

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CESUL**

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NOS PODERES DA  
REPÚBLICA EM DETRIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO CONTEMPORÂNEO**

**VINICIUS PAULO BRAUN ROSENI**

**FRANCISCO BELTRÃO – PR  
2023**

**VINICIUS PAULO BRAUN ROSENI**

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NOS PODERES DA  
REPÚBLICA EM DETRIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada como requisito parcial para avaliação da Disciplina de Orientação à Monografia II, do 9º período do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ensino Superior Cesul.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska

**FRANCISCO BELTRÃO – PR  
2023**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**VINICIUS PAULO BRAUN ROSENI**

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NOS PODERES DA  
REPÚBLICA EM DETRIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DIREITO CONTEMPORÂNEO**

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito do CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior**

---

**Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska**

---

**Prof.<sup>a</sup> Me.<sup>a</sup> Suyane Priscila Jansen Costa Siqueira**

---

**Prof.<sup>a</sup> Esp.<sup>a</sup> Rafaela de Paula Guancino**

**FRANCISCO BELTRÃO – PR  
2023**

Agradeço primeiramente a Deus por ter me mantido na trilha certa durante este projeto de pesquisa com saúde e forças para chegar até o final. À minha família e aos amigos que acreditaram em mim e não mediram esforços para que eu pudesse chegar até esta etapa da minha vida. Mãe, seu cuidado e dedicação foram cruciais nesta jornada, resultando, em diversos momentos, na esperança para que eu continuasse a caminhada.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente à Deus, por me conceder saúde, forças e disposição para que eu pudesse realizar a faculdade e chegar nessa reta final, bem como a alcançar o tão almejado trabalho de conclusão de curso. A fé naquele que tudo pode foi, sem dúvidas, salutar para que eu pudesse batalhar e perseverar nessa árdua caminhada.

À minha amada e querida mãe, Diva, minha fonte maior de inspiração e garra, mulher de fortes batalhas que jamais esmoreceu e assim me ensinou a viver e sobreviver, meu eterno agradecimento por toda eternidade. Sua força nos períodos de dificuldade e a colaboração na realização deste meu sonho foram ações cruciais para que eu pudesse chegar até aqui. Meu sonho realizado é seu sonho realizado, por isso essa vitória é sua também.

Aos meus amigos, agradeço por todo o incentivo e apoio incondicional prestados. Deixo registrado em especial meus sinceros agradecimentos àqueles que caminharam ao meu lado e fizeram parte desta honrosa e intensa batalha. Ao meu colega, amigo e irmão, Matheus Venazi, que trilhou ao meu lado durante esses cinco anos de curso, colaborando das mais diversas formas possíveis, sendo por vezes um pilar nos momentos de fraqueza e desânimo, meu eterno agradecimento.

Aos colegas de turma, Adriana e Alexandre Debona, meus sinceros agradecimentos pela leal e duradoura amizade que muito auxiliou e me fez perseverar, ainda que grandiosas fossem as batalhas e as derrotas sofridas. Demonstraram através das suas circunstâncias e visões de mundo que viver é uma coleção de derrotas, mas persistir nos sonhos almejados é a solução para a mudança que tanto buscamos.

Agradeço, ainda, a todos os colegas que fizeram e fazem parte desta minha trajetória, Diogo Bruscher, Airton Martineli, Thiago Salomão, Paulo Barbosa e aos demais colegas de turma que foram fundamentais para minha formação, seja na colaboração de um simples gesto de sorrir e alegrar o dia, nas lições e conselhos compartilhados e/ou nos auxílios quanto às obrigações acadêmicas.

Não menos oportuno, registro minha gratidão inenarrável aos amigos pessoais de longa data que fizeram a diferença durante essa etapa tão desafiadora, trazendo luz, forças, incentivo e conselhos. Particularmente os amigos/compadres Joslaine e Rafael Lisi, agradecendo na pessoa destes os demais que compõem meu círculo de amigos. Com tristeza me vi obrigado abdicar de vários momentos de lazer, mas sempre compreenderam meus momentos de ausência e jamais negaram qualquer palavra de apoio e cumplicidade ao longo dessa caminhada importante da minha vida. Minha eterna gratidão, saibam que este TCC também é de vocês!

