



**FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS**

CURSO DE DIREITO

TALES MOREIRA PEDROSA

**ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: a usurpação pelo judiciário da competência
do poder de legislar**

**INHUMAS-GO
2020**

TALES MOREIRA PEDROSA

**ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: a usurpação pelo judiciário da competência
do poder de legislar**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
**Professora orientadora: Ma. Juliana da Silva
Matos**

**INHUMAS – GO
2020**

TALES MOREIRA PEDROSA

**ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO: a usurpação pelo judiciário da competência
do poder de legislar**

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO ALUNO

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS)
como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, Go, 26 de Novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Professora Ms. Juliana da Silva Matos – FacMais
(orientadora e presidente)

Professora Esp. Sirlene Fernandes Montanini – FacMais
(professora leitora)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BIBLIOTECA FACMAIS

P372a

PEDROSA, Tales Moreira.

Ativismo judicial brasileiro: a usurpação pelo judiciário da competência do poder de legislar / Tales Moreira Pedrosa. – Inhumas: FacMais, 2020. 43 f.: il.

Orientadora: Juliana da silva Matos.

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de Inhumas - FacMais, 2020.

Inclui bibliografia.

1. Ativismo judicial; 2. Judicialização; 3. Judicialização da política; 4. Jurisdição constitucional; 5. Separação dos poderes. I. Título.

CDU: 34

Dedico esta monografia a todas as pessoas que vislumbram a possibilidade do impossível, em realizar seus sonhos, como um dia sonhei e continuo sonhando, acredite, você pode, você é capaz.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por renovar a minha fé e me mostrar o verdadeiro sentido da vida.

Agradeço, também, a mim, pois algo que aprendi durante o curso de Direito foi valorizar a capacidade que possuímos em nosso ser, entender a ser importante nós mesmos, pois somente a pessoa, em seu interior sabe os caminhos que percorreu para chegar até este momento, agradeço por não ter desistido, agradeço pelo meu esforço, agradeço pela minha dedicação, agradeço pela minha paciência.

Aos familiares, em especial a minha esposa e minha filha, agradeço a compreensão pela ausência e poder ter me proporcionado a base para chegar ao final deste curso. Aos meus pais pela minha vida, ter me ensinado os caminhos corretos a seguir, à minha mãe por ter me incentivado e fortalecido nesta jornada, aos meus sogros pelo apoio, em especial ao meu sogro por ter me encorajado a dar o pontapé inicial na faculdade de Direito.

Aos professores, por todos os ensinamentos prestados, afinal o que seria deste mundo sem nossos queridos mestres?

Aos colegas de curso, agradeço pela parceria e amizade que continuaremos pela vida.

“O juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça, mas para julgar segundo as leis”. Platão.

RESUMO

Neste trabalho de conclusão de curso, abordar-se-á sobre ativismo judicial, mecanismo de aplicação das leis que é de certo modo novidade para o mundo jurídico, em especial para o ordenamento jurídico brasileiro, significado no exorbitar pelos julgadores do que previsto na lei e, ainda, ao arripio de todas as técnicas, métodos e princípios de aplicação da norma às situações jurídicas determinadas, o que dada a solenidade, historicidade, caráter geral e democrático das leis, não pode ficar ao alvedrio subjetivismo exacerbado do julgador. Como regra geral, tem-se em nosso ordenamento orgânico-constitucional uma organização dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um com sua função específica, contribuindo para que o arranjo do Estado aconteça de forma harmônica e sem interferências. No entanto, por lacunas deixadas pelos legisladores, juízes têm “criado leis”, cada qual com seu modo interpretativo, usando-os para proferir decisões, justificando-se, em grande parte, no cumprimento da efetividade prestacional do serviço público. A presente pesquisa se desenvolve no intuito de analisar o fenômeno jurídico do que se entende por Ativismo Judicial, como o Poder Judiciário vem adotando esse procedimento para prolatar decisões, entender sobre suas possíveis origens, suas limitações, os temas jurídicos nos quais, comumente vem se aplicando, entre outros, consentâneo o sistema jurídico brasileiro. Para o desenvolvimento do presente trabalho foram feitas pesquisas bibliográficas, além de estudo de caso. O estudo de caso, desenvolveu-se, em sua totalidade, através de pesquisa científica de casos concretos julgados, por sua publicidade, também de livros e revistas científicas eletrônicas. Após a coleta dos dados e conteúdo, o presente trabalho se desenvolve, comparando as discussões teóricas com os resultados encontrados na pesquisa.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização. Judicialização da Política. Jurisdição Constitucional. Separação dos Poderes.

ABSTRACT

In this course conclusion work, we will approach judicial activism, a mechanism for the application of laws that is somewhat new to the legal world, especially to the Brazilian legal system, meaning in exorbitant by the judges of what is foreseen in the law and, still, to the disagreement of all the techniques, methods and principles of application of the norm to the determined legal situations, which, given the solemnity, historicity, general and democratic character of the laws, cannot remain at the discretion of the judge's exacerbated subjectivism. As a general rule, we have in our organic-constitutional order an organization of the Executive, Legislative and Judiciary Powers, each with its specific function, contributing to the arrangement of the State to happen in a harmonious way and without interference. However, due to gaps left by legislators, judges have "created laws", each with their own interpretative way, using them to make decisions, largely justifying themselves in the fulfillment of the public service's effectiveness. The present research is developed in order to analyze the legal phenomenon of what is meant by Judicial Activism, how the Judiciary Power has been adopting this procedure to make decisions, understand about its possible origins, its limitations, the legal themes in which, commonly, applying, among others, in accordance with the Brazilian legal system. For the development of the present work, bibliographic research was carried out, in addition to a case study. The case study was developed, in its entirety, through scientific research of concrete cases judged, for its publicity, also of electronic scientific books and magazines. After collecting the data and content, the present work is developed, comparing the theoretical discussions with the results found in the research.

Keywords: Judicial Activism. Judicialization. Policy Judicialization. Constitutional Jurisdiction. Separation of Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SEPARAÇÃO DOS PODERES	12
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	12
1.2 A PERSPECTIVA DO BARÃO DE MONTESQUIEU.....	15
1.3 POSICIONAMENTO CONTEMPORÂNEO.....	17
2 O ATIVISMO JUDICIAL	19
2.1 CONCEITO.....	19
2.2 AUSÊNCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS.....	23
3 ESTUDO DE CASOS PRÁTICOS	26
3.1 NOTORIEDADE DE CASOS DE ATIVISMO JUDICIAL.....	26
3.2 MANIFESTAÇÕES FAVORÁVEIS E MANIFESTAÇÕES CONTRÁRIAS.....	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

Pretende-se, neste trabalho científico, analisar o fenômeno do Ativismo Judicial no Brasil, sua constatação objetiva como prática bastante utilizada em nosso ordenamento, identificável em decisões singulares e colegiadas do Poder Judiciário, distanciando-se do império das leis e das técnicas e princípios próprios de interpretação, mormente do texto constitucional, motivado, por olhar enviesado do direito positivo e, de outro lado, por situações não previstas, especificamente, em leis vigentes, mas que são postas à apreciação e julgamento.

