direito natural, especialmente quando do seu advento, pela figura genial de SAVIGNY, que sustentava que a existência do verdadeiro Direito decorria do *volksgeist* (espírito do povo).

Soares (2019, p. 163) define o positivismo jurídico como uma “doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.”, e completa afirmando que

A ciência do Direito, dentro do positivismo jurídico, tem por objeto e método o conhecimento do conjunto de normas que constituem o Direito vigente ou positivo, restando desvinculadas da sua essência as questões relativas à justiça. (SOARES, 2019, p. 163).

Decorrente do fim da Era Medieval e do surgimento do Estado moderno, Camillo (2019, p. 195) explica que o juspositivismo é uma “abordagem realizada pelo jurista do conteúdo do Direito como um Direito posto, isto é, positivado e chancelado pelo Estado.”.

Soares (2019, p. 163-164) elucida que

Com a formação do Estado moderno, o juiz, de livre órgão da sociedade, torna-se órgão do Estado, titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo. O direito positivo – direito posto e aprovado pelo Estado – é, pois, considerado como o único e verdadeiro direito.

Importa destacar algumas de suas características. Camillo (2019, p. 197) expõe que o direito positivo “se assenta na particularidade, para ter validade e vigência sobre um específico e determinado local de incidência”, “se mostra empiricamente próximo das necessidades sociais, sendo mutável com o tempo”, “estabelece aquilo que é útil e válido” e “torna-se conhecido – e por assim dizer obrigatório – a partir da promulgação de uma vontade alheia (heteronomia)”.

Entretanto, trazendo a lume aspectos negativos decorrentes dessa doutrina, Soares (2019, p. 166) explica que

[...]essa corrente positivista acabou valorizando demasiadamente a lei, desprezando as demais fontes estatais e não estatais do direito, além de reduzir o magistrado à condição de mero autômato, no momento tão crucial da interpretação e da aplicação da norma jurídica, quando se requer também o exame das dimensões de legitimidade e de efetividade do fenômeno jurídico.

### **2.3 Neoconstitucionalismo como precursor do ativismo judicial**

Apresentados os aspectos gerais do juspositivismo, convém, no presente momento, estudar o movimento neoconstitucionalista e qual foi o seu papel fundamental na origem do ativismo judicial.

Um dos diferenciais da tese do neoconstitucionalismo é o fim da separação entre o Direito e a moral. Camillo (2019, p. 208-209) explica que

[...]na ordem jurídica deverão ser integrados os valores morais da sociedade, os direitos naturais das pessoas, daí que os princípios assumem importância fundamental porquanto, atuando como *metanormas*, serviriam para conhecer, analisar e aplicar as demais normas jurídicas e, como tal, corresponderiam os princípios à essência que um ordenamento jurídico se refere ao determinar seu sistema de fontes.

Suas diferenças com o positivismo e com o constitucionalismo moderno mudaram a visão e o entendimento quanto à aplicação e interpretação do Direito. Por isso, Miranda, M. (2017, p. 117) explica que

A ideia de constitucionalismo contemporâneo ou Neoconstitucionalismo surge a partir do momento que se tem o diferencial em relação à mentalidade jus positivista em função do reconhecimento dos princípios como normas e, de suma importância que, sejam normas constitucionais, e em razão dos valores que, conseqüentemente, são alçados para o âmbito normativo constitucional, a tese positivista da separação entre Direito e moral cai por terra.

Barroso (2020), ao tratar do mundo romano-germânico nas últimas décadas, atribui o aparecimento desse novo direito constitucional, conhecido por neoconstitucionalismo, a três elementos, quais sejam, histórico, filosófico e teórico. E completa explicando que “Neles estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.” (BARROSO, 2020, p. 409).

O doutrinador explica que o marco histórico na Europa é o pós-guerra, principalmente nos países Alemanha e Itália. Miranda, M. (2017), esclarece que o cenário deixado pelo fim da II Guerra Mundial com as nações europeias em ruínas e suas populações sem condições básicas de sobrevivência deu início à necessidade de estabelecer-se constitucionalmente um Estado Prestacional, com dever de agir em prol da proteção dos direitos sociais.

Já no Brasil, Barroso (2020) explica que o marco em questão se deu no período de redemocratização, no final do século XX, com a promulgação da Constituição de 1988. Celebrando tal acontecimento, o autor expõe que “Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição.” (BARROSO, 2020, p. 409).

O marco filosófico é explicado por Barroso (2020, p. 410) como o pós-positivismo:

Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política.

Importa salientar que o autor, traz a lume características da construção filosófica do neoconstitucionalismo:

[..]reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da

argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. (BARROSO, 2020, p. 410).

O terceiro e último marco, o teórico, é concebido pelo doutrinador como decorrência de três paradigmas, sendo eles “a expansão da jurisdição constitucional”, “o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica” e “no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional.” (BARROSO, 2020, p. 410).

Buscando-se a conceituação do neoconstitucionalismo, pode-se compreendê-lo como

[...]uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição – editada após o restabelecimento do regime democrático – é tida como uma norma substantiva, composta primariamente de princípios, exigindo do intérprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente a ponderação. Ou seja, o Neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo inequivocamente uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos. (GALVÃO, 2014, p. 59).

Portanto, para o neoconstitucionalismo, tem-se a Constituição como uma norma acima das demais, materializada como “um acordo sobre os valores fundamentais que, positivados, irradiam os seus efeitos por todo o ordenamento jurídico” (MIRANDA, M., 2017, p. 118). Ele é uma

[...]forma de aplicação de princípios jurídicos capazes de sustentar os processos de interpretação e julgamento próprios aos mistérios do direito em âmbito da legitimidade da justiça como também na perspectiva da segurança que a legalidade preconizada pelo positivismo apregoa. (PESTANA, 2017, p. 213).

A partir de tal pensamento, tem-se o protagonismo do intérprete constitucional, que “passa a dar uma nova ótica à Norma Constitucional, na qual os valores jurídicos e morais passam a ser discutidos através dos princípios hermenêuticos constitucionais, visando o interesse da sociedade e da eficácia social da mesma.” (MIRANDA, M., 2017, p. 119).

Pode-se dizer que é sob essa ótica que os direitos fundamentais são tratados no Brasil contemporâneo. A abordagem trazida pelos juízes brasileiros utiliza-se dos princípios consagrados na Lei Maior para, primordialmente, buscar a efetivação desses direitos, como a dignidade da pessoa humana, por meio de decisões que passam a ser consideradas ativismo judicial.

Ora, o neoconstitucionalismo, ao consagrar princípios constitucionais em detrimento das demais regras, que, uma vez criadas pelo legislador infraconstitucional, não conseguem alcançar todos os casos levados ao judiciário, permite aos julgadores deste poder a utilização de determinados princípios para dizer o direito de quem buscou sua prestação jurisdicional.

Dessa forma, a fim de que se garantam as promessas resguardadas pelo Estado Democrático de Direito, o magistrado entrega decisões ativistas. Miranda, M. (2017, p. 120) explica: “Assim, o ativismo judicial torna-se preponderante para a efetivação de direitos fundamentais e sociais. Essa prática constitucional e processual dar-se-á como meio de *interface* na garantia e exercício dos direitos supracitados.”.

## **2.4 O fenômeno da Judicialização no Brasil**

Comumente, a expressão ativismo judicial aparece ligada à expressão judicialização da política. Porém, ambas constituem diferentes fenômenos com diferentes significados, os quais serão destrinchados adiante a fim de que não subsista tal confusão no decorrer do presente estudo.

Não se pode negar que a ampliação de direitos instituída pela Carta Política de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, elevou a procura da população e de diversos entes pelo judiciário. O fim do regime militar que durou 21 anos foi fundamental para o fenômeno da judicialização. Barroso (2009, p. 12) explica que a redemocratização “reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.”.

Quanto ao papel do Poder Judiciário, o autor também informa que

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (BARROSO, 2009, p. 12).

Barroso (2009) também atribui como causa da judicialização a constitucionalização, já explicada no subtópico anterior, quanto à força normativa que a Constituição ganhou em decorrência do neoconstitucionalismo.

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. (BARROSO, 2009, p. 12).

Barroso (2009), ainda, afirma o “*sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo” (BARROSO, 2009, p. 13, grifo do autor), como uma outra causa que ensejou o fenômeno em questão, pois tanto o Supremo Tribunal Federal como os demais tribunais e juízos que compõem o judiciário pátrio não optaram pela judicialização, mas apenas cumprem seu papel determinado pela Constituição de manifestar-se, quando provocado, para pronunciar-se nas ações que são postuladas.

Esse entendimento é ratificado ao entender-se que

[...]a judicialização da política pode ser definida como sendo o fenômeno pelo qual questões políticas são juridificadas (em nível constitucional), tornando-se questões de direito passíveis de serem judicializadas, e, se assim forem, passam a ser decididas, em caráter final, pelos juízes constitucionais – e não pelos representantes eleitos do povo. Trata-se, portanto, de uma intervenção do Poder Judiciário na arena política, mas constitucionalmente conformada, dentro do contexto e nos limites do sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade. (PINTO, 2018, p. 73).

Pinto (2018) esclarece, então, que ela se dá pela expansão do Judiciário nos demais poderes, interferindo nestes ao fiscalizar a constitucionalidade de questões previstas na Lei Maior. O autor também exemplifica a previsão de súmulas vinculantes como uma delegação formal ao Supremo do poder de legislar dado pela própria Constituição vigente.

Vianna (2017) atribui a ascensão do Judiciário em relação aos demais poderes principalmente pela passagem do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, momento no qual surgiram os direitos fundamentais sociais. Com o advento desses direitos de segunda geração, Vianna (2017) explica que o Judiciário ganhou protagonismo para cumprir o dever que o Estado passou a ter de concretizar esses direitos sociais, culturais e econômicos:

O papel secundário, antes conferido ao judiciário, de mero solucionador de conflitos individuais, neutro e apolítico, equidistante dos problemas sociais, acaba por ceder espaço ao judiciário atuante, em sintonia com os problemas sociais e voltado à garantia dos direitos individuais e à efetivação dos direitos sociais. (VIANNA, 2017, p. 363-364).

Pode-se perceber, portanto, que a confusão entre o ativismo judicial e a judicialização da política se dá porque ambos, além de atingirem questões políticas sensíveis, decorrem do protagonismo judicial originado no século XX.

Entretanto, enquanto o primeiro traduz-se na invasão praticada pelo magistrado em atribuições circunscritas aos verdadeiros representantes do povo, como já conceituado no presente trabalho, a judicialização da política “não expressa uma escolha do juiz, até porque o juiz sequer dispõe de *“jus postulandi”* para pleitear direitos.” (VIANNA, 2017, p. 366), mas sim ocorre quando o magistrado “recebe reivindicações para garantir e concretizar toda sorte de direitos” (VIANNA, 2017, p. 367), pois, pelo princípio da vedação ao *non liquet*, “se provocado, o juiz tem que decidir” (VIANNA, 2017, p. 367).

## 2.5 A Teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu

Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, foi um importante filósofo que difundiu a renomada Teoria da Separação dos Poderes. O francês, crítico do absolutismo, era defensor da democracia e acreditava que, para que essa fosse alcançada, fazia-se necessário que as funções estatais fossem divididas em Executivo, Legislativo e Judiciário, sem que os atores de um poder figurassem em outro.

Tal teoria foi abarcada pela Constituição da República de 1988, sendo, inclusive, incluída como cláusula pétreia. Seu artigo 2º declara: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). Em razão dessa previsão no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário estudar essa teoria para a melhor compreensão das consequências do ativismo judicial no Brasil contemporâneo.

Inspirado nas ideias de outro filósofo iluminista, John Locke, foi Montesquieu que propagou a teoria da separação dos poderes em sua obra publicada em 1748 intitulada “Do espírito das leis”. À luz da razão, em uma época em que reinavam governos despóticos, o escritor francês defendia que, conforme explicado por

Carvalho (2017), o homem é um ser que nasce livre, para viver em sociedade, onde devem haver regras positivadas para que, dessa forma, não seja subjugado pela vontade de um tirano. Montesquieu via a necessidade de evitar-se a tirania extirpando o poder das mãos de um só homem, de uma só instituição, como ocorria em diversos governos da época em que viveu, para reparti-lo a três pessoas/entidades diferentes.

Montesquieu (2018, p. 306) afirmou que

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais cidadãos, ou dos 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 os diferendos dos particulares.

Ramos (2015, p. 114) explica que o Barão de Montesquieu,

[...]a pretexto de descrever a Constituição da Inglaterra, faz a defesa enfática da monarquia limitada, em que as três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual.

Barroso (2009, p. 19) comprova a aplicação dos ensinamentos de Montesquieu no mundo atual:

A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes.

Insta salientar que a tripartição de poderes não se limita às divisões das funções estatais, mas impõe aos três “um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas” (BARROSO, 2009, p. 19). Esse instrumento de fiscalização denomina-se freios e contrapesos, no direito anglo-saxão: *checks and balances*. Sobre o assunto, Pinto (2018, p. 70) lembra

Ora, não se deve esquecer que a intromissão de um poder em outro faz parte da própria arquitetura constitucional do princípio da separação de poderes e da necessidade de manter o equilíbrio entre as forças políticas do Estado (*checks and balances*) e, nessa medida, afigura-se como uma manifestação genuína do exercício da função jurisdicional[...]

As controvérsias acerca do sistema de freios e contrapesos e o ativismo judicial fazem-se presentes nas discussões de vários estudiosos, como Moraes (2020, p. 834), que questiona:

Teríamos com o *ativismo judicial*, clara afronta à Separação de Poderes, com direta *usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa*, como por diversas vezes apontou o Juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte dos Estados Unidos, para desqualificar essa prática (cf. voto vencido no caso *Romer v. Evans*, 1996); ou, verdadeira necessidade constitucional permitida pelo sistema de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantir a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais?

Na República Federativa do Brasil, como um Estado Democrático de Direito, o titular do poder é o povo. Já o exercício desse foi entregue, pela Carta Política de 1988 aos três poderes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Quando esse último desborda de suas funções, ainda que sob a premissa de garantir aos cidadãos direitos fundamentais, muitos entendem que resta configurada uma usurpação de poder, que nada mais é do que o ativismo judicial.

O sistema de freios e contrapesos, portanto, serviria para inibir esse abuso, para impor limites a esse comportamento inerente ao ser humano. Assim, Montesquieu (2018, p. 303) afirma: “Para que se não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder.”.

Na visão de Montesquieu, a cada um pertence uma distinta função. Carvalho (2017, p. 22) explica:

A função legislativa, ou seja, elaboração de normas jurídicas deve estar a cargo do Poder Legislativo.  
Cabe ao Poder Executivo ser o executor das leis. Administrar o Estado e dotando de meios capazes de propiciar o bem comum.  
Ao Poder Judiciário restou a função de julgar os casos concretos, sempre com o fim de harmonizar a vida social; isto é, também procurando atingir o bem comum.