Ainda, ao abordar a palavra amizade, injustiça minha seria não destacar meu eterno obrigado àquele que não somente presenciou e acompanhou toda essa jornada, mas também estendeu a mão e me auxiliou nas situações de dificuldade em razão da longa distância percorrida até Francisco Beltrão – o meu leal amigo/irmão, Eduardo Gabriel Harter. Sinto-me extremamente honrado e feliz por ter colhido durante minha vida essa amizade, que já perdurava por bons anos de existência e veio se consolidando e confirmando a qualidade durante essa trajetória de dificuldades, recebendo o

amparo que somente um bom e velho amigo dá ao outro nos momentos complexos e de desgaste vivenciados. Vencemos meu amigo, muito obrigado por tanto!

Registro, também, meu agradecimento aos profissionais que colaboraram no meu crescimento durante esta jornada. Minha gratidão aos servidores zelosos da 107ª ZE de Capanema/PR, em particular ao Sr. Marcio Muller e ao Ranieri Florintino que compartilharam dos seus conhecimentos, foram pacientes e compreensivos nos momentos difíceis e depositaram suas confianças no meu trabalho. Também, minha honrosa gratidão a toda equipe de profissionais e servidores do Fórum de Justiça da Comarca de Capanema/PR, em especial na pessoa da Sra. Marilu Ristoff (Chefe de Cartório), que compreendeu minhas dificuldades e os conflitos de horários em virtude do transporte para Francisco Beltrão, bem como aos técnicos Lenice e Germano que auxiliaram-me e contribuíram muito para a minha evolução.

Destaco, ainda, meus profundos agradecimentos ao Juiz da comarca, Dr. Alexandre Afonso Knakiewicz, que de maneira sempre gentil e cordial não mediu esforços para acrescentar de maneira positiva no meu progresso pessoal/profissional, orientando e prestando todo apoio possível dentro dos seus limites previstos. Ademais, minha gratidão à assessora Vanessa Waterkemper, colega de trabalho e, acima de tudo, amiga e humana, pessoa que sempre esteve disposta em ajudar e a mudar os dias turbulentos e caóticos em dias alegres e mais leves, seja através de palavras de incentivo ou de um simples café fornecido. Meu muito obrigado por tamanha sensibilidade e amizade.

Registro meus agradecimentos a toda equipe de funcionários da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (CESUL), bem como aos notáveis professores que fizeram parte da minha trajetória durante o curso e contribuíram significativamente no meu progresso e crescimento, pessoal e profissional.

Por derradeiro, destaco minha gratidão àquele que muito contribuiu diretamente para este trabalho. Ao grandioso professor e orientador, Dr. Marcos Augusto Maliska, agradeço pela sua confiança e dedicação incansável no desenvolver desta pesquisa e dos meus estudos, atencioso e solícito, compartilhando sua vasta sabedoria com quem ainda está aprendendo a caminhar pelos caminhos do estudo. Minha gratidão por partilhar sua sabedoria, o seu tempo e sua experiência.

Quando lei e moralidade se contradizem, o cidadão tem a cruel alternativa de perder seu senso moral ou perder o respeito pela lei.

- Frédéric Bastiat.

## RESUMO

A presente monografia buscou tratar sobre as implicações do ativismo judicial nos poderes da república em detrimento do Estado Democrático de Direito Contemporâneo. A escolha deste tema justifica-se, em um aspecto social, pela importância do tema e seus efeitos na colisão de interesses e transposição de competências em face daquele que detém o poder soberano diretamente – o povo. No campo jurídico, justifica-se em virtude da relevância da análise sobre a interferência do poder judiciário sobre os demais poderes, por meio de decisões judiciais que extrapolam os limites legais e constitucionais definidos pelo Constituinte. Por derradeiro, no âmbito acadêmico, justifica-se esta pesquisa com o fito de compreender o fenômeno do ativismo judicial no contexto de um Estado Democrático de Direito, fundamentado na defesa dos direitos fundamentais e principalmente na defesa da democracia, bem como em razão da baixa quantidade de pesquisas que elencam as reais implicações que resultam de decisões ativistas. Para alcançar o objetivo de analisar as consequências do ativismo judiciário no estado constitucional de direito do paradigma da tripartição dos poderes, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, por meio do emprego do método histórico. Ao final do trabalho, restou evidenciada os efeitos causados pelas decisões ativistas em detrimento dos poderes de um Estado Democrático de Direito, mitigando o campo político representativo, fragilizando o Estado de Direito, violando a Separação dos poderes, ameaçando a ordem democrática e a igualdade política.