Motivos pelos quais, consistirá em um esforço no sentido de, para além das lacunas deixadas pelos legisladores durante a elaboração das normas e, mesmo ante a existência das técnicas de aplicação do Direito, previstas na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro – LINDB, mostrar que, por vezes, segundo os aplicadores do Ativismo Judicial, a aplicação desse particular mecanismo de julgamento para a entrega da prestação jurisdicional, em resposta assertiva, de serviço público com eficiência à sociedade, incorre na usurpação da competência típica do Poder Legislativo. Entretanto, em casos tais, ter-se-á segurança ou insegurança jurídica?

Assim, pela mudança do mundo e, necessariamente do Direito, a pesquisa se justifica socialmente, expondo a necessidade de questões que envolvem o Estado Democrático de Direito, da necessidade ou não de o Poder Judiciário fazer uso do Ativismo Judicial, proporcionando discussão saudável, acrescentando novos posicionamentos diante do questionamento de que se há, realmente, necessidade de tal forma de julgar, buscando entender por qual(ais) razão(ões) e limitações.

Os referenciais teóricos que darão pistas a temática serão construídos com base nas leituras de: Elival da Silva Ramos, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Clarissa Tassinari, Julio Grostein, Lenio Streck, Luís Roberto Barroso, entre outros, por meio de livros, revistas de Direito e análise de casos concretos sobre sua prestabilidade, artigos e estudos de casos, permitindo evidenciar o posicionamento que cada um tem a respeito do tema, objetivando assim, uma possível resposta sobre o assunto, a partir da hipótese da adaptação do Direito.

Para tal, a pesquisa foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo será apresentado sobre a Separação dos Poderes, um traçado contendo a evolução

histórica, desde os tempos da idade antiga até o posicionamento contemporâneo. No segundo capítulo discorrer-se-á sobre o fenômeno do ativismo judicial e a ausência de dispositivos legais. No terceiro capítulo tratar-se-á de estudo de casos práticos, da notoriedade de casos de ativismo judicial, das manifestações favoráveis e manifestações contrárias.

1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Este capítulo tem por objetivo explicar sobre o contexto histórico da separação dos poderes do Estado, entender como esse processo evolutivo contribuiu para que a tripartição dos poderes executivo, legislativo e judiciário existissem e sua organização em nosso ordenamento jurídico como estado democrático de direito.

Versar-se-á sobre a perspectiva em três momentos, separados em capítulos, iniciando o primeiro com a evolução histórica da separação dos poderes, no segundo momento a perspectiva de Montesquieu, precursor fundamental da idealização do modelo atual do funcionamento do Estado sobre a tripartição dos poderes e, por fim, o terceiro, como é o posicionamento contemporâneo sobre o tema.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

É imprescindível fazer a proposição de um estudo sobre Ativismo Judicial sem que se veja a inquirição introdutória sobre separação dos poderes, sem não adentrar em seu arcabouço histórico, ao menos de forma sintetizada, sobre os seus principais protagonistas, bem como os fatos que proporcionaram sua criação, desenvolvimento e evolução.

A primeira teorização a respeito da tripartição dos poderes do Estado, regride à idade antiga, identifica-se como gênese Aristóteles, que já expunha as primeiras ideias de divisão das funções do Estado à sua época.

De Acordo com Lenza:

As primeiras bases teóricas para a tripartição dos poderes foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando), e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos.(LENZA, 2015, p.585).

Difundida pelo filósofo Aristóteles, em um texto intitulado “A Política” em meados de 384 a 322 a.C. traz a classificação das três funções do Estado,

inicialmente, classificadas como: deliberativa, executiva e jurisdicional. Desta forma, para Aristóteles:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição (ARISTÓTELES, 1999, p. 87).

Desta forma, o filósofo implementou e defendeu sua perspectiva sobre a divisão das atribuições das funcionalidades de cada poder dentro do Estado, durante a idade antiga, muito embora tais poderes e funções não eram independentes.

No entanto, faz-se mister discutir o conceito de surgimento do Estado. A expressão Estado possui origem no latim *status* e veio a lume, pela primeira vez, na obra de Maquiavel, O Príncipe, conforme nos informa o professor Dallari (2005), e nos ensina o filósofo político Bobbio:

É fora de discussão que a palavra Estado se impôs através da difusão e pelo prestígio do Príncipe de Maquiavel. A obra começa, como se sabe, com estas palavras: "Todos estados, todos os domínios que imperaram e imperam sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados". (BOBBIO 2012, p.65).

Existem divergências de opinião pelos historiadores em relação a qual período teria se difundido a criação do Estado, alguns afirmam ter ocorrido antes do século XVII, por ora, outros mencionam ser, somente após o século XVII, que poderia se falar em Estado.

Dallari leciona que na primeira concepção de criação do Estado, estes consideravam haver desde que o homem existe sobre a terra, na segunda concepção, o conceito de Estado somente se difunde a partir do aparecimento imposto pelos homens apresentando necessidades de uma sociedade organizada. Para o autor:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas. Maquiavel, nesse emaranhado da arte da política, visava

resguardar poder político, retirava-se da obrigação de decidir sobre questões entre pessoas influentes e de grande persuasão, impondo discricionariedade sobre decisões. (DALLARI, 2012, p. 216).

Necessário ressaltar a grande importância contributiva que o inglês John Locke agregou na teorização da separação dos poderes, trazendo uma definição mais precisa sobre os poderes do Estado.

Locke, considerado inspirador do liberalismo político, contrário ao modelo do absolutismo monárquico, destacava pela proteção da propriedade, ressaltou a importância da criação das leis, no entanto, propunha com supremacia o Poder Legislativo. Em sua própria obra, afirma que:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados. (LOCKE, 2003, p. 76).

As ideias de Locke contribuíram com os traçados delineados pela moderna separação dos poderes, influenciando fortemente a Revolução Gloriosa de 1689, reafirmando o poder do parlamento na Magna Carta, reduzindo o poder do monarca na realeza.

Sem sombra de dúvidas, esses ideais continuaram sendo difundidos nos tempos seguintes e não resta dúvida que um dos maiores precursores da história, sobre a temática da separação dos poderes foi influenciado por Aristóteles e Locke, conhecido como Barão de Montesquieu.

1.2 A PERSPECTIVA DO BARÃO DE MONTESQUIEU

Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu, foi um político, filósofo e escritor francês, sistematizador da separação dos poderes. O autor e sua obra-prima *L'Esprit des Lois* (O Espírito das Leis), publicada no ano de 1748, estavam inseridos em um momento célebre da debilidade e descensão de regimes monárquicos absolutistas, corroborando na

difusão de suas ideias pós “revolução gloriosa”, de forma a dificultar o retorno da ascensão de governos absolutistas.

Sob o pressuposto que “todo homem que tem o poder é tentado a abusar dele (...) É preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.” (MONTESQUIEU, 2010), o filósofo, seguindo corrente da evolução histórica de libertação do absolutismo, iniciadas por Aristóteles e, posteriormente por Locke, propõe a distribuição das atribuições essenciais do Estado.