Fundamentando-se nos dispositivos constitucionais, Pinto (2018, p. 46) elucida:

Assim, basta analisar a estrutura e as atribuições constitucionais do Poder Legislativo para não duvidar que sua função típica é a de legislar (arts. 44 a 75 da CF). Por outro lado, ao se examinar o feixe de competências do Poder Executivo, conclui-se que sua função primordial é governar/administrar (arts. 76 a 91 da CF). Por fim, o art. 92 da CF elenca os órgãos do Poder Judiciário e, na sequência, outorga a eles claramente a função jurisdicional, atribuindo-lhe o papel de “processar” e “julgar”, ou seja, de interpretar e aplicar o Direito a fim de dirimir conflitos jurídicos de interesses (arts. 92 a 126).

Quanto aos freios e contrapesos, Pinto desvenda com exemplos as funções atípicas de cada poder previstas na Constituição brasileira:

[..]a possibilidade de o presidente da República de legislar por medida provisória (art. 62), bem como de vetar projetos de leis aprovados pelo Congresso Nacional (art. 66, §1º) e de nomear os ministros dos Tribunais Superiores (art. 84, XIV e XVI), mediante aprovação do Senado Federal (art. 52, III, "a" e art. 101, parágrafo único). Por outro lado, o Poder Legislativo pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V). Ademais, ao Senado Federal compete processar e julgar o presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (art. 52, I e II).

Por fim, ainda dentro do sistema de *checks and balances*, o Poder Judiciário brasileiro pode declarar, em um caso concreto ou em tese, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos vigentes, desaplicando-os, anulando-os ou interpretando-os conforme a Constituição (arts. 102 e 103 da CF). (PINTO, 2018, p. 47).

É essa última um dos motivos pelos quais se inicia a discussão acerca da configuração e dos reflexos do ativismo judicial no Brasil contemporâneo, cuja Constituição prevê o controle de constitucionalidade difuso e o concentrado, de forma que se faz necessária a investigação da existência ou não de invasão à função legiferante do Poder Legislativo bem como de apropriação, em matéria de políticas públicas, da função do Executivo.

## 3

**ATIVISMO JUDICIAL AO REDOR DO GLOBO****3.1 Aspectos da *common law* e da *civil law***

Conforme explanado no capítulo anterior, o termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos da América em meados do século XX, o que comprova que o comportamento ativista não é exclusivo dos magistrados do Brasil contemporâneo. Além disso, podem ser encontradas evidências, estudos e críticas desse fenômeno nos mais variados países ao redor do globo, o que será demonstrado no presente capítulo.

Insta salientar, primeiramente, que cada país possui um regime jurídico com peculiaridades e regras próprias. Os sistemas jurídicos dos países ocidentais costumam ser divididos em duas grandes famílias, a família de origem romano-germânica, denominada de *civil law*, predominante em vários países da Europa continental e na América Latina, e a família conhecida como *common law*, fortemente presente em países de cultura anglo-saxônica.

Embora tradicionalmente o sistema jurídico brasileiro seja classificado como pertencente à família do *civil law*, no atual cenário jurídico pátrio é possível observar aspectos tanto da família romano-germânica quanto da família anglo-saxônica. Autores como Fredie Didier Júnior (2017, p. 67-69) chegam a afirmar que o sistema jurídico brasileiro não pode ser definido completamente por apenas um desses sistemas.

O autor ainda explica que enquanto o direito constitucional pátrio inspira-se na *common law*, consagrando, por exemplo, o princípio do devido processo legal, presente no ordenamento estadunidense, o direito infraconstitucional brasileiro baseia-se fortemente no direito romano-germânico, ou seja, de países como Itália, Alemanha e França. O autor elucida que

Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do *common law*[...] (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 67).

Quanto à miscigenação desses dois modelos de sistema jurídico e o exemplo dos referidos direitos coletivos, Didier Junior (2017, p. 69) afirma que:

Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. Um exemplo disso é o sistema de tutela de direitos coletivos: não nos consta que haja em um país de tradição romano-germânica um sistema tão bem desenvolvido e que, depois de quarenta anos, tenha mostrado bons resultados concretos.

Didier Junior (2017) também salienta que enquanto a valorização da opinião doutrinária, o controle de constitucionalidade concentrado e os vários códigos legais presentes no direito brasileiro são características do *civil law*, o controle de constitucionalidade difuso e a valorização da jurisprudência, também existentes no Brasil, são aspectos da *common law*. Portanto, o doutrinador compreende que, na verdade, o país possui um sistema híbrido, que apesar de ser inspirado em ambos modelos, desenvolveu sua própria tradição jurídica.

No mesmo sentido, Mancuso (2018), buscando deslindar o porquê de o incidente de uniformização de jurisprudência não ter alcançado a esperada eficiência na vigência do CPC/1973, que o atual Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, instituto semelhante trazido pela Lei 13.105/2015 (o vigente Código de Processo Civil), possui, explica que

[...]à época, prevalecia o entendimento de que num país legicêntrico como o Brasil (CF, art. 5º e inciso II), a jurisprudência não se alçava ao patamar de fonte do Direito, levando a que a instauração daquele incidente de uniformização ficasse ao livre critério de cada tribunal. Esse panorama hoje não mais subsiste, tendo em vista a notória aproximação entre as famílias jurídicas do *civil law* e do *common law*, donde deriva o perfil claramente precedentalista do vigente CPC, permitindo interpretar-se que a tese jurídica alcançada ao final do IRDR é de se aplicar impositivamente a juízes e tribunais (art. 927 e inciso III), assim agilizando os trâmites e propiciando tratamento isonômico aos jurisdicionados. (MANCUSO, 2018, p. 31).

Entretanto, apesar de a tradição brasileira aproximar-se de diversos aspectos do *common law*, o autor confessa que o sistema jurídico do país se arraiga no *civil law*, uma vez que se inspira no direito romano-germânico, portanto, é dotado de raízes legicêntricas:

[...] reporta-se, em muitas passagens, ao Direito romano, assim configurando o Brasil como um país legicêntrico, como tal filiado à família do *civil law*, tendo a norma legal como parâmetro para regulação e avaliação das condutas

comissivas e omissivas, assim no setor público como no privado: princípio da legalidade – CF, art. 5º e inciso II. (MANCUSO, 2018, p. 60).

A aproximação das duas famílias jurídicas ocidentais, contudo, não ocorre somente no Brasil, tendo a Inglaterra, por exemplo, demonstrado traços desse fenômeno, conforme afirma Maciel e Aguiar (2019, p. 184):

[...]aproximação cada vez maior entre os dois grandes sistemas jurídicos do Ocidente: o *common law* valoriza cada vez mais as leis (statutes) e o *civil law* (direitos romanistas) valoriza cada vez mais a jurisprudência. Caminha-se para a formação de um sistema misto, e a concretização desse fato não demora.

Para melhor compreensão entre as divergências entre esse sistema e o predominante no Brasil, Maciel e Aguiar (2019, p. 184) explicam que, com exceção ao direito constitucional, a legislação na cultura inglesa

[...]ocupa o segundo lugar entre as fontes do direito inglês, depois da jurisprudência. Mesmo assim as leis (os statutes) ainda são consideradas como exceções em relação ao *common law* e, por esse motivo, os juízes interpretam-nas de uma maneira restritiva. Verifica-se isso observando que, apesar da importância crescente da legislação, a Inglaterra permanece um país sem constituição escrita e sem códigos.

A prevalência do *common law* na Inglaterra e demais países colonizados por essa, de cultura anglo-saxônica, se dá, conforme justificado por Maciel e Aguiar (2019), em razão de o direito constitucional inglês basear-se primordialmente nos costumes e nos precedentes.

Já a adoção do *civil law* na cultura brasileira remonta ao país colonizador, Portugal, que durante os séculos XIII e XIV, sob a chefia do rei D. Diniz, abandonou os costumes e o direito velho, e promulgou a Lei das Sete Partidas, que “marca de vez a adoção pelos portugueses do sistema romano-germânico, também conhecido como *civil law*.” (MACIEL; AGUIAR, 2019, p. 195). Elas foram as precursoras das Ordenações Reais, as quais fizeram parte da evolução jurídica brasileira.

Moreira (2003, p. 59) conceitua o *civil law* como

[...]os sistemas formados sobre base romana, com a contribuição trazida pelos povos germânicos que invadiram o império. A ele pertencem os ordenamentos da maior parte do continente europeu e os das regiões que países aí situados colonizaram, entre elas a América latina.

Chaves (2017, p. 331) explica que “Deflui do próprio sistema *civil law* que este deva ser provido de disposições construídas pelo legislador que venham a regradar todas as relações possíveis.”.

Já o *common law*, para Maciel e Aguiar (2019, p. 179), “é o nome que se dá ao sistema jurídico elaborado na Inglaterra a partir do século XII, embasado nas decisões das jurisdições reais.”, “um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais.” (MACIEL; AGUIAR, 2019, p. 179).

Esclarece Galvão (2014, p. 59) que

Uma das principais facetas do *common law*, como se sabe, é a centralidade dos juízes na produção do Direito. A aplicação direta de princípios constitucionais – cujos conteúdos são indeterminados, permitindo o debate sobre valores morais por parte dos magistrados –, a ampliação do papel da jurisdição constitucional e a desvalorização da lei[...]

Para que se possa contrapor ambas as famílias, Moreira (2003) faz as seguintes comparações: enquanto em países de *civil law* os juízes chegam ao cargo por meio de concursos ou provas de capacidade intelectual, nos países de *common law* os critérios envolvem a política; a competência do júri para litígios não penais, apesar de comum em países de *common law*, é estranha aos de *civil law*; as audiências de julgamento, quanto à prova testemunhal, em países de *common law* é colhida diretamente pelos advogados, enquanto em países de *civil law* os interrogatórios são feitos pelo juiz ou por meio desse.

Explicitados os contrapontos, Chaves (2017) esclarece que mesmo em países de *common law*, onde as decisões judiciais são dotadas do poder de vinculação, não se pode falar em ativismo judicial pela mera existência de formação de precedente. O autor é adepto à tese de que só se pode falar em ativismo judicial quando o magistrado aplica seu próprio senso de justiça e suas convicções ao invés das normas vigentes em seu ordenamento jurídico, por isso afirma que “Mesmo em países que adotaram o sistema *common law*, não pode imediatamente afirmar que as decisões judiciais que formaram precedentes, se tratam de identidade de ativismo judicial” (CHAVES, 2017, p. 330). E acrescenta que

Tomando-se por fundamento que tais decisões se deram com fundamentos constitucionais, obedecendo a princípios e direitos fundamentais, não se pode afirmar que há identidade com “criação” ou “inovação” advindos da

decisão judicial, mas sim, que o sistema admite ao editar a norma específica da hipótese, se utilize de interpretação e cumprimento a princípios constitucionais e direitos fundamentais, que muitas das vezes, não se encontram expressas em textos normativos ordinários, para cumprimento imediato e mediante simples subsunção, mas que presentes no sistema, dependendo de uma construção e interpretação advinda do magistrado em face às especificidades do caso concreto. (CHAVES, 2017, p. 330).

O mesmo ocorre quando no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se a previsão das súmulas vinculantes, “[...]que atuam semelhantemente aos precedentes, enquanto não modificadas.” (CHAVES, 2017, p. 330), as quais apesar de ultrapassarem a função de coisa julgada entre as partes, não caracterizam o ativismo judicial, conforme defende Chaves (2017).

O autor ainda demonstra que a entrega de decisões consideradas por muitos como ativismo se dá em razão da falta de disposição legal de certas matérias no ordenamento pátrio, sobretudo direitos fundamentais, que em casos concretos são buscadas pelos jurisdicionados, tendo o Poder Judiciário, portanto, o dever de entregar a prestação jurisdicional requerida, inclusive em razão do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e da Vedação ao *Non Liqueat*, consagrados pela Lei Maior de 1988.

Como no sistema *civil law* cabe ao legislador regradar todas as possíveis situações, e sabe-se da impossibilidade de que ele preveja absolutamente todas elas, a depender da técnica de interpretação utilizada, o magistrado ficaria restrito ao disposto em lei, e, assim, não entregaria a devida análise e apreciação do caso concreto que lhe incumbe.

Para que o poder competente entregue ao jurisdicionado requerente o seu direito, o Judiciário tem adotado técnicas interpretativas “que possibilitem a utilização das normas constitucionais, visando exatamente, o cumprimento sistemático, reconhecendo-se a normatividade ampla.” (CHAVES, 2017, p. 332), caminhando, dessa forma, para além de técnicas mais restritivas, inerentes ao positivismo.

Chaves (2017) demonstra que em razão dessa situação, classificam muitas decisões como ativismo judicial, mas não se atentam ao fato de que o magistrado se fundamentou em normas preexistentes para suprir uma lacuna deixada pelo legislador, pois é daquele o dever de solucionar a situação que não foi prevista em lei por este, não havendo o que se falar, portanto, em invasão da competência legislativa.

### 3.2 Ativismo judicial e os ordenamentos jurídicos

Conforme já exposto no presente estudo, o ativismo judicial não se restringe à jurisdição brasileira, sendo um fenômeno presente em diversos países. Já demonstradas as peculiaridades de cada sistema jurídico, *civil law* e *common law*, faz-se necessário, no presente momento, uma breve explanação acerca de como o ativismo se apresenta em cada ordenamento jurídico ao redor do globo para que se tenha um panorama do direito comparado.

Ramos (2015, p. 106) afirma que

[..]é fundamental a visão comparatística, porquanto se a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário.

Isso porque, como ilustrado por David (1993, p. 120), no sistema do *civil law*, “[...]a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros.”. “Em sentido inverso, nos sistemas de *common law*, como é o caso do direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte[...]” (RAMOS, 2015, p. 107).

Iniciando a análise onde o termo em estudo nasceu, há alguns importantes casos para exemplificar o ativismo judicial alienígena. O primeiro deles é o julgamento “*Brown v. Board of Education of Topeka*”, importantíssimo para a luta do fim do segregacionismo e da tese do “separados, mas iguais” nos Estados Unidos da América. Nos ensinamentos de Souto (2019, p. 162):

Ao julgar em grau de recurso a ação intentada pelo pai da menor Linda Brown, a Corte decidiu que a doutrina dos iguais mas separados feria a Emenda XIV e, portanto, não se sustentava, considerando que a segregação praticada nas escolas públicas não propiciava às crianças “do grupo minoritário” as mesmas oportunidades educacionais e, ainda mais grave, causava-lhe (ao citado grupo minoritário) uma sensação de inferioridade, que afetava-lhe a motivação para aprender[...].

O autor ainda acrescenta que

O resultado do caso *Brown v. Board of Education* agasalha outro aspecto relevante, além da alteração da condição social dos afrodescendentes que se inicia a partir de então. Trata-se do caráter ativo da Suprema Corte, ou,

como é mais conhecido, ativismo judicial, que parece ter sido inaugurado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Na Corte Warren esse ativismo alcançou proporções jamais vistas na história dos Estados Unidos. (SOUTO, 2019, p. 162).

Outro caso conhecido, que ocorreu na mesma época, é o da americana Rosa Parks, que teve sua prisão decretada ao recusar ceder seu assento a um branco dentro do transporte público, o que era lei no Estado do Alabama, onde vivia.

A partir da prisão de Rosa Parks por “perturbação da ordem estabelecida”, os cidadãos negros se mobilizaram e, mediante um habeas corpus, negado tanto pela justiça local quando pelo Tribunal de Apelação do Estado do Alabama, chegou à Suprema Corte, que determinou a soltura de Rosa Parks e o fim da segregação racial em questão.

E o principal fundamento da Corte Suprema Norte-Americana foi que a lei local contrariava frontalmente nada menos que três emendas constitucionais: a 13ª, para a qual muito se esforçou o presidente Abraham Lincoln, somente aprovada após seu assassinato, em 1867, que aboliu a escravatura nos Estados Unidos, a 14ª, de 1868, que estabeleceu o princípio da igualdade de todos os cidadãos, independentemente de cor, e a 15ª emenda, que vedou expressamente a discriminação dos cidadãos por razões raciais. (FILOMENO, 2019, p. 172-173).

Demais julgamentos em que o judiciário norte-americano elevou a importância dos princípios constitucionais ao proferir uma decisão em detrimento da legislação local, conforme esclarece Vianna (2017, p. 358) foi, entre outros casos,

[...]“**Miranda v. Arizona**” (1966), que reconheceu direitos aos acusados da prática de crimes; “**Reed v. Reed**” (1971), que reconheceu a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado de Idaho que conferia aos homens prioridade em relação às mulheres na administração dos bens do espólio; “**Roe v. Wade**” 1973), que reconheceu à gestante, com base no direito de privacidade, o poder de decidir interromper a gravidez; “**Frontiero v. Richardson**” (1973), que decidiu não poder haver tratamento diferenciado entre homens e mulheres do exército americano na indicação dos beneficiários dos proventos de suas aposentadorias[.]

Vianna (2017) também frisa dois casos um pouco mais recentes, do ano de 2013, em que foi reconhecida a união de pessoas do mesmo sexo, “*Hollingsworth v. Perry*” e “*U.S. v. Windsor*”. Portanto, “Fez-se, pela via judicial, uma revolução que provavelmente não seria levada a cabo pelo processo político ordinário.” (GALVÃO, 2014, p. 161).

Quanto ao ativismo no Canadá, Vianna (2017, p. 359) lembra de quando “[...]sua Corte Máxima foi instada a decidir sobre a constitucionalidade da realização de testes de mísseis pelos EUA em território canadense.”.

Já na França, e no plano dos direitos individuais, Vianna (2017) traz dois casos que podem ser apontados como ativismo judicial. O primeiro ocorreu em 1992, conhecido como “*Bull. 1991, nº 13, p. 27*”, a partir do qual foi possível, fundamentando-se no Direito à aparência, alterar o nome da pessoa em assentos de nascimento após a cirurgia de mudança de sexo. O segundo, que aconteceu no ano 2000, foi o “*L’arrêt Perruche*”, no qual foi reconhecido à Nicolas Perruche o direito de não nascer, condenando os médicos a indenizá-lo por terem errado ao garantir que não haveria problemas em sua mãe manter a gravidez, mesmo tendo contraído rubéola, o que desencadeou graves problemas de saúde à Nicolas quando nasceu.

A França, segundo Pinto (2018), consagrou a separação dos poderes em sua primeira Constituição, de forma peculiar, não se atendo a todo o ensinamento de Montesquieu. Sua Lei Maior de 1791, período da Revolução Francesa, havia adotado “[...]uma separação rígida dos poderes embasada em uma interpretação radical da doutrina de Montesquieu, sem conexão ou interdependência entre eles.” (PINTO, 2018, p. 42). Com isso, Pinto (2018, p. 43) conclui que

[...]a falta de interdependência entre os poderes do Estado pode levar a condenação deles à luta e à rivalidade, tendencialmente culminando na concentração de todos os poderes em um só, circunstância que a própria ideia de separação de poderes visa impedir.

Outros países de raízes romano-germânicas, onde também se pode constatar o ativismo judicial são a Itália, a Alemanha e a Espanha. Todos passaram por um período de regime totalitário, e, ao buscarem a libertação do mesmo, promulgaram suas Constituições em 1947, 1949 e 1978, respectivamente.

Na Itália, em virtude das mudanças trazidas pelo novo constitucionalismo advindo do pós-guerra, a “quantidade de leis incompatíveis com a Constituição que o Parlamento se omitia em consertar determinaram uma postura ativista por parte da Corte” (FERNANDES; BORGES, 2011, p. 74). Fernandes e Borges (2011, p. 74) trazem como exemplo as sentenças aditivas, “que são as que estendem a um grupo de pessoas, sob o argumento de igualdade, um benefício deferido na lei somente a outro grupo”, o que em solos brasileiros, todavia, é lembrado pelos autores como algo

que não acontece, conforme disposto, por exemplo, na Súmula 339 do STF, transformada na Súmula Vinculante 37<sup>1</sup>.

Já a Espanha libertou-se do fascismo apenas na década de 1970, podendo ser considerada, assim como o Brasil, uma jovem democracia. Fernandes e Borges (2011, p. 75) explicam que “Da mesma forma que no caminho italiano, a inércia parlamentar dá lugar ao maior ativismo por parte da Corte Constitucional.”, sendo, portanto, o judiciário espanhol, dotado de decisões mais interpretativas.

Uma das pioneiras do movimento constitucional no período seguinte à Segunda Guerra Mundial, “A tradição germânica repousa na premissa de um sistema normativo racional, que foi temperado com essa concepção da Constituição como sistema de valores.” (FERNANDES; BORGES, 2011, p. 72). No direito alemão, o importante papel da Constituição em todo o ordenamento jurídico entrega aos juízes da Corte Constitucional a tarefa de identificar os princípios dela para que se aplique em seus julgados. Já quanto aos direitos sociais, Fernandes e Borges (2011, p. 73) elucidam que na Alemanha “a postura da Corte Constitucional, em face da omissão estatal na realização de políticas públicas, é mais contida.”.

Quanto a esse breve exame possibilitado pelo direito comparado, os autores concluem que

[...]a melhor atuação parece estar na realização dos direitos constitucionais, notadamente os fundamentais, mesmo que seja necessária uma postura ativista, que de início não é recomendável, mas que, por exceção, torna-se absolutamente indispensável. (FERNANDES; BORGES, 2011, p. 76).

No mesmo sentido, Ramos (2015, p. 112) entende que

[...]invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.

Portanto, pode-se concluir que

A análise dos precedentes do direito alienígena serve como exemplo para o Supremo Tribunal Federal e demais órgãos judiciais utilizarem com parcimônia a atuação proativa, sem, contudo, esquivar-se de seu mister constitucional de proteção dos direitos constitucionais sempre que a situação de crise assim exigir. (FERNANDES; BORGES, 2011, p. 76).

---

<sup>1</sup> Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

## 4

## IDENTIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

### 4.1 Análise de casos concretos

Superado o conceito, o histórico e o direito comparado, cabe, no presente momento, o estudo de julgamentos de tribunais brasileiros nos quais pode-se identificar o ativismo judicial. Esta pesquisa não estaria completa se não fossem trazidos exemplos para que se pudesse demonstrar decisões ativistas em casos concretos, já que o fenômeno advém de condutas praticadas pelos magistrados.

Luiz Flávio Gomes (2009), em matéria para o jornal Estadão, revelou que o rumo do ordenamento jurídico foi mudado por juízes ainda na década de 60, quando do judiciário surgiu a inédita possibilidade de direito de meação da concubina. Além disso, o jurista traz o exemplo da invenção da prisão-albergue como uma outra forma de invasão à função legiferante.

Gláucia Milício (2009) elenca casos de ativismo judicial em instâncias inferiores como a criação de um projeto denominado Kit Educação pela juíza do Juizado Especial de Águas Lindas de Goiás (GO), cuja finalidade era a aquisição de materiais escolares para alunos de escolas municipais comprados com o dinheiro obtido em transações penais. Outro caso trazido por ela foi a imposição de toque de recolher feita por um juiz de Taperoá, na Paraíba, sob a égide de diminuir os índices de violência da região, determinando que menores de 12 anos não poderiam circular nas ruas após às 21 horas.

Situação semelhante, trazido por Balbino (2013), ocorreu em Minas Gerais, nas cidades de Guaxupé e São Pedro da União, quando o juiz da Infância e Juventude editou portaria determinado toque de recolher para menores de 12 anos a partir das 21 horas e para adolescentes de 12 a 16 anos a partir das 23 horas, nos casos em que não estiverem acompanhados pelos pais ou responsável. O magistrado alegou que a decisão foi proveniente de pedidos da própria sociedade, por meio de abaixo assinado, e ainda fundamentou a inédita criação dessa determinação por meio de portaria com o objetivo de afastar tanto crianças como adolescentes do tráfico de

entorpecentes e do consumo de bebidas alcoólicas. Pessoas contra tal decisão alegaram violação ao direito de ir e vir, o que em 2010 também foi entendida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que derrubou semelhante portaria do mesmo juiz em Monte Sião, além de outra em Patos de Minas (BALBINO, 2013).

Milício (2008) traz decisões do interior da Bahia, no município de Conceição do Coité, onde um juiz condenou um homem mudo e surdo por furto, mas ao invés de enviá-lo à cadeia, decretou como pena que o condenado estudasse e procurasse um emprego, entendendo que em uma penitenciária ele não teria possibilidade de ressocialização<sup>2</sup>. Outro caso julgado pelo mesmo juiz foi a determinação da expedição de um alvará de soltura para uma jovem de 19 anos envolvida em tráfico de drogas em razão de ser mãe de um bebê de dois meses<sup>3</sup>. Milício (2008) ainda conta que o referido magistrado “[...]dispensou as provas técnicas e qualquer outra formalidade da Justiça” ao julgar uma ação em que o aparelho telefônico de um marceneiro quebrou após dois meses de uso, determinando que a loja que lhe vendeu o produto devolvesse o dinheiro, e que a fabricante enviasse um novo aparelho ao autor<sup>4</sup>.

Gonçalves (2017) descreve uma decisão de primeira instância de um juiz federal que impôs a obrigação de ser aumentada a quantidade de servidores em uma delegacia da polícia civil. Entretanto, a decisão foi cassada ao ser reconhecida como ativismo judicial no Tribunal Regional Federal da 5ª Região<sup>5</sup>, pois o número de cargos de uma repartição pública é matéria exclusiva da Administração, não cabendo ao Poder Judiciário, portanto, tal decisão.

Um caso mais recente, ocorrido no início do ano de 2021, foi a inovadora decisão de uma juíza de Santa Catarina ao reconhecer o gênero neutro requerido por uma pessoa para que fosse alterada sua certidão de nascimento bem como o seu nome. A sentença fundamentou-se na garantia do direito fundamental à autodeterminação de gênero e em doutrinas estrangeiras e nacionais, pois não há, no Brasil, lei, tampouco jurisprudência, que discipline o assunto.

Outra situação reconhecida como ativismo judicial é a condenação do Estado a fornecer medicamentos e tratamentos médicos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em ações propostas por pessoas acometida por alguma doença. Os

---

<sup>2</sup> Processo nº 1863657-4/2008

<sup>3</sup> Processo nº 1989989-6/2008

<sup>4</sup> Processo nº 0737/05

<sup>5</sup> APELREEX 481 PE 2007.83.04.000217-8

julgamentos costumam ser favoráveis ao requerente, que busca seu direito à saúde e à vida, princípios observados pelos magistrados no momento da sentença. Sopesando esses direitos fundamentais que garantem o mínimo existencial<sup>6</sup> e o princípio da reserva do possível, os juízes de todos os graus tendem à escolha daqueles em detrimento deste, ainda que na lei ou em contratos com planos de saúde não haja qualquer previsão de fornecimento dos medicamentos ou tratamentos médicos pleiteados.

Toron et al. (2020, p. 35-36) revela que

Provavelmente, a principal área de políticas públicas hoje no Brasil em que há forte judicialização é o direito à saúde. Segundo dados do Ministério da Saúde, entre 2010 a 2016 o gasto com ações judiciais sobre direito à saúde aumentou em mais de 1.000%, chegando ao patamar, em 2017, de R\$ 7 bilhões de reais em municípios e estados e R\$ 1 bilhão na União.

O autor defende que há problemas nesses tipos de decisões, por entender que as mesmas beneficiam alguns grupos de jurisdicionados que tiveram condições de buscar a justiça enquanto prejudica o restante da população, pois o orçamento das políticas públicas é definido apenas pelo Poder Executivo e Legislativo causando desproporção nos recursos financeiros do aparelho estatal, os quais são finitos.

O problema dessa forma de conceituação do conteúdo jurídico de um direito fundamental é desconsiderar, por definição, as limitações jurídicas e fáticas necessárias para a sua concretização. Do ponto de vista jurídico, uma visão absoluta do mínimo existencial permitiria, no limite, a expropriação de bens públicos e privados para cessão àqueles que necessitem – raciocínio pouco plausível tendo em vista a existência de outros direitos fundamentais como a propriedade e o direito sobre o trabalho. Do ponto de vista fático, a visão absoluta ignora um dado da realidade simples e inexorável: a escassez de recursos para concretização dos direitos fundamentais. (TORON et al., 2020, p. 41).

Por fim, traz a seguinte reflexão:

Diante dessas ressalvas, não se trata simplesmente de entender que o Poder Judiciário no Brasil não deve desempenhar nenhum papel relevante na proteção de direitos sociais, pois sua efetiva constitucionalização produz efeitos jurídicos que devem ser protegidos. A grande questão é como conceber essa proteção jurídica para além de argumentos que tornem absolutos certos direitos sociais, que, na prática, podem transformar o Poder Judiciário em um “Robin Hood” ao contrário. (TORON et al., 2020, p. 48).

---

<sup>6</sup> “[...]um conjunto de posições jurídicas de prestação definitivamente protegidas por determinados direitos fundamentais que independem de qualquer consideração política ou econômica para serem concretizados por via judicial.” (TORON et al., 2020, p.39).