Sua obra postula uma teoria denominada de freios e contrapesos, evitando na difusão de um governo absoluto, de poderes intérminos. Poderes distintos, cada qual com seu exercício, autônomos, harmônicos entre si.

Nesta linha de pensamento, Montesquieu leciona da seguinte forma:

Há em cada estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo que dependem do direito civil. Pelo primeiro ou príncipe magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, declara a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar; e o outro simplesmente de poder executivo de Estado. (MONTESQUIEU, 2010, p. 167).

Percebe-se a delineação da propositura inicial da separação dos poderes pelo filósofo, muito embora deixe subentendido em sua obra, o poder judiciário não seria um poder de Montesquieu:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não se há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será o legislador. Se tiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. (Idem, p.168).

É nítido que Montesquieu possuía o temor da concentração de poder em apenas uma pessoa ou um órgão, que fosse capaz de legislar, executar e legislar. Para ele, estaria em total desacordo com qualquer governo que prezasse pela democracia, tampouco, preocupados em asseverar a liberdade dos cidadãos.

Percebe-se que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de príncipes ou nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer

leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares” (MONTESQUIEU, 2010).

Quem sabe, a grande inovação de Montesquieu foi ter atribuído a três órgãos diferentes as três funções (poderes) do Estado, como afirma Lenza:

(...)o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente ligadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função correspondia a um órgão, não mais concentrado na mão de um soberano. (LENZA, 2018, p. 433).

No passado, no Absolutismo, um mesmo órgão legislava, aplicava a lei e julgava de modo unilateral. Na propositura ao autor francês, cada poder exerceria sua função e cada um deles estaria ligado a um órgão, que atuaria de forma independente e autônoma. Na realidade, no Absolutismo, não se poderia sequer falar em órgãos.

O filósofo e pensador francês deixou postulados que influenciaram fortemente as gerações vindouras, inclusive em Constituições que estariam por nascer, positivada inicialmente da Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, também, na Constituição Norte Americana de 1787 e na Declaração dos Direitos do Homem Cidadão de 1791. Os pensamentos e ensinamentos de Montesquieu sobre a tripartição dos poderes, ainda permanecem vivos nos estados democráticos de direito.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil, instituiu uma cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, com ênfase no inciso III, transcritos assim:

§ 4º Não será objeto de deliberação de proposta de emenda tendente a abolir:
 I – a forma federativa do Estado
 II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III – a separação dos Poderes;
 IV – os direitos e garantias individuais. (Grifou-se)

Vale, aqui também, mencionar, a contemplação descrita do Art. 2º da Carta Magna: “Art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e o Judiciário”. No entanto, com a ascensão do poder judiciário, esta estrutura vem sendo fortemente abalada, como explanar-se-á a seguir.

1.3 POSICIONAMENTO CONTEMPORÂNEO

Após a referenciação sobre a separação dos poderes, implementada por Montesquieu, limitando atuação dos poderes estatais, que tinha como intuito principal, que os cidadãos tivessem proteção contra os governos absolutistas e totalitários.

Com o passar dos anos, de forma natural, com a evolução da sociedade, os cidadãos procuram, cada vez mais, na busca de melhor condição de vida e na busca incessante inerente aos seus direitos, pressionando o Estado a prestar suas obrigações positivas, cumprindo sua função social, consolidando o modo de Estado Liberal pelo Estado Social.

Com a intensa demanda pelo Estado Social em face do direito, todavia, o Poder Legislativo em seu exercício nas suas atribuições de julgar, trouxeram normas jurídicas um tanto complexas e, por muitas vezes, incoerentes.

O julgador, por mais que tenha tentado realizar a subsunção, acompanhou o desenrolar do aumento de demandas complexas no ordenamento e, gradativamente, verifica-se a inviabilidade no tocante da visão do juiz como “La Bouche de La Loi” (A Boca da Lei), postulado por Montesquieu.

Percebe-se que, com naturalidade, o percurso dessa fase na criação de direitos e deveres, torna complexo o ordenamento e, conseqüentemente, a atuação do julgador e a realidade jurídica vivenciada. Observando da margem de discricionariedade que o julgador detém, continuamente alargada, cresce, ainda mais, de forma exponencial, com a difusão embasada em princípios gerais do direito e, também em conceitos legais, jurídicos indeterminados, com tessituras escancaradas. Nessa linha de pensamento, Franco e Costa Filho afirmam que:

Com o advento da crise da modernidade e da inefetividade dos direitos sociais, surgiram novas teorias da construção legislativa, as quais se distanciam do modelo defendido por Kelsen, para aproximar de novos métodos de interpretação das normas, adotando-se uma hermenêutica teleológica e finalística. Observa-se, assim, maior aplicação dos Princípios Gerais de Direito, distanciando-se do mero subsumir-se dos fatos às normas para atribuir maior caráter prático e valorativo à norma face à demanda apresentada. (FRANCO; COSTA FILHO, 2015, p. 157)

O autor Kaufmann, faz questão de intensificar a sobrelevação de conceitos emitidos pelo Barão de Montesquieu, no tocante do poder jurisdicional, afirmando que:

o dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real. O direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do direito aplicável não pode existir uma correção objetiva do direito. (MONTESQUIEU, 2002, p. 315-316).

Nota-se que para o autor, a lei serve de base para o direito em si e este deve ser o resultado da criatividade da aplicação. Faz-se necessário ressaltar que para ele, a lei trata-se de sociedade passada que pretende regular, normatizar uma sociedade futura.

Destarte, o juiz, como num processo de metamorfose transformou-se em um célebre jurista, pois passou *da boca da lei* para um legislador. O prospecto criativo de interpretação, não se resume ao estudo somente da lei, mas, sim, do Direito como um todo.

Nesta imensidão da expansão do poder do alcance do judiciário, bem como entendimento do julgador realizar a aplicação da lei, além do mais, é criador da lei, que o diálogo sobre ativismo judicial, normatização jurisprudencial e judicialização do Direito, a presente sapiência, basear-se-á nosso próximo estudo.

2 ATIVISMO JUDICIAL

2.1 CONCEITO

Na abordagem do capítulo anterior, foi possível entender, de modo sucinto, o surgimento e a base da composição e organização dos poderes que vigem no Estado moderno brasileiro e em grande parte do mundo. Neste capítulo, explanar-se-á sobre o conceito de ativismo judicial, com intuito de compreender melhor este fenômeno jurídico. Será abordado sobre sua aplicabilidade e qual, em tese, motivo que justifica, em sua grande maioria, pela ausência de dispositivos legais, estes que são base para o judiciário realizar a prestação jurisdicional de forma legal.

O ativismo judicial, em seu marco inicial moderno, perpassa em meados dos anos 50 e 60 nos Estados Unidos, onde ganhou significativa reverência em um julgamento, onde a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou a inconstitucionalidade de uma lei, que fora para o Estado de Nova York, tratando se de limites de horas trabalhadas para determinada categoria, Barroso aponta que:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO, 2017, p. 9).