Ainda quanto ao mínimo existencial em decisões que versam sobre a saúde do litigante e o fornecimento de medicamentos, tem-se o seguinte agravo nº 201102010003386 julgado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual, conforme explicado por Gonçalves (2017), reconhece sua postura ativista, mas a defende como necessária apenas em situações excepcionais.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL. IRRECORRIBILIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DOENÇA DE GAUCHER. REQUISITOS. ART. 273. PRESENÇA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E À VIDA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 1. Inicialmente, não se conhece do agravo interno, visto o não cabimento de recurso contra decisão que defere o pedido de antecipação de tutela recursal. Precedentes. 2. Ainda que determinado serviço seja prestado por uma das entidades federativas, ou instituições a elas vinculadas, nada impede que as outras sejam demandadas, de modo que todas elas (União, Estados, Município) têm, igualmente, legitimidade para figurarem no pólo passivo em causas que versem sobre o fornecimento de medicamentos a pacientes do SUS. Precedentes. 3. A decisão judicial que determina o fornecimento de medicamentos essenciais para a saúde e a vida não constitui afronta à separação de poderes e tampouco representa um ativismo exacerbado do Judiciário. Do contrário, concretiza a função máxima do Judiciário, qual seja, de zelar pela aplicação das leis e pelos princípios basilares da Constituição Federal de 1988, garantindo-lhes aplicabilidade. 4. Conforme se observa da documentação constante dos autos e restou consignado na decisão acima referida o recorrente é "portador de doença de gaucher tipo I Cid 10 E75.2, com quadro de doença óssea grave (...) A interrupção do tratamento com Imiglucerase coloca a vida do menor em risco"(fls.30). 5. Restando comprovado o acometimento do agravante de determinada moléstia grave e a necessidade de medicamentos específicos para um tratamento eficaz, estes devem ser disponibilizados, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida. Precedentes. 6. Agravo interno não conhecido. 7. Agravo de instrumento conhecido e provido. (BRASIL, 2011).

O julgado demonstra que o tribunal primou pelo direito à saúde do agravante, por ser portador da doença de Gaucher, e garantiu a ele os medicamentos específicos para um tratamento eficaz, sendo negado por seus magistrados a incidência de um ativismo exacerbado nessa decisão.

Outro Tribunal Regional Federal considerado ativista por Gonçalves (2017) é o da 5ª região, que trouxe a seguinte decisão quanto ao direito probatório:

EMBARGOS INFRINGENTES. SFH. "CONJUNTO HABITACIONAL PARQUE DOS COQUEIROS". PRELIMINAR: SENTENÇA ULTRA PETITA. SENTENÇA FUNDAMENTADA EM AUDITORIA DO MINISTÉRIO DO BEM-ESTAR SOCIAL. PROVA NÃO TRAZIDA AO FEITO PELOS AUTORES.

-A TENDÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL MODERNO É EMPRESTAR MAIS DINAMISMO AO JULGADOR, POSSIBILITANDO-LHE REALIZAR A EFETIVA BUSCA DA VERDADE MATERIAL.

-O ATIVISMO JUDICIAL PERCUTE NA SEARA PROBATÓRIA, INSPIRANDO O CONCEITO DE PROVA EMPRESTADA, OU SEJA, A FACULDADE DE O JUIZ DETERMINAR A JUNTADA AOS AUTOS DE TRASLADO DE DOCUMENTO HÁBIL AO DESLINDE DA MATÉRIA, QUANDO DE NOTORIEDADE INQUESTIONÁVEL.

-REPRESENTARIA ATO ATENTATÓRIO À JUSTIÇA, EM SENTIDO AMPLO, A POSTURA DO MAGISTRADO QUE, DIANTE DA OMISSÃO PROBATÓRIA DE UM DOS LITIGANTES, PROFERISSE UMA DECISÃO EM TOTAL DESCOMPASSO COM UMA REALIDADE AMPLAMENTE CONHECIDA NA SOCIEDADE.

EMBARGOS INFRINGENTES DESPROVIDOS. (BRASIL, 2002).

Gonçalves (2017, p. 294) esclarece que

[...]o tribunal, apesar da inexistência de norma processual que lhe possibilitasse a utilização de provas emprestadas *ex officio*, valendo-se do ativismo judicial na seara do direito probatório, reconheceu que tal conduta tomada por magistrado de primeira instância não resultaria numa sentença *ultra petita* e, tampouco, violaria princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

E acrescenta que “foram privilegiados, assim, os escopos social e político da jurisdição, numa nítida opção pela postura pró-ativa por parte do Poder Judiciário Federal.” (GONÇALVES, 2017, p. 294).

Na seara criminal, Castro (2017) destaca um posicionamento já adotado no Superior Tribunal de Justiça, porém não pacificado, da qualificante de rompimento de obstáculo no crime de furto.

Contrariando o próprio significado da palavra *obstáculo* (=aquilo que se coloca entre o sujeito e a coisa impedindo o seu contato), o Superior Tribunal de Justiça, para evitar abrandamentos de pena injustificáveis, estende o conceito de *obstáculo* para que o furto de veículo automotor, quando realizado mediante arrombamento de janelas, por exemplo, seja qualificado pelo rompimento de obstáculo, ainda que o dano não incida efetivamente sobre algo que se coloca entre o agressor e a *res*, mas sobre o próprio bem. (CASTRO, 2017, p. 317).

Outro caso do mesmo tribunal no qual se pode vislumbrar o ativismo judicial é quanto ao artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Em 2018, seus ministros entenderam que referido dispositivo, que elenca as decisões contra as quais cabem agravo de instrumento, não é um rol taxativo, mas sim é de taxatividade mitigada<sup>7</sup>. Claramente, o posicionamento dos magistrados trouxe inovação jurídica, pois a norma

<sup>7</sup> REsp 1.696.396/MT e do REsp 1.704.520/MT

em comento sequer trouxe tal previsão. Portanto, em desacordo ao estabelecido pelo Poder Legislativo quando da edição do novo *Códex*, o Judiciário de fato criou nova previsão de hipóteses de cabimento do referido recurso.

Castro (2017, p. 309) afirma que “[...]decisões judiciais classificáveis como verdadeiramente *ativistas* são menos recorrentes no Superior Tribunal de Justiça do que no Supremo Tribunal Federal.”. O autor ainda chama a atenção que “ao contrário do que ocorre com o Superior Tribunal de Justiça, o ativismo no Supremo Tribunal Federal é mais marcante e recorrente, por isso mesmo, mais nocivo, temerário.” (CASTRO, 2017, p. 309). Portanto, faz mister trazer à baila casos concretos em que a Corte Suprema entregou notáveis decisões *ativistas* para ilustrar o tema em estudo.

Os julgamentos que serão trazidos a seguir abordam assuntos ligados a políticas públicas, matérias de governança e disputas políticas, que, segundo Madeira (2017), encontram-se eivados de exemplos de decisões *ativistas*. Alguns deles são: a restrição do uso de algemas que se tornou súmula vinculante, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, que declarou inconstitucional a interpretação de que interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada no Código Penal, a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, a não-recepção da Lei de Imprensa, o reconhecimento de união estável em união homoafetiva, o julgamento sobre fidelidade partidária e a vedação ao nepotismo convertida em súmula vinculante.

Pinto (2017) traz como outro exemplo de ativismo a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) após ser impetrado mandado de injunção visando autorização para a greve dos servidores públicos civis

mesmo sem a aprovação da lei específica exigida pela Constituição (art. 37, VII, da CF), como ocorreu no julgamento conjunto, em 25.10.2007, dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA. Nesses casos, o ativismo do STF configura-se em relação à força da decisão, consistindo em suprir normativamente, com eficácia *erga omnes* (e não apenas para as partes do processo concreto submetido a julgamento), a omissão do legislador em regulamentar o direito de greve. (PINTO, 2018, p. 76).

O autor entende ser *ativista* a decisão judicial, pois ampliou sua eficácia quando seus efeitos deveriam ater-se às partes do processo, não sendo o devido instrumento para suprir a lacuna deixada pelo legislativo.

Quanto ao caso do reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>8</sup>, os ministros reconheceram que o texto constitucional não traz óbices à sua equiparação à união estável heterossexual. A decisão do Supremo derivou de mudanças na sociedade não acompanhadas pela legislação, tampouco pela Constituição, mas Campos (2014) entende tal julgamento como ativista, embora os ministros tenham pautado-se em princípios fundamentais como “a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a cláusula geral de liberdade e a proibição de preconceito por orientação sexual” (CAMPOS, 2014, p. 286).

Quanto à decisão do STF sobre a interrupção de gravidez de feto anencéfalo, Castro (2017) entende ser precedente perigoso e extremamente ativista. O autor defende que não incumbe ao Poder Judiciário, mas sim ao Legislativo, a descriminalização do aborto nessa situação, pois ao juiz caberia apenas declarar a exclusão de culpabilidade da mãe conforme a apuração de cada caso concreto, “o que não ocorre quando se declara a inexistência de crime por atipicidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.” (CASTRO, 2017, p. 319). O autor conclui que

A modulação desses efeitos é flagrante manipulação discursiva para avocar a competência legislativa de efetivamente excluir do ordenamento jurídico essa hipótese incriminadora, ou fazer inserir nova hipótese legal de exclusão do crime de aborto, ao lado daquelas que já existem[.] (CASTRO, 2017, p. 320).

Outro caso que teve repercussão foi a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Apesar de ser uma questão política, especificamente de gestão administrativa, a decisão do STF trouxe problemas e consequências socioeconômicas negativas para a região, como explicado por Toron et al. (2020, p. 240-241):

O STF no julgamento da PET nº 3.388, portanto, acabou por examinar problema sobre o qual tinha poucas e inconsistentes informações e se limitou a decidir com base em argumentação genérica. O equívoco do Tribunal, portanto, perpassou e ignorou duas premissas essenciais do problema: (i) não realizou um exame independente de prognoses que informassem as bases da decisão administrativa de demarcação da terra indígena; e (ii) acabou por assumir a responsabilidade política e de gestão administrativa quando avalizou, sem examinar criticamente, a decisão do Poder Executivo acerca da criação da terra indígena contínua. Ao concordar implicitamente com os dados e conclusões do Poder Executivo, assumiu de modo infortuito a responsabilidade pela tragédia que ainda se verifica na região.

---

<sup>8</sup> ADFP nº 132-RJ e ADI nº 4.277-DF

## O autor ainda demonstra

[...]outra prova do equívoco da postura do STF diante dessa questão: seus ministros assumiram como natural uma conduta absolutamente estranha à função judicante, qual seja, a presidência do processo de “desintrusão” da população não indígena da nova terra indígena que deveria ser, com todas as suas consequências, do Ministério da Justiça, que inicialmente propusera a demarcação contínua. Esse fato franqueou parte da imagem institucional do STF, debilitando no processo sua própria autoridade, pois se obrigou a tratar de temas menores, questões operacionais, providências executivas e de gestão administrativas, o que escapava abissalmente de suas verdadeiras responsabilidades constitucionais. (TORON et al., 2020, p. 240-241).

Por último, para os fins do presente estudo, já que não se pretende abordar todas as decisões envoltas no fenômeno do ativismo judicial, será analisado porque a Súmula Vinculante 13<sup>9</sup>, que trata de nepotismo, deriva de uma decisão ativista. Novais e Arruda (2014) explicam que a vedação ao nepotismo nas esferas dos três poderes foi materializada pelo STF após Ação Declaratória de Constitucionalidade sobre resolução do CNJ que trazia essa proibição apenas ao judiciário. Contudo, os efeitos da decisão ampliaram essa disposição de forma inédita, pois a questão não se adequava às possibilidades de criação de súmula vinculante.

O tema nepotismo só é previsto nas resoluções do Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público, não sendo, portanto, objeto de norma constitucional, como prescreve o art. 103-A, §1º da Carta Magna, configurando situação *sui generis*. Por inexistir norma jurídica controvertida em relação a sua interpretação, eficácia ou validade, não há que se falar na necessidade de Súmula Vinculante. (NOVAIS; ARRUDA, 2014, p. 17).

Dessa forma, o ativismo judicial levou o STF a não se ater aos requisitos para edição de Súmula Vinculante, ampliando seu poder a toda a Administração Pública de uma forma inovadora e não prevista em qualquer norma do ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>9</sup> A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

## 4.2 O Poder Judiciário brasileiro como instituição essencial ao Estado Democrático de Direito

Tavares (2020, p. 968) conceitua o Poder Judiciário brasileiro “como o conjunto dos órgãos públicos que detêm o exercício da função jurisdicional”, sendo que “a ele foi atribuída a tarefa de declarar o Direito e de julgar.” (TAVARES, 2020, p. 968). Seus órgãos estão arrolados nos sete incisos do artigo 92 da Constituição da República de 1988.

Como bem explica Humberto Teodoro Junior:

Ao vetar aos indivíduos fazer justiça pelas próprias mãos e ao assumir a jurisdição, o Estado não só se encarregou da tutela jurídica dos direitos subjetivos, como se obrigou a prestá-la sempre que regularmente invocada, estabelecendo, de tal arte, em favor do interessado, a faculdade de requerer sua intervenção sempre que se julgue lesado ou ameaçado em seus direitos. (TEODORO JUNIOR, 2021, p. 170).

Após os horrores da 2ª Guerra Mundial, o período de ditadura civil-militar no Brasil, a redemocratização do país e o neoconstitucionalismo, o Judiciário, como já demonstrado no presente trabalho, ganhou força, independência e visibilidade, que se perpetua nas últimas três décadas desde a promulgação da atual Constituição. Uma das razões para o protagonismo dessa instituição essencial ao Estado Democrático de Direito é a busca dos cidadãos para resolução de seus conflitos por vias judiciais,

[...]inclusive porque as matérias que antes eram alvo dos políticos na sua função de legislar, agora se tomaram competência dos magistrados, que transformaram o meio jurídico uma maneira de limitar o poder político. Ou seja, quando tais matérias são constitucionalizadas, o que realmente acontece é a política sendo transformada em direito, visto que questões como meio ambiente, educação etc. podem ser alvos de ações judiciais. (NOVAIS; ARRUDA, 2014, p. 13).

Como explica Madeira (2017, p. 225):

O poder judiciário não mais se importa somente com a resolução das lides julgando somente o direito material no caso concreto. O que se tem acompanhado é uma preocupação do Judiciário com o coletivo, denotando assim cumprimento de atribuição que não lhe são pertinentes. Assim, ampliando sua atuação, o Poder Judiciário vem tomando espaço na mídia e no meio jurídico, abarcando polêmicas e temas que não lhe competem, seja pelos detentores de cargos eletivos ou por interesse dos

próprios parlamentares, seja pela busca por uma prestação jurisdicional mais efetiva.

A ascensão dos direitos de 2ª Geração imputou ao Estado o dever prestacional positivo de garantir aos cidadãos um mínimo existencial, principalmente em áreas como saúde, educação, moradia e trabalho. Uma vez que os legisladores e os governantes não entregam de maneira eficaz tal direito à coletividade, ao jurisdicionado resta buscá-lo junto aos magistrados.

Como bem explicado por Gonçalves (2017, p. 259), essa maior atuação do Judiciário que ensejou o ativismo judicial

[...]seria uma espécie de “fuga” [...] em relação as suas funções tipicamente estabelecidas no texto constitucional. Tal postura ganhou força diante da teoria neoconstitucionalista e das modernas exigências das democracias contemporâneas, que exigem do Poder Judiciário um posicionamento que externe a flexibilização da teoria da separação dos poderes, em nome da concretização e efetivação dos direitos constitucionais.

Pode-se observar em casos concretos que essa atuação ativista gera consequências negativas, como no já referido caso do julgamento da reserva indígena Raposa Serra do Sol, no qual o STF extrapolou os limites de suas funções, invadindo competências de gestão administrativa e executiva, resultando

[...]em um verdadeiro desastre socioeconômico com a expulsão das famílias de não índios, dentre pequenos e médios produtores de arroz e pecuaristas, e que precipitou êxodo também de mestiços e de parcelas dos índios da área recém-demarcada; estes últimos em busca de educação, saúde e saneamento para suas famílias. (TORON et al., 2020, p.241).

Essa equivocada decisão do tribunal, que não foi positiva para os jurisdicionados, não se atentou ao que Barroso define como capacidade institucional.

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de Direito o árbitro mais qualificado por falta de informação ou conhecimento específico.[...]

Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. (BARROSO, 2008, p. 09).

Portanto, percebe-se que o judiciário ao envolver-se com certas questões políticas, corre risco de usurpar as funções legislativas e executivas. A separação dos poderes foi defendida por Montesquieu e implementada no Brasil contemporâneo justamente para que se evitasse a instauração de uma hegemonia por qualquer instituição, primando-se pela harmonia e independência entre os três poderes. Assim, a vontade do povo, verdadeiro titular do poder, seria concretizada por intermédio de seus representantes, ou seja, aqueles eleitos por voto para ocuparem cargos do Executivo e do Legislativo para exercerem referido poder, traduzindo-se, dessa forma, em uma democracia.

A evidente tripartição idealizada pelo Barão de Montesquieu, não transfere decisões políticas aos magistrados, pois o uso da técnica é o que está adstrito ao cargo que ocupam, ao qual chegam por meio de

[...]concursos públicos, com análise de provas de conhecimentos e títulos. Não há escolha pelo voto popular, tal como ocorre com os membros do poder Legislativo.

Dessa forma, sua atividade deve ser exclusivamente jurisdicional. Não há espaço para os magistrados inovarem na ordem constitucional brasileira por carência de legitimidade para tanto. Somente o poder Legislativo, incumbido de representar o povo em sua atividade legiferante é órgão de legítima representação popular para criar regras que regem a coletividade. (LUCAS; JORDACE, 2016, p. 284).

Assim, para compreender como essa instituição essencial ao Estado Democrático de Direito deve se portar em um país erigido sobre as bases do *Civil Law*, os autores explicam que

[...]se o poder Judiciário fosse constituído por membros indicados pela sociedade, com a participação de todos por intermédio do voto popular, os argumentos do presente trabalho iriam cair por terra. É o que ocorre nos Estados Unidos, por exemplo, onde os juízes são escolhidos pelo povo. Mas, essa é a característica do sistema da *Common Law*, sistema não adotado pelo Brasil. (LUCAS; JORDACE, 2016, p. 284).

## 5

## A ASCENSÃO DO PROTAGONISMO JUDICIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

### 5.1 A tripartição dos poderes segundo a Constituição Federal de 1988

Preceitua o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). “Com efeito, são Poderes do Estado e não somente da União, como leitura apressada pode indicar.” (CARVALHO, 2017, p. 35).

O princípio da separação dos poderes enunciado no citado dispositivo está firmado como cláusula pétrea explícita, ou seja, foi arrolado pelo artigo 60, § 4º da CF, não podendo ser abolido do texto constitucional por meio de emenda, mas somente com o advento de nova Constituição.

Como afirma Carvalho (2017, p. 23),

Os Poderes devem ser independentes, não isolados, a fim de que cada um possa exercer sua função conforme as regras previstas pelo Poder Constituinte, que deve sempre refletir a vontade da Nação, que sabemos foge e teme a ditadura.

Em razão disso, será estudado neste momento como se dá a separação dos três Poderes no ordenamento jurídico brasileiro vigente, proporcionando uma melhor compreensão do papel de cada um deles e suas funções típicas e atípicas constitucionalmente previstas.

Ao contrapor democracia antiga à democracia contemporânea, Ferreira Filho (2011, p. 46) afirma que esta

[...]é uma democracia indireta. O povo se governa, sim, mas por intermédio de representantes que elege. E estes representantes eleitos atuam num quadro de poderes delimitados, internamente, pela separação de poderes[...]

Essa separação “[...]impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio de autoridades independentes.” (FERREIRA FILHO, 2020, p. 116). Além disso, “[...]indica independência, mas que

não se trata de algo absoluto, ao contrário, o texto constitucional contém normas que atenuam esta independência, criando o sistema de freios.” (CARVALHO, 2017, p. 25), “[...]sob o qual pode vicejar a liberdade individual.” (FERREIRA FILHO, 2020, p. 116).

Ademais, importante esclarecer, conforme preceitua Martins (2021) e Tavares (2020), que o uso da palavra “poderes” se dá no sentido conotativo, já que o poder estatal é indivisível, ocorrendo, na verdade, uma divisão de funções entre órgãos do Estado. No mesmo sentido, Carvalho (2017, p. 35): “Claro então que há unidade de poder com separação em titularidade de exercício para cada uma das funções; legislativa, executiva e judicial.”.

Martins (2021, p. 202) elucida que:

A Constituição de 1988 prevê dois princípios que regem expressamente a Separação dos Poderes: independência e harmonia. Em Constituições anteriores (1891, 1934, 1946, 1967 e 1969), também havia expressa previsão do princípio da “indelegabilidade”. A indelegabilidade não está prevista expressamente em nossa Constituição, no nosso entender, em razão do grande número de exceções em que um Poder delega suas funções típicas a outro.

Importante ressaltar, conforme dito por Martins (2021, p. 617), que

como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, caso um Poder use de forma desmedida, desproporcional, uma função atípica, tornando-a preponderante, haverá violação da separação dos poderes.

A separação consagrada na atual República Federativa do Brasil é a difundida por Montesquieu (2018, p. 305):

Em cada Estado existem três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executor das coisas que dependem do direito dos povos, e o poder executor das que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado faz as leis por um tempo ou para sempre, e corrige ou revoga as que foram feitas. Com o segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Com o terceiro, pune os crimes, ou julga os diferendos dos particulares.

Compreendida a importância da tripartição de poderes no Brasil, uma democracia indireta contemporânea, passar-se-á ao estudo de como eles encontram-se divididos, destrinchando-se, para tanto, as funções típicas e atípicas de cada um para que se possa esclarecer o funcionamento do sistema de freios e contrapesos.

### 5.1.1 Poder Judiciário

Novais e Arruda (2014) explicam que o Poder Judiciário esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição, em 1824, quando era apenas uma das quatro divisões das funções estatais, pois existia o Poder Moderador, reservado ao Imperador, sendo um resquício do absolutismo. Os autores também esclarecem, quanto à Constituição brasileira de 1937, que essa criou certas atribuições para o Executivo, como a expedição de Decreto-Lei, que geraram o fim da harmonia e independência, “[...]demonstrando, portanto, desprezo da teoria de Montesquieu.” (NOVAIS; ARRUDA, 2014, p. 10).

Apesar de recuperado o equilíbrio com o advento de nova Constituição (1946), anos mais tarde foi institucionalizada a ditadura civil-militar no Brasil, cuja Constituição em 1967, ampliou “[...]os poderes do Executivo sobre o Legislativo e Judiciário, e mais uma vez deturpando a teoria tripartite de Montesquieu com a centralização do poder, ainda que pregasse o federalismo.” (NOVAIS; ARRUDA, 2014, p. 11).

Já pela Constituição Federal de 1988, foi instituído novamente “[...]um estado de equilíbrio para se evitar a arbitrariedade por meio do sistema de freios e contrapesos.” (NOVAIS; ARRUDA, 2014, p. 11). Ela determinou ao Judiciário, precipuamente, resolver os conflitos, julgar, dizer o Direito. Em razão disso, “[...]o Poder Judiciário pode ser definido como o conjunto dos órgãos públicos que detêm o exercício da função jurisdicional.” (TAVARES, 2020, p. 968).

Como bem estabelece Miranda, J. (2019, p. 476):

Na função jurisdicional define-se o Direito (*juris dictio*) em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre particulares e entidades públicas, e aplicação de sanções), e em abstrato, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de atos jurídicos (máxime, de atos normativos).

Assim, no atual ordenamento jurídico brasileiro, ao Poder Judiciário incumbe

[...]a aplicação do direito objetivo a uma situação fática que a ele se ajusta, quer compreenda esse suporte fático um litígio envolvendo direitos e interesses subjetivos, quer se reduza à verificação da adequação, formal e material, de um ato legislativo (que atua sobre a configuração do ordenamento, mas a ele também se submete) à Constituição. (RAMOS, 2015, p. 120).

Dessa forma, pode-se entender o Judiciário como uma das divisões do poder estatal ao qual cabe a atividade de dizer o direito, declará-lo em conflitos entre particulares e/ou entre entidades públicas, julgando de acordo com as normas já editadas a fim de que se alcance uma decisão para o caso concreto que fará coisa julgada entre as partes. Ademais, Tavares (2020) compreende outra função típica, qual seja, a de controle dos demais poderes, em conformidade com a Constituição Federal.

Quanto à função de resolver os conflitos levados ao Estado, Tavares (2020, p. 968), afirma que “[..]A) o Estado não pode negar-se a apreciar e decidir o conflito social; e B) nenhum conflito social poderá ser excluído (previamente, por lei ou por qualquer outro ato) da apreciação dos órgãos estatais competentes.”, conforme dispõe o texto constitucional<sup>10</sup>.

Quanto às suas funções atípicas, Martins (2021, p. 616) esclarece:

Não obstante, também exerce duas funções de forma excepcional (funções atípicas): legislar (quando os Tribunais, por exemplo, editam seus regimentos internos) e administrar (quando o próprio Judiciário faz a contratação, demissão de seus funcionários, bem como verifica licenças, férias, sanções etc.).

E Ferreira Filho (2020, p. 118) acrescenta que o Judiciário no exercício dessa forma subsidiária de função:

[...]ora participa da elaboração da lei (pela iniciativa de certos projetos — v.g., Constituição de 1988, art. 96, II) —, se é que não legisla pelas súmulas vinculantes (v.g., CF, com a EC nº 45/2004, art. 103-A).

Como atividades atípicas do Poder Judiciário, portanto, é trazido por autores funções preponderantes nos demais poderes, quais sejam, a de legislar, que se manifesta quando os Tribunais elaboram seus regimentos internos<sup>11</sup> ou, como entendido por alguns autores, quando criam súmulas vinculantes, e a de ordem administrativa, quanto aos seus próprios órgãos e seu pessoal.

---

<sup>10</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>11</sup> Constituição Federal de 1988, art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

### 5.1.2 Poder Legislativo

“Tradicionalmente, como se sabe, a incumbência de redigir e editar as leis gerais, que devem reger a sociedade, encontra-se atribuída ao Poder Legislativo.” (TAVARES, 2020, p. 1003).

Novais e Arruda (2014, p. 12) explicam que

No Brasil, esse Poder é representado pelo Congresso Nacional, que é composto pelo Senado e pela Câmara dos Deputados. De acordo com o Princípio da Simetria, no âmbito Estadual há a Assembleia Legislativa e no âmbito municipal a Câmara de Vereadores.

Sua importância no Estado Democrático de Direito brasileiro “[..]está caracterizada pela necessidade de um órgão próprio, que representando o povo e os Estados-Membros, exerça o processo legislativo.” (CARVALHO, 2017, p. 39).

Então, o poder legislativo que é exercido por representantes do povo deve constituir o elemento essencial ao sentido da nova repartição de competência entre os três Poderes. No caso foi considerado o espírito revolucionário de 1789.

A essencialidade do poder legislativo exercendo sua função sem intromissão é indiscutível ficando estabelecido pela constituição que a Assunção ao cargo de legislador se dá através da escolha popular e é temporário. (CARVALHO, 2017, p. 39).

Entretanto, conforme esclarecido por Novais e Arruda (2014), ao longo das várias Constituições brasileiras, o Poder Legislativo sofreu referidas intromissões, podendo ser listado, por exemplo, o controle exercido pelo Imperador por meio do Poder Moderador sobre todos os demais na Constituição de 1824, o forte controle do Executivo instituído pela chamada Constituição Polaca (1937), que se repetiu na vigência do regime militar, suprimindo a harmonia e a independência que hoje é concebida pela Lei Maior.

Assim como os demais Poderes, ao Legislativo também estão reservadas funções atípicas. Para Martins (2021, p. 616) elas são

[...]administrar (contratando, demitindo funcionários, bem como verificando férias, licenças, contratos etc.) e julgar (o Senado Federal, por exemplo, nos termos do art. 52, I, da Constituição Federal, pode julgar o Presidente da República no crime de responsabilidade).

### 5.1.3 Poder Executivo

A função típica do Executivo é caracterizada por “[...]aplicar a lei elaborada pelo Legislativo[...]” (CARVALHO, 2017, p. 40), “[...]administrar, dentro dos limites legais.” (MARTINS, 2021, p. 616) e “governar o povo.” (NOVAIS; ARRUDA, 2014, p. 12).

No decorrer das Constituições, houve o fortalecimento do Poder Executivo, como na Constituição de 1937, quando se criou a possibilidade de expedição de Decreto-Lei e quando “[...]o Presidente poderia validar uma norma que foi declarada inconstitucional pelo Judiciário, com aprovação de 2/3 do Parlamento.” (NOVAIS; ARRUDA, 2014, p. 10), além da redução ocorrida na composição do Poder Judiciário.

Já a Constituição de 1967 determinava que “As emendas constitucionais se tornaram exclusivas do Poder Executivo, como também o poder de legislar em matéria de segurança e orçamento.” (NOVAIS; ARRUDA, 2014, p. 11). Além disso, essa concentração de poder fortaleceu-se em 1969 com a promulgação da Emenda Constitucional nº 1.