Durante a liderança de Warren na suprema corte norte-americana, desencadeou em vários dos juízes, uma tendência de aplicação da metodologia de interpretação utilizada pelo magistrado, transcendendo fronteiras, sendo modelado também pelo Brasil. O assunto gerou bastante repercussão à época, chamando a atenção de jornais e revistas, que inclusive uma redação traçou perfil de alguns juízes ativistas mediante reportagem, mirando holofotes ao judiciário americano.

No Brasil, o fenômeno do ativismo judicial ganhou destaque com a promulgação da Constituição de 1988, desenvolvendo debates de cientistas políticos e operadores do Direito. Aqui, o ordenamento, assentado na teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, de freios e contrapesos, em tese, os três poderes devem

se desenvolver de forma hegemônica, mas, como temos visto, é um grandioso fortalecimento do poder judiciário em comparação aos demais poderes, selado pela Carta Magna, proferindo ao Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição.

Percebamos a apresentação acerca do assunto:

Em que pese a adoção do sistema *civil law* que em tese impõe uma autocontenção ao magistrado e o estrito respeito ao texto da lei, o protagonismo do Poder Judiciário ampliou-se pós-Constituição de 1988, com o enorme rol de direitos ali consagrados e a necessidade de implementá-los, e foi melhor instrumentalizado após a Emenda Constitucional n. 45, especialmente no que se refere à questões políticas (aborto, união civil, porte de armas, etc.) e implementação de políticas públicas, tradicionalmente discutidas nas esferas do legislativo e do executivo. O protagonismo do Judiciário é favorecido pelo que se denomina judicialização da política, processo por meio do qual o Poder Judiciário passou a ocupar-se da tarefa de promover a realização dos valores positivados nos princípios constitucionais e que tem resultado em processos interpretativos cada vez mais amplos e, via de regra, uma interpretação crescentemente mais aberta da Constituição. Esse é o contexto em que se fortalece o chamado ativismo judicial. (ROCHA; BARBOSA, 2015, s/p).

Estas questões ilustram a transposição da questão da relação da política e justiça na contemporaneidade. Segundo Barroso seria, ainda mais especial, em extensão e volume, haja vista que:

a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrente (BARROSO, 2012, p. 13).

Com o passar do tempo, os direitos sociais não abarcados passaram a ser exponencialmente reivindicados, gerando a necessidade de incorporação à constituição, exigindo dos judiciários métodos interpretativos, dando amplitude e garantia principalmente aos direitos sociais.

Perceba-se o ensinamento de Mauro Cappelletti apud Elival Ramos (2015, p.293):

Inevitavelmente, o tribunal investido da árdua tarefa de atuar a Constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa, claro está, altamente criativa), ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais

relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder-público (apud CAPPELLETTI, 1993, p.68).

Fechando este momento gravado na história do Brasil, clarificando a implantação deste fenômeno no país, como causa inicial precípua, Barroso nos esclarece assim:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. 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, 2008, s/p).

Desta forma, abre-se um grande leque de discussão sobre a atuação proativa do Judiciário, bem como a falta de atuação pelo poder Executivo e Legislativo em prol da sociedade.

A busca pela definição correta do conceito de Ativismo Judicial, por vezes, pode ser complexa, principalmente pela vinculação da política. Existem posicionamentos mencionando sobre algumas decisões de magistrados que são meramente fundamentadas por uma questão ideológica e político partidária, fundamentando outro fenômeno chamado de judicialização da política.

Adentrando em uma seara, tanto quanto importante, discorrer-se-á uma breve síntese do que é a judicialização, assunto amplo e acalorado, que de tal modo proporcionou que o judiciário se ocupasse de obrigações de promoção do cumprimento de valores encravados nos princípios constitucionais, proporcionando um modo interpretativo mais amplo, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, tido como guardião da constituição.

Desta forma, Verissimo afirma que:

O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais "rotineiro" de prestador de serviços forenses, de "terceira instância" na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais. E assim é que, um ano antes de ser promulgada a atual Carta Constitucional, em 1987, computavam-se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 casos resolvidos em doze meses. Vinte anos depois, ou seja,

em 2007, essas mesmas estatísticas registravam 159.522 casos para o mesmo período de tempo. (VERÍSSIMO, 2008, s/p).

Judicialização e Ativismo Judicial, mesmo sendo fenômenos correlacionados, não possuem as mesmas origens e significados, para Barroso, o primeiro decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade (ou seja, decorre do constituinte), já o último é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição pelo judiciário, expandindo o sentido e alcance da mesma (Barroso, 2012, p. 25-31).

Campos, diz que é necessário superar este problema de indefinição conceitual, cada vez mais agravado pelo seu uso indiscriminado e, por muitas vezes, pejorativo o termo. O autor explana da seguinte forma sobre ausência de conceito do ativismo judicial:

O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema. Diante desta falta de rigor na definição, parece que "quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado. Por outro lado o ativismo judicial tem reais e importantes implicações políticas e sociais, de modo que precisa ser conhecido abstratamente e identificado concretamente.(CAMPOS, 2014, p.150).

Em contrapartida, Ramos defende o posicionamento positivo no tocante, uma vez que:

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão "ativismo", com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, 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. (RAMOS, 2015, p. 112).

Ainda sobre o posicionamento do autor, a melhor definição sobre o termo ativismo judicial, é:

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 (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa

ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2015, p. 131).

Há possibilidade de citação de diversos autores, cada qual com seu posicionamento a respeito do conceito de ativismo judicial.

O Ilustre professor Streck, ensina a fazer, de modo convidativo e reflexivo, três perguntas obrigatórias que os magistrados devem realizar para o correto discernimento, se há ou não ativismo judicial em determinado caso concreto, assim:

A primeira é: o caso trata de um direito fundamental? Se não, deve ser arquivado. Se sim, passa-se à segunda questão: nas mesmas condições do autor da ação, outras pessoas receberam esse direito? Uma negativa deve fazer o juiz rejeitar o processo. Porém, se a resposta for afirmativa, ele deve se fazer uma última pergunta: posso transferir recursos de outras pessoas para fazer a felicidade de alguns sem ferir a equidade e a isonomia? Se sim, trata-se de judicialização, e o magistrado pode conceder o pedido. Caso contrário, ele estará agindo de forma ativista ao aceitar ao satisfazer a vontade do autor. (STRECK, 2019, s/p).

Percebe-se, no entanto, que o fator predominante é comum a praticamente a todos, é que os juízes em sua grande maioria se depara com o imbróglio da interpretação constitucional, um fator relevante que pode ser apontado para como caracterizador se uma decisão é ativista ou não, chama-se para atenção, também, da complexidade posicionamento, de como se lê e interpreta corretamente determinado dispositivo legal.

2.2 AUSÊNCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS

Nesta tentativa de compreensão do ativismo judicial, um ponto crucial de ênfase para, em tese, justificar o fenômeno do ativismo judicial são as lacunas da lei. Dentro do direito, há correntes doutrinárias que manifestam abertamente sobre a existência de lacunas no direito, no entanto há outras correntes que manifestam a negativa desta ocorrência.

O Direito, em regra, não suporta a possibilidade de existência de lacunas nas leis, como contradição, este estudo evidencia justamente esta abordagem. É de

conhecimento que as lacunas legais existem e sempre existirão, de modo que a sociedade em seu modo de relacionar-se vem apresentando constante evolução.

Streck nos conceitua a respeito:

Não se quer dizer que o dogma da completude do Direito é o verdadeiro. Entretanto, o que deve ser colocado é que, da forma dogmática como a maior parte dos doutrinadores brasileiros aborda a problemática das lacunas, não há, logicamente espaço para a existência das mesmas. Aliás, a discussão sobre a existência (ou não) de lacunas no Direito assume relevância, basicamente, em dois aspectos: em primeiro lugar, a discussão é importante para a própria dogmática jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte elemento norteador e, também, como sustentáculo ao Direito visto de maneira circular e controlado; em segundo lugar, serve igualmente, como argumento desmistificador do próprio dogma do Direito baseado no modelo napoleônico, pois se pode entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado / obrigado a julgar nos termos do art. 4^a da LICC e 126 do CPC, significa que o ordenamento é, dinamicamente, completável, através de uma auto referência ao próprio sistema jurídico. (STRECK, 2005, p. 106).

Em sua obra, é balizador, clarifica a compreensão sobre o assunto, complementa, ainda que, de alguma forma, pode contribuir através das discussões sobre determinado tema não conceituado normativamente, servindo como ato norteador de novos entendimentos do comportamento humano contemporâneo.

Maria Helena Diniz, complementa, de forma altruísta, que “o direito é sempre lacunoso, mas é também, ao mesmo tempo, sem lacunas” (2002, p.115).

Bobbio se posiciona na corrente contrária as lacunas no direito, com base na teoria do espaço jurídico vazio, uma vez:

não faz sentido falar de lacunas do direito, porque, dado um fato qualquer, ou existe uma norma que o regule e, neste caso, não há evidentemente lacuna alguma, ou não existe nenhuma norma que o regule, e nem também nesse caso se pode falar de lacuna, visto que o fato não regulado é juridicamente irrelevante, porque pertence ao espaço jurídico vazio, isto é, ao espaço que está além da esfera jurídica. Em outros termos, o fato não previsto por nenhuma norma é um fato situado fora dos limites do direito”. (BOBBIO, 1995, p. 44).

Centralizado na ideia do positivismo jurídico, entendia que admitir a livre pesquisa do direito, ou seja, aceitar a sua criação por um juiz, significa infringir o princípio da legalidade ou poderia propiciar decisões arbitrárias.

Nesse molde, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil diz, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Concomitante, o art. 140 do novo Código de Processo

Civil 2015 reafirma: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

Sendo assim, sempre que submetido ao juiz que realize a apreciação de lide, havendo ou não lacuna legal ou que impeça a completude interpretativa, faz-se necessário a invocação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Conclui-se que a lei nunca terá a capacidade de regulamentar juridicamente todos os atos abarcados na sociedade, inclusive pelo fato da mutabilidade constante, que ainda não estão positivados, no entanto necessitam de solucionamento jurídico para a efetiva prestação jurisdicional tutelada.

3. ESTUDO DE CASOS PRÁTICOS

Neste capítulo, explanar-se-á sobre a notoriedade da aplicabilidade do ativismo judicial pelos magistrados nos últimos tempos em especial pela suprema corte, em especial pela amplitude midiática, com julgamentos em “modo” legislativo, bem como as correntes doutrinárias favoráveis e contas a utilização deste fenômeno.

3.1 NOTORIEDADE DE CASOS DE ATIVISMO JUDICIAL

Conforme depreendido até o momento, é perceptível a possibilidade da criação do Direito, por vezes em contrariedade à lei, em algumas atuações sem que seja considerado de fato como ativismo judicial, principalmente pelo Superior Tribunal Federal, nosso órgão máximo do poder Judiciário.

Com a atualização do modo de vida das pessoas como sociedade e cidadãos contemporâneos, a aplicabilidade do ativismo judicial, em especial pelo Supremo Tribunal Federal vem ganhando voluptuoso espaço pelo sensacionalismo midiático da imprensa nacional, em julgamentos causadores de grandes impactos na sociedade tradicional, trazendo ora manifestações favoráveis por parte da sociedade ora contrários, como se constatar-se-á nos casos explanados a seguir.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54 - é considerada um grande evento no ordenamento jurídico brasileiro. Este julgado proporcionou enorme discussão, principalmente por doutrinadores especializados, sobre assunto tão relevante que é o aborto de fetos anencefalos. A ADPF 54 causou uma quebra de paradigma, quando o Supremo Tribunal Federal autorizou que a realização de aborto de fetos anencéfalos e excluiu a tipicidade penal presente nos artigos 125 e 126 do Código Penal.

Perceba pela letra da lei, capítulo I - Dos crimes contra a vida constantes no Código Penal:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)
Pena - detenção, de um a três anos.
Aborto provocado por terceiro
Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: [\(Vide ADPF 54\)](#)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: [\(Vide ADPF 54\)](#)

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.

Muito embora, existe preceito autorizador no artigo 128, que exclui a tipicidade criminal, caso propicie risco de vida para a gestante ou em caso de estupro, quando há autorização da gestante ou representante legal, se for incapaz.

O ministro Ricardo Lewandowski, que votou contrariamente a procedência da ADPF 54, levantou a questão da notoriedade da discussão que deveria ser realizada pela esfera do Poder Legislativo, ressaltando que tal discussão não deveria ser tratado como caso jurídico em si e sim de cunho político, reforçando o fenômeno do ativismo judicial. Veja-se trecho do voto do supracitado ministro:

Cumpra sublinhar que essa propositura, a qual busca estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos seja isento de punição – tarefa, seja-me permitido insistir, totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional -, continua sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional. (BRASIL, 2012, p. 14).

Para este caso, o ministro enfatizou existir projeto de lei em tramitação no Poder Legislativo, abordando o assunto em questão, inclusive com a exclusão da ilicitude para os casos específicos de aborto terapêutico, nos casos de gestação de feto anencéfalo. O STF neste momento usurpou a discussão que deveria ser realizada pelo Legislativo.

Outro episódio de bastante repercussão foi a ADPF 132 que reconheceu a união homoafetiva. O Código Civil, em seu artigo 1.723 aduz assim:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Trata-se de trecho da lei de forma taxativa sobre o reconhecimento de união da família nos moldes tradicionais, somente entre homem e mulher, nem a Constituição Federal de 1988 que conceituada como analítica, com dever de cuidar de todos, previu estes novos moldes de institutos familiares.

Desta forma, conforme votos da ADPF 132, os ministros do STF basearam-se como centro argumentativo constitucional o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, que discorre sobre promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, no inciso X do artigo 5º, bem como outros princípios constitucionais.