No cenário de busca pelo equilíbrio concebido pela Constituição Federal de 1988, Carvalho (2017, p. 36) afirma que “A Constituição Federal fixa precisamente os titulares do exercício para os Três Poderes, mas permite a ingerência, além do controle necessário, do Presidente da República nos outros Poderes.”. E explica:

Quanto ao exercício do poder, há que se lembrar que muito se fala dos “limites constitucionais” que são impostos aos titulares; mas o que se constata na Constituição Brasileira é que os limites “impostos” ao Presidente da República como titular da função executiva está muito longe de ser alcançado, porque como sempre lembrado além de administrar legisla e faz a composição de órgãos legislativo e judiciário.

Os limites constitucionais para o Presidente da República são modestos. (CARVALHO, 2017, p. 41).

No mesmo sentido, Ferreira Filho (2011, p. 151) afirma:

A concentração do Poder em favor do Executivo tem um primeiro instrumento no amplíssimo poder de intervenção na economia e nas finanças que, provindo de regimes anteriores — desde o Estado Novo, sem dúvida — não foi desfeito pela Constituição.

Além disso, está o Executivo dotado de funções subsidiárias, pois “[...]não raro legisla (formalmente pelas medidas provisórias ou pela delegação, informalmente, por

meio dos “regulamentos”) e julga (no contencioso dito administrativo).” (FERREIRA FILHO, 2020, p. 118).

Como expõe Martins (2021, p. 202),

[...]a lei delegada, prevista no art. 68 da Constituição, consiste na possibilidade de o Congresso Nacional delegar ao Presidente da República a possibilidade de elaborar uma lei sobre um assunto específico.

Quanto às medidas provisórias, o autor traz o voto do Ministro Celso de Mello proferido no julgamento da ADI 2.213<sup>12</sup>, que ocorreu em um período de “uso desmesurado de medidas provisórias” (MARTINS, 2021, p. 617), como uma explicação sobre como se dá a violação da separação de poderes ao passo que se utiliza de forma abusiva de uma função atípica. O proferido pelo supracitado Ministro revela a necessidade do respeito à ordem constitucionalmente imposta para impedir quaisquer insurgências de um poder estatal sobre outro, como pode ser compreendido a partir da leitura do trecho a seguir:

Não podemos ignorar que a crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. [...]

Eventuais dificuldades de ordem política – exceto quando verdadeiramente presentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material – não podem justificar a utilização de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, além de apropriar-se ilegitimamente da mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, converter-se em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de checks and balances, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. (BRASIL, 2002)

#### 5.1.4 Sistema de freios e contrapesos

Como foi visto, “Cada *poder*, em caráter secundário, colabora no desempenho de outras funções, pratica atos teoricamente fora de sua esfera.” (FERREIRA FILHO, 2020, p. 118). Isso ocorre porque,

---

12 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213-0 - Questão do abuso presidencial na edição de medidas provisórias. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doCID=347486>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

Na realidade, não é rigoroso o uso da expressão “independência”, nem mesmo “separação de Poderes”. Não pode haver real independência nem absoluta separação, o que ocasionaria a paralisação do Estado ou uma disputa interna entre os “Poderes” insuperável. (TAVARES, 2020, p. 1103)

Portanto, para proporcionar segurança à população e garantia do bem comum, busca-se evitar violações ao exercício do poder atenuando a constitucionalmente consagrada independência e utilizando o sistema de freios e contrapesos, pois “Para que se não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder.” (MONTESQUIEU, 2018, p. 303).

Para Martins (2021, p. 617),

A primeira demonstração do sistema de freios e contrapesos se deu na Inglaterra, em razão do relacionamento entre a Câmara dos Lordes (nobreza), balanceando os projetos de lei da Câmara dos Comuns. Todavia, foi na teoria e na prática constitucional norte-americana que o sistema de freios e contrapesos ganhou a projeção que ostenta até os dias atuais.

O autor ainda explica que “A expressão foi criada no direito norte-americano, máxime com o *judicial review* (a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário), em razão do caso *Marbury v. Madison*.” (MARTINS, 2021, p. 203).

Também denominados *checks and balances*, “Os freios e contrapesos permitem que um órgão limite a atuação dos outros, interferindo na sua composição [...]ou funcionamento” (MARTINS, 2021, p. 617). “Assim, trata-se de uma interferência, de uma fiscalização recíproca entre os Poderes, de modo a que um não se sobreponha aos demais.” (MARTINS, 2021, p. 617), pois “se espera impedir o abuso, fazendo com que “o poder detenha o poder”.” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 47).

Ferreira Filho (2020, p. 117) afirma que “O próprio Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo *veto*, no processo legislativo.”. A Carta Magna de 1988 prevê tal intervenção ao instituir o chamado veto presidencial<sup>13</sup> a “projeto de lei do Poder Legislativo que, no seu

---

13 Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

entender, seja inconstitucional ou contrário ao interesse público (art. 66, § 1º)” (MARTINS, 2021, p. 203).

Outra interferência ao Legislativo revelada por Martins (2021) é a realizada pelo Judiciário no chamado controle de constitucionalidade, declarando lei elaborada por aquele poder como inconstitucional (artigo 97 da Constituição Federal)<sup>14</sup>.

Os parlamentares, por sua vez, podem rejeitar medida provisória<sup>15</sup> produzida pelo Poder Executivo, como também julgam este nos crimes de responsabilidade<sup>16</sup>. (MARTINS, 2021). Nesse sentido Tavares (2020, p. 1103) acrescenta que

Apesar da independência do Executivo, mencionada constitucionalmente, esse Poder responde por seus atos contrários à lei perante o Judiciário e, eventualmente, perante o próprio Legislativo. Essa responsabilidade alcança tanto o Estado como pessoa política quanto os agentes públicos no exercício de cargo.

Como um outro exemplo da adoção dos freios e contrapesos pela Constituição Federal de 1988 quanto à composição dos órgãos pertencentes ao Poder Judiciário, Martins (2021, p. 617) traz o exemplo da “participação do Poder Executivo e Legislativo na composição dos Tribunais Superiores” disposta pelo artigo 101, parágrafo único da Lei Maior<sup>17</sup>.

Portanto, fica evidente a necessidade da utilização dos *checks and balances* no Brasil como democracia contemporânea, pois

Não basta o comportamento dos titulares é imprescindível que a constituição que adota a teoria de Montesquieu de fato estabeleça normas que possibilitem cooperação constitucional a concretizar o bem comum fazendo valer a teoria que se diz adotar. (CARVALHO, 2017, p. 36-37).

---

14 Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

15 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

16 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

17 Art. 101, Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

## **5.2 O ativismo judicial como ultraje ao Estado Democrático de Direito e à organização institucional do Estado brasileiro**

Pormenorizadas as funções típicas e atípicas dos três Poderes do Estado brasileiro e o papel de cada um no sistema de freios e contrapesos constitucionalmente previsto, far-se-á uma análise de como o ativismo judicial interfere no bem comum de toda a nação, cuja proteção cabe ao Estado Democrático de Direito e às suas instituições.

Primeiramente, para atender aos objetivos do presente estudo quanto ao impacto do ativismo judicial no Brasil contemporâneo, foi necessário o esclarecimento acerca da separação dos poderes, pois como afirma Castro (2017, p. 307)

[...]entende-se o ativismo de forma crítica, como atuação judicial que viola a separação dos poderes e/ou desconsidera as peculiaridades de cada matéria analisada, bem como as dificuldades de implementação dessas decisões ou os efeitos nefastos que delas podem advir.

Essas decisões podem irradiar seus efeitos a todos os jurisdicionados, e, em razão disso, podem ser consideradas violações ao bem comum. Como explicado por Filomeno (2019, p. 96):

Não se admite a existência do Estado sem um fim específico: o bem comum. Desde logo se pode constatar que a existência da sociedade política com território e população definidos, governo soberano e normas comportamentais não se justifica como um fim em si mesma, mas, sim, para que se alcance o bem-estar da mesma população.

Dessa forma, o autor acrescenta que

[...]podemos dizer que o Estado realiza o bem comum à medida que mantém a segurança interna e externa de uma população (forças, policiais e armadas, em última análise), constrói o Estado de direito (pela aplicação efetiva das normas jurídicas e respeito aos direitos e garantias individuais) e atende ao bem-estar de todos. (FILOMENO, 2019, p. 96).

Esse Estado de Direito consagrado pelas democracias contemporâneas, é explicado da seguinte maneira por Ferreira Filho (2011, p. 47):

As garantias dos direitos fundamentais, as liberdades, e a separação de poderes, que se inscreve na Constituição, formam a base do Estado de Direito. Pois, como diz o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do

Cidadão de 1789: “A sociedade onde não estiverem assegurados os direitos fundamentais nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição”.

Desse modo, o comportamento ativista dos magistrados brasileiros, já exposto por meio da descrição de casos concretos no presente trabalho, é visto por estudiosos como embate à democracia conquistada pelos brasileiros, ao passo que o Judiciário suprime essa separação de poderes, principalmente quanto à invasão da função legiferante. Nesse sentido, Pinto (2018, p. 79) explica que:

As decisões ativistas, sob o ponto de vista formal, caracterizam-se por um enorme esforço argumentativo por parte dos juízes constitucionais. Dezenas, às vezes centenas, de páginas escritas são utilizadas para camuflar um certo abuso da função jurisdicional ou a própria usurpação judicial da função legislativa.

E como constatado por Gonçalves (2017, p. 299):

Ao que tudo indica, a maioria dos doutrinadores aponta para a existência de um desequilíbrio causado pela prática do ativismo judicial, na seara da separação dos poderes, da democracia e da própria segurança jurídica.

Quanto ao Estado de Direito e à democracia, ambos característicos do Brasil, pois expressos no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, Scalabrin e Melo (2017, p. 124) expõem:

Analisando a realidade mundial atual, em paralelo aos direitos de primeira geração firmados no Estado de Direito e à democracia na liberdade do cidadão de escolher os seus governantes, constituem o processo eleitoral o nascimento e a conservação das democracias representativas. Assim, ainda que atualmente o processo eleitoral seja rejeitado por grande parte da população mundial, desacreditada das falas demagógicas de políticos, o processo é importante para a democracia, pois a ruptura do sistema eleitoral e da política representaria a morte da democracia representativa.

Isso porque “No modelo institucional que hoje se reconhece por democrático, o primeiro ponto a sublinhar é exatamente o caráter representativo do governo. Este é exercido por representantes[...]” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 46).

Tais representantes têm por isso de ser eleitos pelo povo, que, por meio dessa escolha, participa do governo. Assim, a eleição, a eleição livre, é o método democrático por excelência. Por ela se designam os mandatários do povo; por meio dela, na medida em que as ideias e programas a determinam,

a designação desses mandatários não é apenas a seleção de “senhores” do povo, ainda que temporários. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 46).

Desse modo, vê-se a importância das funções dos poderes Legislativo e Executivo delimitadas em um país democrático, pois denotam a representação da vontade da população por meio de seus membros que são eleitos pelo povo para utilizarem-se do processo legislativo estabelecido no texto constitucional para criar leis e governar esse mesmo povo. Entretanto, indaga-se sobre o que ocorre quando o jurisdicionado busca a resolução de uma lide, mas sua matéria não encontra previsão legal.

Acredita-se que não seja por falta de propostas acerca do tema, ou mesmo incapacidade do legislador, mas provavelmente e lamentavelmente, seja o que se evidencia, fundamentado na falta de coragem ao assumir a responsabilidade por temas que talvez venha a trazer impopularidade, ceifando votos preciosos. (CHAVES, 2017, p. 333).

Campos (2014, p. 286) traz a união homoafetiva como exemplo concreto da falta de discussão no plano político de assuntos polêmicos:

[...]a evolução nos planos social e institucional era evidente, faltando o plano político-parlamentar avançar neste sentido. Porém, em questões morais controversas, nosso sistema parlamentar simplesmente não tem conseguido evoluir. O vácuo de consenso político sobre tais temas não é tanto pela falta de iniciativa para deliberação, mas, sobretudo pela falta de consenso. No caso da união homoafetiva, seja pela impossibilidade real de consenso legislativo, seja pelo receio dos parlamentares face aos custos políticos que estariam presentes qual fosse a decisão, ou mesmo em função da sub-representação política dos homossexuais, a verdade é que a questão não encontraria outra definição se não fosse pelas mãos do Supremo.

O temor em perder votos da população descrito por Chaves (2017), inerente aos ocupantes de cargos políticos, é um dos motivos pelos quais não ocorre, no Brasil, um processo eleitoral para o preenchimento do cargo de juiz, pois a Constituição Federal de 1988 dedica a estes a função jurisdicional, em que se utiliza de técnicas de interpretação das normas para entregar o Direito a quem requerer, não sendo função típica do Judiciário, a legiferante. Dessa forma, a Lei Maior prevê garantias aos magistrados para que possam exercer o poder que lhes foi conferido sem o temor da impopularidade e sem ofender o acesso à justiça, a vedação ao *non liquet* e a inafastabilidade da jurisdição, princípios já descritos no presente estudo.

Essas garantias dos membros do Judiciário encontram-se descritas a seguir:

Justifica-se a vitaliciedade porque a sociedade deve ter a segurança que suas questões serão julgadas por alguém, aquele que está exercendo a titularidade do Poder, que não precisa fazer pender a balança da Justiça para um ou outro lado, como uma forma de se manter no Poder.

A vitaliciedade antes de ser uma garantia ao Magistrado é uma garantia da sociedade.

Assunção por concurso público tem sua justificativa porque este Poder é técnico-jurídico. Evidente que tem sua feição política, mas a capacidade técnica do julgador é essencial para que o direito positivo seja fielmente aplicado aos casos postos em julgamento. (CARVALHO, 2017, p. 43).

Corroborando tal entendimento de temor à impopularidade característico de cargos políticos com mandatos temporários aos quais se chega diretamente por voto popular, Pinto (2018, p. 99) realiza a seguinte observação:

Assim, a judicialização da política pode ser fruto de um cálculo estratégico de atores políticos que, visando evitar o desgaste ou o custo eleitoral de decisões impopulares, transferem o poder de resolver as questões polêmicas, sem qualquer possibilidade de consenso social, para os tribunais, cujos membros são eleitoralmente irresponsáveis. Trata-se do uso político das cortes como forma de desresponsabilização política de agentes políticos.

Para buscar garantir o Estado de Direito, o sistema jurídico construído no Brasil importou-se com a composição dos membros dos três poderes, estabelecendo uma diferenciação entre Executivo/Legislativo, por serem substancialmente compostos por cargos políticos de mandatos fixos, e Poder Judiciário, cujas cadeiras são majoritariamente preenchidas por meio de concursos públicos e dotadas de garantias, como a vitaliciedade.

Dessa forma, diferentemente do que ocorre em parte do território dos Estados Unidos da América, sistema díspar do Brasil, onde os magistrados ocupam seus cargos por meio da participação eleitoral da população, o poder constituinte originário do atual ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu uma certa, mas não rígida, restrição à atuação política de juízes, principalmente os de instâncias inferiores, o que denota o impedimento desses magistrados a criar normas ao invés de aterem-se à interpretação e à aplicação de leis já existentes, pois a concepção destas foi reservada, pelo poder constituinte de primeiro grau, ao Poder Legislativo. Assim, comportamentos que se desvirtuam de tal imposição constitucional poderiam ir de encontro ao Estado Democrático de Direito, pois estariam descompassados com a previsão da Lei Maior.