Novamente ressaltaram a necessidade de apreciação do assunto pelo Legislativo, contundente a verbalização do voto ministro relator Luiz Fux:

De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decide mudar suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação. O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo. Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar. (BRASIL, 2011, p. 16).

Diante da realidade das uniões homoafetivas, bem como a produção de fatos jurídicos semelhantes ao relacionamento que qualquer casal “tradicional” produz, o STF se viu obrigado a promover uma decisão ativista, sob alegações de mutações constitucionais, com a finalidade de atender os anseios da sociedade, onde o legislativo, cada vez mais, se mantém inerte.

Poderiam ser traçado inúmeros casos exemplares de ativismo judicial de grande relevância aplicado pelo STF, como a mudança de nomes por pessoas trans, vedação ao voto impresso nas urnas eletrônicas, Declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão dos crimes hediondos, fidelidade partidária, entre outros, porém Sérgio Martins chama atenção para Criminalização da homofobia como racismo e opina da seguinte forma:

por mais repugnante que possam ser os crimes de homofobia e racismo, essa decisão do Supremo, em minha opinião, é uma das mais perigosas para o Estado Constitucional Democrático e o equilíbrio dos Poderes. Isso porque tão somente por lei pode ser criado um crime. E, nesse caso, o Supremo criou um crime. Reforço: por mais louvável que seja a intenção do Supremo, ela abre um precedente perigoso e que pode ser utilizado de maneira desarrazoada em casos futuros. (MARTINS, 2019, s/p).

De fato, mesmo que decisões como estas sejam aplaudidas pela sociedade, diante do risco de vida existente por pessoas LGBTQ+, a situação em questão se fez necessária, porém há pertinência sobre a possibilidade de se justificar a precedência para outras situações que criam criminalização pelo STF. Este processo somente pode ser criado mediante lei, sob risco de afetação diretamente ao Princípio da Legalidade e ao Princípio da Reserva Legal.

Abordado alguns casos fáticos de Ativismo Judicial, restou claro a usurpação do Judiciário pela competência de legislar, a reflexão sobre o aspecto de segurança jurídica que se faz necessária para que os poderes se harmonizem e construam lado a lado os anseios da sociedade moderna.

Será apresentado adiante, posicionamentos favoráveis e posicionamentos contrários ao ativismo judicial, de forma saudável de discussão e alusão acerca do tema.

3.2 MANIFESTAÇÕES FAVORÁVEIS

O ativismo judicial tem apresentado um modo interpretativo expansivo da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais, trazendo em sua grande parte, o ensejo de uma sociedade contemporânea, sobre temas não contemplados pela legislação, propiciando a atuação proativa do poder Judiciário.

Ao evidenciar essas características, percebe-se que os legisladores, representantes dos povos, são incapazes de suprimir suas obrigações no Congresso, simplesmente porque não querem ou por haver algum interesse maior, a fim de evitar debates com a sociedade conservadora, seja por má gestão, corrupção, deixando escancarado a incapacidade de preenchimento das lacunas legais.

Este engessamento por parte dos legisladores, geram uma gama de situações que ficam impossibilitadas de serem resolvidas, propiciando que o direito positivo, por meio do judiciário, realize o resgate da concretização dos direitos e garantias fundamentais sociais aos cidadãos.

Nesse contexto o ministro Luís Roberto Barroso, reafirma a aplicabilidade do ativismo judicial às minorias:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008, s/p).

Os princípios constitucionais também garantem ao magistrado a interpretação de forma mais ampla, com a finalidade do atingimento dos anseios do direito.

O autor Helder Barbosa, chama atenção para as divergências existentes entre doutrinadores:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juizes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade. (BARBOSA, 2011, s/p).

Neste contexto, o judiciário vem buscando consagrar a legitimidade dos direitos para o povo, da dignidade humana, considera-se um grande avanço histórico nos quesitos direitos e garantias fundamentais, mesmo que estes geram

grandes debates com opiniões diversas, sempre são definidos ao final pelo poder judiciário.

Isto demonstra, inclusive, a face da dificuldade que o Poder Legislativo vem enfrentando, considerando grave crise de legitimidade do congresso, apresentando quadro de tensão entre os dois poderes, exaltando a necessidade urgente de reforma política. Barroso afirma que “a retratação do legislativo é ruim e representa problema grave. É preciso uma reforma política urgente, pois não há democracia sem um Poder Legislativo atuante”. (2008, s/p).

Mesmo existindo pesadas críticas, sob alegação de violação dos poderes, na forma de ativismo judicial, os defensores do tema defendem que a função da tripartição dos poderes foi transformada de forma significativa. Tavares define desta forma:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários. (TAVARES, 2008, p. 1.027).

Com finalidade precípua, a política vem ao encontro da propositura de normas e leis, que possam garantir ao povos seus direitos, no entanto, no Brasil é notório o descaso pela propositura destas ações extremamente essenciais, seja por qualquer motivação, é papel dos representantes do povo.

Em resumo, conforme apresentado, um dos principais argumentos de manifestações favoráveis, justificáveis pelo modo de atuação proativo do judiciário, é propiciar maior celeridade às demandas, compensar o atraso do Legislativo no tocante aos anseios da sociedade e tem apresentado que os poderes não estão em harmonia, que não são totalmente independentes.

3.3 MANIFESTAÇÕES CONTRÁRIAS

Uma das principais críticas, concentradas como posicionamento contrário ao ativismo judicial, é a possibilidade da perda da segurança jurídica, onde vem perquirido por juízes, tribunais, em especial ao STF, legislar sem de fato possuir

legitimidade democrática para tanto, os quais os poderes são conferidos legalmente aos poderes legislativo e executivo.

Existem críticas bastante contundentes e assertivas ao Poder Judiciário, sob dois aspectos, ora como atuante “legislador negativo” que nada mais é o processo de invalidade de atos e leis dos poderes legislativo e executivo, ora como “legislador positivo”, que é fruto da discussão do presente trabalho, realizar a interpretação de normas e princípios, atribuindo juízos de valor.

O autor Sarmiento, aponta que:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2007, p. 199-200).

Desta forma, depreende que o ativismo judicial vem de frente a teoria de separação dos poderes esculpidos na Constituição Federal, podendo causar o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito e à segurança jurídica por fundamentações, simplesmente principiológicas e de decisionismo, apresentado sob algum aspecto de negligenciamento.

Dworkin considera o ativismo judicial algo nocivo por representar a primazia das concepções subjetivas de justiça e de bem do próprio julgador, ou seja:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e

qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

O autor, em seu posicionamento, chama atenção para a modalidade de julgamento, conforme ponto de vista, sem a observação do devido processo legal, compreender sob forte prejuízo a segurança jurídica.