Lucas e Jordace (2016, p. 280) explicam, quanto ao diferente sistema escolhido pelo povo norte-americano, sob os alicerces da democracia, que

O motivo para tanto é que o bloco constitucional estadunidense[...] foi elaborado por uma escolha democrática da população, feita por uma construção histórica por meio de diálogo e discussão – única forma de enaltecer a democracia e ter a plena legitimidade e facticidade de uma norma. Assim, como foi o próprio povo que escolheu o sistema jurídico, com a interferência agressiva do Poder Judiciário nas normas do Poder Legislativo, é legítimo e esperado um ativismo mais agressivo por parte daquele.

O que ocorreu ao longo das últimas décadas no território brasileiro, a redemocratização advinda do fim da ditadura civil-militar na década de 1980, a ruptura com o positivismo, o fenômeno do neoconstitucionalismo e a força normativa atribuída à Constituição de 1988, foram fatores que deram causa a um considerável aumento da atuação do judiciário no campo sociopolítico. Pinto (2018) defende que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, principalmente em razão da juridificação de questões políticas e do não cumprimento do Estado, por meio de seus atores políticos, de entrega dos direitos sociais, contribuiu para o protagonismo judicial que se observa no Brasil contemporâneo.

Em síntese, no Estado Liberal, a concepção legiscentrista do Direito neutralizou sociopoliticamente o Poder Judiciário, colocando-o em uma posição de marginalidade institucional, de modo que seria inimaginável cogitar a possibilidade de se controlar judicialmente as ações dos poderes políticos. (PINTO, 2018, p. 92).

Contudo,

Na passagem do Estado liberal para o Estado Social, o equilíbrio entre os poderes muda e o papel do Judiciário ganha relevo político e social, especialmente com a afirmação progressiva da força normativa da Constituição, dentro de um quadro de Estado Constitucional de Direito. (PINTO, 2018, p. 92).

Em razão do narrado pelo autor, com o advento do atual ordenamento jurídico,

[...]a busca por solução dos conflitos da população passou a ser perante os juízes e tribunais por diferentes motivos, inclusive porque as matérias que antes eram alvo dos políticos na sua função de legislar, agora se tornaram competência dos magistrados, **que transformaram o meio jurídico uma maneira de limitar o poder político**. Ou seja, quando tais matérias são constitucionalizadas, o que realmente acontece é **a política sendo transformada em direito**, visto que questões como meio ambiente, educação etc. podem ser alvos de ações judiciais. (NOVAIS; ARRUDA, 2014, p. 13, grifos nossos).

Passou-se a constatar, então, a criação do direito pelos magistrados durante o processo de interpretação das normas em casos concretos à luz da Carta Magna de 1988, principalmente, pela exigência popular desses direitos constitucionalizados perante todo o judiciário e pela estratégia de políticos em não deliberar sobre determinados assuntos “quando se tratar de uma questão eleitoralmente desgastante ou quando suas preferências políticas não coincidirem com o resultado das decisões majoritárias.” (PINTO, 2018, p. 91).

Em razão disso, Pinto (2018, p. 92) faz a seguinte afirmação:

Se no modelo de Estado Legislativo de Direito do século XIX soaria quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito, ao invés de somente declará-lo, já não o seria no âmbito do Estado Constitucional de Direito, sobretudo a partir da segunda metade do século XX.

Ramos (2015), do mesmo modo, assevera a característica criativa das decisões judiciais, sobretudo em razão da necessária adequação do texto legal quando aplicado ao caso concreto, mas lembra que

[...]não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilhe a função legislativa. O próprio Kelsen assim o reconheceu, ao asseverar que os tribunais constitucionais, por estarem jungidos à Constituição, exercem função similar a de qualquer outro órgão do Poder Judiciário, consistindo, primordialmente, na aplicação do direito e apenas em pequena medida na sua criação. (RAMOS, 2015, p. 122).

Um exemplo trazido por Ferreira Filho (2011) da significativa mudança trazida pelo ordenamento jurídico hodierno aqui discorrida é o papel do Ministério Público que deixou de ser o de justificar os atos do Executivo para assumir a função de *custos legis*, tornando-se fiscal da administração, o que denota a potencialidade de tornar os atos do administrador em demanda judicial, e, como consequência torna o juiz responsável por ações administrativas, originalmente praticadas na seara política.

Antes de 1988, o controle era estritamente de legalidade, não alcançava o mérito da ação administrativa, quer dizer, sua conveniência e oportunidade. Entretanto, a Lei Magna tornou obrigatórios, e, portanto, judicialmente imponíveis princípios: moralidade, impessoalidade, publicidade e até eficiência. Ora, pela concretização destes — que como princípios são de conteúdo naturalmente vago — o juiz decide da oportunidade e da conveniência. Isto o “politiza”, para o bem como para o mal, pois o torna responsável pela ação administrativa aos olhos do público. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 156-157).

Ao refletir sobre o ativismo judicial analisando decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Campos (2014, p. 42) revela dois aspectos referentes ao tema em estudo:

[...]primeiro, as decisões ativistas são multifacetadas, isto é, se revelam por diferentes dimensões – a interpretação criativa e expansiva da Constituição, a aplicação direta de direitos fundamentais implícitos ou apenas vagamente definidos, a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica dos outros poderes, a superação de precedentes, etc.; segundo, o ativismo judicial não é o resultado puro e simples de uma atitude deliberada de juízes e cortes, mas sim, ele responde a uma pluralidade de fatores, os quais influenciam e podem explicar o comportamento mais ou menos ativista dos juízes e das cortes – o ativismo judicial pode ser politicamente construído e direcionado.

Essa ascensão do protagonismo político dos juízes percebida nas últimas décadas, provocou, como defendido por Pinto (2018), tanto a judicialização da política como o ativismo judicial. A primeira, como já esclarecido em outro capítulo do presente estudo, não decorre da atuação dos magistrados, mas sim de um conjunto de fenômenos sociopolíticos e jurídico-normativos ocorridos no país. Já o ativismo judicial, apesar de também ser propulsionado por tais fenômenos, advém de uma imposição do próprio Judiciário, também chamada por Pinto (2018) de forças endógenas. O autor separa-o em dois tipos: o competencial e o eficaz.

Assim, na nossa compreensão, ativismo judicial consiste na postura expansiva do juiz que, por meio da função jurisdicional e em desrespeito ao princípio da separação de poderes, amplia os limites de sua própria competência (ativismo “competencial”) e/ou alarga a eficácia de suas decisões (ativismo “eficaz”), mesmo que com pretexto sincero de concretizar direitos. Antes da concretização, contudo, a decisão ativista terá de dilatar o poder do próprio órgão judicial da qual ela emergirá. Portanto, a expansão juristocrática da autoridade do Poder Judiciário é ativista quando decorre de forças endógenas, isto é, quando é imposta pelo próprio Judiciário (autoexpansão). (PINTO, 2018, p. 74).

Um mecanismo previsto no ordenamento brasileiro que busca assegurar a aplicação de direitos fundamentais, bem como de todas as normas advindas do texto constitucional, criado para assegurar a supremacia deste, é o controle de constitucionalidade.

Filomeno (2019, p. 174) revela que no Brasil

[...]temos o controle abstrato de constitucionalidade – em casos particularizados –, bem como o controle concreto, em causas específicas de declaração de inconstitucionalidade, levadas ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Em muitos casos, por exemplo, alegando-se: a colisão de

uma norma formal (lei ou norma de caráter administrativo) ou de uma decisão judiciária de órgão infraconstitucional com os próprios dispositivos da Constituição Federal; ou então com um preceito ou princípio constitucional.

Pinto (2018) atribui a esse mecanismo uma das causas para a expansão política dos juízes em detrimento dos demais Poderes do Estado e, como consequência, da própria democracia, caso venha a “estrangular a política e impedir o povo de se autogovernar.” (PINTO, 2018, p. 107).

Em síntese, a expansão do Poder Judiciário brasileiro [...], sob o ponto de vista jurídico-normativo, decorre das características da Constituição de 1988, que promoveu uma ampla constitucionalização do Direito, estabeleceu um forte sistema de fiscalização da constitucionalidade e obrigou o juiz a fazer respeitar suas regras e princípios. (PINTO, 2018, p. 106).

Filomeno (2019) também entende que esse mecanismo contribui para o crescimento do ativismo judicial, e acrescenta alguns exemplos sobre casos concretos, já descritos no presente estudo, que, conforme a visão do autor, tratam-se desse fenômeno de postura proativa dos magistrados, quais sejam, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF, precursoras do reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, julgada em 2012, que declarou inconstitucional a interpretação até então trazida, de que se tratava de crime tipificado nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, o aborto de fetos anencéfalos, já que, como esclarecido pelo autor, o referido diploma legal apenas apresenta duas exceções ao crime de aborto<sup>18</sup>, sendo essa nova possibilidade de interrupção de gravidez, portanto, trazida por inovação do Judiciário. Filomeno (2019, p. 174) afirma que no controle concentrado

[...] é que a margem de discricionariedade do ativismo judicial mostra-se mais intenso, como nas hipóteses aqui dadas como exemplos: da admissão de casamento entre pessoas do mesmo sexo ou a descriminação do aborto, afora dos casos expressamente previstos pelo Código Penal.

---

18 Código Penal de 1940, Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

**Aborto necessário**

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Assim, Pinto (2018, p. 107) afirma que

[...]se, por um lado, a Constituição é dirigente, emancipatória, substancialista e dotada de força normativa, por outro, ela também é pluralista e democrática, não devendo ser vista apenas como um mecanismo, à disposição do Judiciário, para o exercício do controle de constitucionalidade das normas aprovadas pelo povo, por meio de seus representantes eleitos.

Em razão de o controle de constitucionalidade constituir parte do sistema de freios e contrapesos, para proporcionar o bem comum almejado pelo povo, realizado pelo Judiciário, este “[...]deve intervir positivamente para concretização dessa política dirigida ao bem-estar social, porém nos limites de suas competências.” (CASTRO, 2017, p. 307), sem ultrapassar as barreiras de suas atribuições.

Isso deve ocorrer porque

Os poderes do Estado, enquanto pilares essenciais do Estado Democrático e Social do Direito, devem exercer a mútua fiscalização entre si (“*checks and balances*”), sem que quaisquer deles invada a competência ou se sobreponha ao outro. Este deve ser o termômetro para aferir a existência, ou não, de ativismo judicial e isto só pode ser aferido caso a caso, mediante exame atento dos fundamentos empregados na decisão judicial em análise. (VIANNA, 2017, p. 367).

Além do importante instrumento do sistema de freios e contrapesos denominado controle de constitucionalidade, outros institutos jurídicos do ordenamento pátrio são vistos como propícios à ascensão do protagonismo judicial, bem como do ativismo. São os precedentes vinculantes, como súmulas do Supremo Tribunal Federal ou até o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que, na visão de determinados estudiosos, são considerados como precursores do ativismo judicial no Brasil contemporâneo.

Pinho (2021, p. 502) explica que

O incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987 do CPC/2015) é uma das inovações do novo CPC, cujo objetivo assenta na superior concretização dos princípios constitucionais da isonomia, segurança jurídica e duração razoável dos processos, que acaba por proporcionar um desafogamento do Poder Judiciário quanto às demandas de massa.

Ocorre que a força vinculante atribuída a tal instrumento jurídico, estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015, recebe críticas ao aparentemente transformar em “lei” as decisões provenientes de juízes, resultando em usurpação da função

legiferante, essa competente ao Legislativo. Corrobora para tal entendimento, a previsão do supracitado Diploma quanto ao cabimento de Reclamação<sup>19</sup> quando decisões judiciais não observarem o proferido em incidente de resolução de demandas repetitivas, construindo, dessa forma, um caráter de lei para os acórdãos que formam tais precedentes.

De outro modo, há doutrinadores que compreendem esse instituto jurídico como uma maneira de assegurar a isonomia, a celeridade processual e a segurança jurídica. Mendes (2017, p. 79) afirma que, atualmente, “as decisões judiciais passam a ter uma importância não apenas sob o prisma da resolução do caso concreto, mas como fixadoras de padrões de conduta”. E completa:

[...] pode-se afirmar que os precedentes passam a ter mais significado para a definição das normas de conduta, no cenário atual, não apenas nos países de *common law*, mas também para os ordenamentos considerados de *civil law*.

Em termos formais, o ordenamento processual brasileiro se referia especialmente à jurisprudência ou apenas a um dos seus instrumentos de exteriorização: a súmula. Entretanto, a evolução do sistema pressupõe o amadurecimento do tratamento conferido tanto à jurisprudência quanto aos precedentes.

Isso porque ambos representam estágios correlacionados do fortalecimento do pronunciamento judicial, envolvendo as suas diversas qualidades. (MENDES, 2017, p. 79).

Além disso, Mendes (2017, p. 220) esclarece que

Não se quer[...] que haja a atribuição de função legislativa ao Poder Judiciário ou o ativismo como uma atuação desregrada. Pretende-se, sim, a oxigenação das artérias, mediante um caminho intermediário que possa separar julgamentos de questões peculiares das comuns, para que as técnicas de gestão possam, de fato, conduzir a julgamentos melhores e mais rápidos.

Ademais, o autor entrega, conforme sua visão, o real significado de ativismo judicial, o qual, portanto, não poderia ser aplicado aos precedentes vinculantes, pois

O caráter inovador ou criativo das decisões judiciais não decorre, portanto, principalmente da vontade do próprio julgador, mas das circunstâncias sociais, razão pela qual se toma a liberdade de criticar a expressão, pejorativa por sinal, “ativismo judicial”. Esta denominação poderia ser empregada, com razão, diante de uma manifestação do órgão judicial desprovida de provocação pelas partes, como, por exemplo, a de julgamento extra petita ou

---

19 Código de Processo Civil: Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

fora dos contornos de equilíbrio na condução do processo. (MENDES, 2017, p. 78).

Vianna (2017) revela que se deve buscar evitar, sobretudo, no atual cenário jurídico erigido sob a força normativa da Constituição, a usurpação do poder político pelos magistrados, pois resultaria em um ultraje ao Estado Democrático de Direito brasileiro. Pinto (2018, p. 83-84), com o mesmo entendimento, explica que

Concepções radicais do neoconstitucionalismo tendem, no limite, a consagrar uma espécie de juristocracia ou de Estado Jurisdicional de Direito, pois a equação força normativa da Constituição mais leitura moral de uma Constituição principialista pode resultar em juízes legisladores (ordinários ou constitucionais) e em um governo de juízes, provocando uma pontual desparlamentarização da legislação, caracterizada pela restrição judicial crescente do espaço de liberdade do parlamentar, que progressivamente perde importância. É certo que, atualmente, quase ninguém põe em causa o poder criativo da atividade jurisdicional ou um certo conteúdo positivo das sentenças da justiça constitucional, mas é preciso reconhecer que, mesmo na aplicação mais criativa do direito, não pode ser menosprezada a sua vinculação a um texto normativo.

Entretanto, tal discussão apresenta controvérsias, como Girardi (2017, p. 179) que afirma:

Na verdade, não existe nenhuma arbitrariedade nas atitudes ativistas tomadas pelos magistrados, não existe desvio de finalidade, tendo em vista que o Juiz agindo de forma ativista está realizando a aplicação do direito e em especial aplicando os direitos fundamentais, objetivando assim o bem estar social, através de decisões justas e adequadas.

E, da mesma forma, Barroso (2009, p. 21) também defende a necessidade do ativismo do Judiciário para a defesa dos direitos fundamentais e os valores da democracia:

[...]o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado.

Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.

Muitos autores, como Ramos (2015, p. 131-132), possuem uma visão mais negativa quanto ao fenômeno objeto do presente estudo, afirmando que

Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legislação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Do mesmo modo, enxergando uma verdadeira ameaça ao Estado Democrático de Direito, Pinto (2018, p. 89, grifos nossos) entende que

[...]em um Estado jurisdicional de Direito, a juristocracia significa o fenômeno da expansão crescente do Poder Judiciário e do protagonismo jurídico, social e político de seus juízes, os quais passam a substituir os Poderes Executivo e Legislativo na resolução dos grandes dilemas coletivos da vida nacional, ocupando espaços que tradicionalmente sempre foram territórios exclusivos dos agentes políticos eleitos pelo povo, que, com isso, perdem progressivamente autonomia institucional e importância político-social, deflagrando-se um processo de **enfraquecimento gradativo do regime democrático**.

## 6

### CONCLUSÃO

No decorrer do presente estudo pôde-se constatar a existência do ativismo judicial no Brasil contemporâneo. Entretanto, as opiniões quanto aos benefícios ou malefícios causados por esse fenômeno divergem dentro dos mais variados grupos sociais.

Para entender as origens desse ativismo, foi exposto o surgimento do termo no jornalismo norte-americano na primeira metade do século XX, apesar de o comportamento ativista de juízes estadunidenses já se fazer presente em decisões do século XIX. Demonstrou-se, também, que a definição do termo se revela controversa na doutrina, sendo construídas definições que focam no comportamento dos juízes, classificando como ativistas aqueles cujas decisões desbordam-se das funções típicas do Judiciário, com atuação proativa na política, ou, ainda, aqueles que ampliam sua própria competência ou eficácia de suas sentenças.

O presente trabalho ainda se preocupou em analisar situações fáticas em que, segundo entendimento dos autores estudados, faz-se presente o ativismo judicial nas últimas décadas, trazendo decisões de juízes desde as instâncias inferiores, como a imposição do toque de recolher à determinados municípios, até a Suprema Corte brasileira, como a criação da Súmula Vinculante 13 que trata da prática do nepotismo em toda a Administração Pública.

Também restou observado que a saúde é a área de políticas públicas em que mais se constata a judicialização, ocasionando diversas decisões ativistas, visto por alguns autores como prejudiciais à sociedade em razão da escassez de recursos estatais disponíveis para toda a população. Entretanto, há autores que defendem a postura mais ativista dos magistrados no tocante ao fornecimento de medicamentos pelos entes federativos aos litigantes.

Por meio do estudo de direito comparado, pôde-se diferenciar o funcionamento dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, sendo este o preponderante no Brasil, conforme entendimento majoritário, esclarecendo-se como o ativismo judicial se dá de diferentes formas em ambos. Além disso, também foram expostos casos concretos desse fenômeno em diferentes países.

A compreensão da tradição jurídica brasileira bem como das funções de cada um dos três poderes do Estado permitiu a compreensão sobre o modo como o ativismo judicial traz um desequilíbrio à segurança jurídica.

Apesar de ser um país legiscêntrico, a mudança ocorrida do Estado Liberal para o Estado Social no século XX somada à redemocratização e à força normativa da Constituição de 1988, que passou a abarcar diversos direitos fundamentais de segunda geração, causou um aumento da litigação, resultando no fenômeno da judicialização da política. Entretanto, conforme foi exposto, muitos temas não foram normatizados pelo Poder Legislativo, e o Poder Judiciário, ante as lacunas desses direitos no ordenamento jurídico, viu-se obrigado a dizer tais direitos quando requeridos pelos jurisdicionados, trazendo, de certa forma, inovações jurídicas.

Assim, a maioria dos autores analisados apontam para o caráter negativo do ativismo judicial, pois, mesmo que o Poder Constituinte Originário tenha estabelecido certa restrição na atuação política dos juízes, entendem que os magistrados com atuações proativas invadem funções que não lhe foram incumbidas pelo legislador, o que, para tais autores, pode significar uma substituição do papel resguardado a quem foi eleito para representar o povo, em desconformidade com a separação dos poderes constitucionalmente consagrada.

Na visão majoritária dos doutrinadores estudados, tem-se uma indicação do ativismo judicial quando os juízes alargam suas competências e a eficácia de suas decisões ou utilizam-se de interpretação expansiva do texto constitucional. Nesses casos, os autores costumam atribuir um sentido negativo ao termo em questão, alegando que o mesmo retira o poder do povo e causa instabilidade jurídica.

Entretanto, há os que compreendem o caráter inovador das decisões como algo que simplesmente decorre das circunstâncias sociais, uma solução para a defesa de determinados direitos. Há, ainda, principalmente em razão da já exposta obscuridade semântica do termo, aqueles que não classificam essas decisões criativas como ativismo, mas simplesmente como resultado da judicialização da política.

Portanto, pôde-se perceber a dificuldade de conceituar o ativismo judicial e de identificá-lo em casos concretos, pois as definições da expressão são maculadas e moldadas de acordo com o interesse de quem observa as decisões dotadas de protagonismo judicial, resultando em discussões e controvérsias tanto sobre a existência do fenômeno na situação fática quanto sobre suas vantagens ou desvantagens para a democracia brasileira.

## REFERÊNCIAS

BALBINO, J. **Toque de recolher para menores entra em vigor em Guaxupé, MG.** 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2013/10/toque-de-recolher-para-menores-entra-em-vigor-em-guaxupe-mg.html>>. Acesso em: 10 maio 2021.

BARROSO, L. R. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=9](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=9)>. Acesso em: 15 maio 2021.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2213 DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS[...]. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO.** Relator: Min. Celso de Mello, 04 de abril de 2002. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>. Acesso em: 02 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (5. Região). **EINFAC 208870 RN 2000.05.00.012237-5. EMBARGOS INFRINGENTES. SFH. "CONJUNTO HABITACIONAL PARQUE DOS COQUEIROS". PRELIMINAR: SENTENÇA ULTRA PETITA. SENTENÇA FUNDAMENTADA EM AUDITORIA DO MINISTÉRIO DO BEM-ESTAR SOCIAL. PROVA NÃO TRAZIDA AO FEITO PELOS AUTORES.[...] EMBARGOS INFRINGENTES DESPROVIDOS.** Relator: Desembargador Federal Jose Maria Lucena, 11 de dezembro de 2002. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158650/embargos-infringentes-na-apelacao-civel-einfac-208870-rn-20000500012237-5>>. Acesso em: 12 maio 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (2. Região). **AG 195526. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL AGRADO INTERNO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL. IRRECORRIBILIDADE. FORNECIMENTO DE**

MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DOENÇA DE GAUCHER. REQUISITOS. ART. 273. PRESENÇA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E À VIDA. PRECEDENTES

JURISPRUDENCIAIS. 1. Inicialmente, não se conhece do agravo interno, visto o não cabimento de recurso contra decisão que defere o pedido de antecipação de tutela recursal. Precedentes.[...] 7. Agravo de instrumento conhecido e provido.

Relator: Desembargador Federal José Antonio Neiva, 19 de outubro de 2011.

Disponível em:

<[https://www10.trf2.jus.br/consultas?movimento=cache&q=cache:4h4pB9Bd5kYJ:ementas.trf2.jus.br/siapro/feeder/idx%3Fprocesso%3D201102010003386%26CodDoc%3D269012+201102010003386&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxystylesheet=v2\\_index&lr=lang\\_pt&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&access=p&oe=UTF-8](https://www10.trf2.jus.br/consultas?movimento=cache&q=cache:4h4pB9Bd5kYJ:ementas.trf2.jus.br/siapro/feeder/idx%3Fprocesso%3D201102010003386%26CodDoc%3D269012+201102010003386&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8)>.

Acesso em: 12 maio 2021.

CAMILLO, C. **Manual da Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Almedina, 2019.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935161/>>.

Acesso em: 11 abr. 2021.

CAMPOS, C. A. de A. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5776-6/>>. Acesso em: 11 maio 2021.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. Teoria de Montesquieu. *In*: CARVALHO, Jeferson Moreira de (Org.) **Montesquieu, neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Moreira&Carvalho, 2017. p.5-51.

CASTRO, B. A. de. Ativismo nos tribunais superiores: análise do comportamento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. *In*: CARVALHO, Jeferson Moreira de (Org.) **Montesquieu, neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Moreira&Carvalho, 2017. p.305-325

CHAVES, P. H. da S. As ADPF(s) nº 123/RJ e nº 54/DF como elementos de estudo para identificar no Supremo Tribunal Federal, possibilidades de ativismo judicial e as expectativas dos titulares dos direitos. *In*: CARVALHO, Jeferson Moreira de (Org.) **Montesquieu, Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Moreira&Carvalho, 2017. p.327-351.

DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DIDIER JUNIOR., F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FERNANDES, R. V. de C.; BORGES, A. W. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 192, p. 67-77, out./dez. 2011. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242930/000936210.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

FERREIRA FILHO, M.G. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139770/>>. Acesso em: 24 maio 2021.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991845/>>. Acesso em: 25 maio 2021.

FILOMENO, J. G. B. **Teoria geral do Estado e da constituição**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986858/>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

GALVÃO, J.O. L. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502215252/>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GIRARDI, M. da C. Uma análise sociológica do ativismo judicial no Brasil a partir do século XX. *In*: CARVALHO, Jeferson Moreira de (Org.) **Montesquieu, neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Moreira&Carvalho, 2017. p.163-185.

GOMES, L. F. STF – ativismo sem precedentes? **O Estado de S. Paulo**, 30 de maio de 2009. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,stf-ativismo-sem-precedentes,379413>>. Acesso em: 13 maio 2021.

GONÇALVES, V. J. C. Ativismo judicial e o poder judiciário federal: perspectivas a partir da análise de casos concretos. *In*: CARVALHO, Jeferson Moreira de (Org.) **Montesquieu, neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Moreira&Carvalho, 2017. p.255-303.

GREEN, C. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, maio 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1410728>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

LUCAS, I. P.; JORDACE, T. Reflexões sobre o Ativismo Judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal de acordo com as Teorias de Jurgen Habermas. *In*: JAPIASSÚ, C. E. A.; MELLO, C. de M.; RABELO, L. (Coord.). **Direito, Pesquisa e Inovação - Estudos em homenagem ao Professor Maurício Jorge Pereira da Mota**. Juiz de Fora: Editar, 2016.

MACIEL, J. F. R.; AGUIAR, R. **Manual de História do Direito**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611355/>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

MADEIRA, H. R. Ativismo judicial e comportamento dos tribunais inferiores na efetivação dos direitos fundamentais sociais. *In*: CARVALHO, Jeferson Moreira de (Org.) **Montesquieu, neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Moreira&Carvalho, 2017. p.225-253.

MANCUSO, R. de C. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980788/>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

MARTINS, F. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595314/>>. Acesso em: 30 maio 2021.

MENDES, A. G. de C. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530976958/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!4/50/1:17%5B5%5E\(4%2C4%5E\)%5D](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530976958/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!4/50/1:17%5B5%5E(4%2C4%5E)%5D)>. Acesso em: 16 ago. 2021.

MILÍCIO, G. **No interior da Bahia, um juiz ensina o que é Justiça**. 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-nov-02/interior\\_bahia\\_juiz\\_ensina\\_justica](https://www.conjur.com.br/2008-nov-02/interior_bahia_juiz_ensina_justica)>. Acesso em: 10 maio 2021.

\_\_\_\_\_. **Ativismo judicial estica limites da Justiça**. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismo-judicial-ainda-causa-polemica-comunidade-juridica>>. Acesso em: 09 maio 2021.

MIRANDA, M. F. M. Neoconstitucionalismo a partir da II Guerra Mundial. *In*: CARVALHO, Jeferson Moreira de (Org.) **Montesquieu, neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Moreira&Carvalho, 2017. p.111-128.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Lisboa: Grupo Almedina, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422404/>. Acesso em: 17 abr. 2021.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597024913>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

MOREIRA, J. C. B. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista24/revista24\\_55.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_55.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2021.

NOVAIS, M. V. B. R.; ARRUDA, B. Ativismo judicial x judicialização da política. **Revista de Direito do IESP**, Cabedelo, v. 3, p. 05-25, jun. 2014. Disponível em: <<https://www.iesp.edu.br/sistema/uploads/arquivos/publicacoes/revista-eletronica-do-curso-de-direito-2014-1.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2021.

PESTANA, T. V. O neoconstitucionalismo enquanto fonte original de direitos ou parâmetro para uma nova epistemologia hermenêutica das garantias fundamentais? *In*: CARVALHO, Jeferson Moreira de (Org.) **Montesquieu, neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Moreira&Carvalho, 2017. p.187-224.

PINTO, H. P. **Juristocracia**: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PINHO, H.D.B. de. **Manual De Direito Processual Civil Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592962/>>. Acesso em: 14 ago. 2021.

RAMOS, E. S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502622289>>. Acesso em: 1 abr. 2021.

SCALABRIN, F; MELO, D. S. da S. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Sagra, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595021891/>>. Acesso em: 06 jun. 2021

SOARES, R. M. F. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611201/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SOUTO, J. C. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021196/>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616411/>>. Acesso em: 15 maio 2021.

TEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. 1**. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994020/>>. Acesso em: 11 maio 2021.

TORON, A. Z. et al. **Decisões Controversas do STF**: Direito Constitucional em Casos. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988036/>>. Acesso em: 12 maio 2021.

VIANNA, J. R. A. Ativismo judicial, judicialização e o papel social do judiciário no estado democrático de direito. *In*: CARVALHO, Jeferson Moreirade (Org.) **Montesquieu, neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Moreira&Carvalho, 2017. p.353-378.