Ao tentar sintetizar um rol sobre as principais modalidades de ativismo judicial nocivas, a autora Keenan Kmiec apud Anderson Teixeira, apresenta como mais perigosa:

Julgamentos predeterminados a fins específicos. Essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial: atender a um fim específico, mesmo que para tanto seja necessário uma decisão contra *legem* ou *extra petita*. Não podemos confundir essa situação com as naturais orientações morais, ideológicas e políticas que cada um de nós possui e influenciam o modo como interpretamos os fatos, o mesmo valendo para como os magistrados julgam, obviamente. Porém, ser influenciado por orientações pessoais de natureza diversa não significa estar orientado a determinado fim: a predeterminação remete ao decisionismo político, algo que merece maiores considerações. (apud KMIEC, 2004, 1.475-1.476).

Esse posicionamento merece destaque, pois, se para um juiz há delimitação para julgar, dentro do devido processo legal, quando partem para decidir sobre situações predeterminadas, abarca os moldes de decisionismo político, este depende de escolhas para fazer valer os interesses.

Outro questionamento feito por críticos ao ativismo, é que, se o STF foi escolhido como guardião da Constituição e pelo fato, como têm demonstrado vários precedentes de atuação do mesmo, não seria o caso de em algum momento protegê-la dos seus guardiões? Assim se posiciona o professor Scaff:

grande risco de qualquer desses sistemas ocorre quando o guardião muda de posição e se compreende como dono da Constituição. Aqui reside o perigo. Aos guardiões é incumbida uma função, qual seja, a de guardar algo em proveito de outrem. Isto é, o exercício de uma função. Os servidores públicos incumbidos de guardar a Constituição a devem guardar em proveito da sociedade que lhes atribuiu essa função pública, e não se tornar donos dela. Ninguém deu aos guardiões a propriedade da Constituição, apenas sua guarda.

(...)

Se as normas constitucionais não estão mais adequadas, vamos mudá-las. O Direito e a Constituição não são produtos hauridos do céu ou construídos por sábios trancados em torres empoeiradas. É algo vivo. Se é necessário mudar, mudemos — ouvindo o povo, no qual reside a soberania (artigo 1º, I, CF), e não por meio de uma interpretação constitucional composta de seis dentre 11 pessoas, cuja função é guardar a Constituição, e não alterá-la. Eles não nos representam para isso.

(...)

É comum se dizer que o STF tem a última palavra sobre o Direito e a Constituição. Não concordo. O STF tem a última palavra no processo, nos autos, mas não se pode estudar o Direito e a Constituição apenas pela jurisprudência. Fosse assim, deveriam ser rasgados todos os livros doutrinários e fechadas as faculdades de Direito; passaríamos todos a estudar nas escolas de magistratura. (SCAFF, 2016, s/p).

Faz se necessário compreender o dever abrangente da oportunidade de concretização de um dever fundamental, que é o direito encravado na Constituição e nas normas em prol da sociedade e não, somente, a aplicação interpretativa de modo aparentemente subentendido por conveniência política, este é algo perigoso a ponto de colocar a democracia em xeque, a Constituição Federal é do povo e para o povo.

Destaque para um grande crítico brasileiro do Ativismo Judicial, ilustre professor Streck, menciona uma parcela significativa de doutrinadores da atualidade, de algum modo estão cedendo para a proliferação do ativismo judicial:

Portanto, não dá para dourar a pílula. A doutrina brasileira precisa, urgentemente, voltar a doutrinar. Ela não pode mais ficar caudatária das decisões. Doutrina “doutrina” e não “doutrinada”. Precisa exercer o seu papel de constrangimento epistemológico. E deve se dar o respeito. Não pode ficar silente. Quando, por exemplo, centenas e centenas de decisões — de cariz ativista — dizem que estão aplicando “a tal da ponderação”, quando, de fato, não estão nem perto do que dizia seu idealizador (Alexy), e a doutrina pouco ou nada diz a respeito, é porque corremos o risco de fracassar (aliás, há prova maior de ativismo do que o uso da vulgata da tal da ponderação, pedra filosofal da interpretação?). Como falei na Conferência de abertura do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação), em Curitiba, dia 29 de maio último, fôssemos médicos e estaríamos ignorando coisas mínimas da ciência médica e nossos pacientes estariam morrendo. Assim o é com a doutrina. Na aplicação cotidiana do direito usam-se conceitos que deveriam ser contestados pela doutrina. Mas ela se queda silente-conivente. Verbi gratia, o que diz a doutrina sobre o projeto do novo CPC que, sob o pretexto de commonizar o processo, institucionaliza, de vez, o julgamento sem base concreta, passando o Judiciário a julgar teses ao invés de casos (o que, inclusive, fere toda a tradição do common law)? (STRECK, 2013, s/p).

A proposta comparativa que Streck ilustra, como doutrinador, e como operador do direito e médico operador da vida, é bastante pertinente. O direito abarca, inclusive como principal causa, a regulação da vida em sociedade, pois julgamentos podem decidir o destino de uma vida.

Mesmo que, sob a alegação de que o ativismo judicial seja bom, em grande parte, numa sociedade plural, em se tratando da individualidade de um não ser bom para outro, de forma a fortalecer a democracia, este foi o intuito da separação dos

poderes, delimitar uma casa eleita pelo povo para a produção de soluções de modo abrangente, em forma de lei.

São contundentes a manifestação do professor Tesheiner (ano) sobre esta questão:

(...) uma sociedade de homens livres deve ser governada por leis, e não por homens, ainda que juízes. Trata-se, em suma, de substituir decisões judiciais discricionárias (decisões predominantemente políticas), por decisões vinculadas ao sistema jurídico (decisões predominantemente jurídicas). Observe-se que “poder”, no sentido mais próprio da expressão, é poder discricionário. O juiz que obedece à lei não exerce verdadeiro poder. Defere ou indefere o pedido do autor, em obediência a um dever.

(...)

Certo, a lei, porque geral e abstrata, não se ajusta a todas as situações de fato, motivo por que, em casos excepcionais, deve-se admitir o afastamento de uma regra legal. Na generalidade dos casos, porém, deve, sim, o juiz, ser a boca da lei, decidindo de conformidade com o sistema jurídico, e não de acordo com seus sentimentos ou sua ideologia, em suma, de acordo com a sua vontade. (TESHEINER, 2008, s/p).

O magistrado, desta forma, deve obedecer a lei, que de fato é o verdadeiro poder, em propriedade da expressão, é o poder discricionário. Na prática, deveria deferir ou indeferir o pedido do autor, como a obediência à lei, quando há excesso de interpretatividade, de forma abusiva da hermenêutica, aí usará o seu próprio poder.

Em suma, o ativismo judicial está ocultando o dever do Poder Legislativo, na apreciação de matérias que deveriam estar positivas e este, de certo modo, se mantém confortável, evitando tratar de assuntos de grande discussão na sociedade. Sempre haverá dois lados da moeda, como dito anteriormente, o que é bom para um não pode ser bom para o outro. Nesta lógica, sempre haverá manifestações a favor e contra o ativismo judicial, em geral no que lhe mais aprouver, no entanto nunca pode ser esquecido é a democracia e a segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de pesquisa, teve como objetivo buscar compreender o fenômeno jurídico recorrente no mundo, com foco em nosso ordenamento brasileiro, denominado ativismo judicial. Procurou-se apresentar, desde a síntese da evolução histórica de formação de um governo, perpassando pela criação da tripartição dos poderes, que é base da nossa democracia, até a aproximação da interpretação moderna por nossos doutrinadores sobre o tema.

O ativismo judicial, em suma, é o modo proativo e expansivo que o poder judiciário vem buscando concretizar os direitos e garantias fundamentais sociais, elencados como prioritários na Constituição Federal, que traz uma propositura reflexiva dos emaranhados problemas indexados ao assunto.

Nosso ordenamento jurídico e democracia tem como a tripartição dos poderes em seus pilares, muito embora como a própria intitulação define, “separação dos poderes”, há pacificação de que o poder é uno e indivisível, no entanto o que percebemos no momento atual de fato não está ocorrendo.

Quando o Poder Legislativo, que são pessoas eleitas democraticamente para representar o povo por meio do voto, não conseguem cumprir seu papel, percebe-se a existência de uma crise de legitimidade, a ineficiência de concretizar o precípua. O judiciário, em regra, existindo lei válida criada pelo congresso, deve acatá-la ou aplicá-la.

Hoje, o judiciário, em sua grande maioria é vislumbrado como o salvador da pátria, a tábua da salvação da sociedade, principalmente, pelo descrédito dos poderes Executivo e Legislativo, seja pela falta de assistência à população em direitos básicos, seja pela exacerbada corrupção recorrente em nosso país. No entanto, o que se faz necessário compreender é que esta não é a função típica do judiciário.

Entende-se como grandes os desafios, no século XXI, na concretização e realização dos direitos fundamentais, ainda mais, em questão da modernização da sociedade como relação entre indivíduos, que merece profunda reflexão. Esta sociedade contemporânea encontra-se extremamente judicializada, hoje com mais acesso à justiça, levando a apreciação dos seus direitos ao judiciário.

Nesse contexto de sociedade moderna, o magistrado depara-se com fato de não estar positivado o direito perquirido, por causa da lacuna legal deixada pelos nossos legisladores, se vê obrigado a extrapolar os limites de sua atividade jurisdicional em concretização à lide proposta.

Importante esclarecer a amplificação sobre os conceitos jurídicos de propositura ampla, indeterminados, com definição aberta, dando margem e discricionariedade ao julgador, diante a evolução complexa do Direito, consequentemente da hermenêutica.

Fato concernente a esta margem que o judiciário está se utilizando para prolatar suas decisões, é a ausência de fundamentação jurídica devidamente embasada em legislação, dentre tantas possibilidades de interpretação que um juiz possui, deve como preferência da aproximação das bases legais, como a Constituição, Princípios Jurídicos, Leis, Jurisprudência entre outros.

É extremamente preocupante, quando passa ao observatório de que juízes nesta prerrogativa de ativismo judicial, em função de um decisionismo, possam criar normas de cunho legal, sem passar pela apreciação do Congresso Nacional, percebendo-se a direta interferência no processo legislativo.

A insegurança jurídica e a democracia ficam, demasiadamente comprometidas, não há prerrogativa ou legitimidade para tal atuação, por mais que sejam perquiridos a concretização de direitos e garantias fundamentais. E isto é danoso ao próprio poder judiciário, tornando-o sobrecarregado, que já possui alto grau de interferência na política, pelo método de controle de constitucionalidade misto (concentrado ou difuso), interpretar mudanças sociais, criar direito, e por final aplicá-lo, qual é sua atividade típica, correndo sério risco de cair, também, em descrédito com a sociedade.

De forma que se aconteça diminuição ou extinção do ativismo judicial, é necessário que, com certa urgência, se realize uma reforma política significativa, a fim de extinguir a crise de legitimidade que o Poder Legislativo enfrenta, o ativismo judicial pode ser considerado algo grave, pela sua forma e contexto de desconstrução de um sistema normativo.

Por fim, não menos importante, é imperioso lembrar sobre a tripartição dos poderes. A aplicação das regras devem ser realizadas pelos órgãos diferentes que as criaram, ou estamos à beira de uma forma de governo absolutista e monopolizada, podendo ir ao encontro do contrário argumento proposto, na

aplicabilidade, pelo ativismo judicial, que aconteça a desconstrução dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Direitos Humanos na Internet. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **Estudos de Direito Constitucional: a efetivação e o custo dos direitos sociais: a falácia da reserva do possível**. Recife: Edupe, 2011. 151 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática: A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA**. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2. Acesso em: 28 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: direito e política no brasil contemporâneo**. 2017. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Rfd- Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, n. 21, p. 1-50, 6 jul. 2012. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 28 set. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2017. 240 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/constituicao-federal.asp>. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. INSTITUI O CÓDIGO CIVIL. **Código Civil**. Brasília, GO, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, GO, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942. **LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**. Brasília, DF: 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54**. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (org.). **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132**. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 out. 2020.

CAMPOS, Carlos Azevedo de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 585 p.

DALLARI, D. D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 236 p.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 533 p.
FRANCO, Aline Fonseca. COSTA FILHO, José de Oliveira. **Pode o Judiciário Agir Concretamente Além dos Limites da Sua Competência – Ativismo Judicial e Judicialismo da Política**. Colloquium Humanarum, Presidente Prudente, v. 12, n. 1, p.155 – 162, jan/mar 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 2018. ed. São Paulo: Saraiva, v. 22, 2015.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Martins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MARTINS, Sérgio Antônio Merola (ed.). **Ativismo judicial – Tudo o que você precisa saber**. 2019. BLOG DA AURUM. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/#3>. Acesso em: 20 out. 2020.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 352 p. Disponível em <https://unibb.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/recent> Acesso em: 20 set. 2020.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista**

Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, p. 1-639, 20 jan. 2015. Anual. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/3046/pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. **Contas à Vista**: primeiro dever fundamental do supremo tribunal federal é dizer não. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao#:~:text=O%20grande%20risco%20de%20qualquer,algo%20em%20proveito%20de%20outrem.&text=Ningu%C3%A9m%20deu%20aos%20guardi%C3%B5es%20a%20propriedade%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20apenas%20sua%20guarda..> Acesso em: 22 out. 2020.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1009 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Direito, e não moral, deve solucionar desacordos sociais, diz Lenio Streck**. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/03/27/confira-a-entrevista-de-lenio-streck-ao-conjur-sobre-desacordos-sociais/>. Acesso em: 23 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 592 p. Disponível em: <https://unibb.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!4/8/2%400:27.0>. Acesso em: 25 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 22 out. 2020.

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

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito Gv, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jun. 2012. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322012000100002>.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Juiz bouche de la loi – Em Defesa de Montesquieu**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 788, 23 de junho de 2008. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/64-artigos-jun-2008/5975-juiz-bouche-de-la-loi--em-defesa-de-montesquieu>. Acesso em 05/11/2020.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial**. Revista Direito Gv, v. 4, n. 2, p. 407-440, dez. 2008. Disponível em: FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322008000200004>. Acesso em: 20 set. 2020.