**Palavras-chave:** Estado Democrático; Estado de Direito; separação dos poderes; Ativismo Judicial; Constituição.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES</b> ..13	
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	13
1.2 O CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO.....	16
1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	19
1.4 O SURGIMENTO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	22
<b>2 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	26
2.1 O CONCEITO E EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL.....	26
2.2 EIXOS PROCEDIMENTALISTA E O SUBSTANCIALISTA.....	30
2.3 DEFINIÇÃO DE AUTOCONTENÇÃO E DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA...32	
2.3.1 Auto restrição ou Autocontenção.....	32
2.3.2 Judicialização da Política.....	33
2.4 ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL.....	36
2.4.1 Posições contrárias.....	36
2.4.2 Posições favoráveis.....	37
2.5 ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO.....	39
<b>3 AS IMPLICAÇÕES REFLEXO DO ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO</b> .....	44
3.1 AMEAÇA À ORDEM DEMOCRÁTICA.....	44
3.2 DESGASTE AO AMBIENTE LEGÍTIMO DA POLÍTICA DELIBERATIVA.....	47
3.3 DEMOCRACIA, IGUALDADE E POLÍTICA.....	49
3.4 FRAGILIZAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO.....	52
3.5 VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	54
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	57
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	60

## INTRODUÇÃO

O nascimento do Estado Democrático se procedeu em razão de diversos movimentos político-sociais que em conjunto com os anseios populares por direitos, cujas particularidades iniciam-se em meados do séc. XVIII, buscaram a concretização dos valores intrínsecos da pessoa humana, findando com os governos absolutistas e tornando o povo como sendo o verdadeiro soberano e detentor de direitos individuais e iguais perante os demais da sociedade.

Neste cenário, soma-se de outro lado a necessidade de existência de um sistema normativo capaz de limitar e nortear o Estado e o povo, surgindo o chamado Estado de Direito. Um império da Lei que possui o objetivo de delimitar e responsabilizar tanto governantes como governados, através de um arcabouço que contenha normas jurídicas, isto é, determinações legais que orientarão a atuação dos agentes públicos e dos cidadãos em geral, protegendo contra eventuais abusos de poder público ou privado, solucionando litígios ou defendendo direitos previstos.

Com a evolução do Estado de Direito que urge de modelos de Estado Social e Liberal de Direito, após o desenvolvimento do Estado Moderno, verificou-se que este não era suficiente para a concretização de direitos fundamentais e basilares à pessoa humana. Assim, com o advento de declarações, constituições e tratados, o processo constitucional tomou forma, privilegiando os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana através de um Estado Democrático de Direito, estado que preza pelo resguardo aos direitos humanos por meio de uma Constituição que assegura à proteção jurídica aos cidadãos e o exercício efetivo dos direitos sociais, políticos, econômicos e culturais.

Um dos princípios inseridos neste modelo de Estado vigente, considerado fundamental e de relevância, é o princípio da Separação dos poderes, cuja ideia se remonta principalmente ao século XVI. Tratando-se de uma ideia cujo objetivo é a divisão na atuação dos poderes do Estado, levando em consideração que o referido poder é uno, dividindo-se em três estruturas sendo Executivo, Legislativo e Judiciário, a tripartição dos poderes acaba se tornando um preceito constitucional dos Estados Democráticos de Direito, culminando, também, com o sistema de freios e contrapesos, voltando-se ao bloqueio em eventuais avanços entre os poderes e a limitação das respectivas esferas de competências.

Após o fortalecimento das democracias e o avanço galopante do constitucionalismo em diversas nações do mundo, desenvolve-se o chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo através de inúmeros fatores e poderes outorgados pelo poder constituinte originário. A partir desta transmutação, surge o fenômeno do ativismo judicial que pode ser constatado pela insurgência e invasão do Tribunal/Juiz para além dos limites jurisdicionais previstos legalmente. Apesar do ativismo ser inicialmente conhecido em solo norte-americano, cujo termo foi cunhado através de um jornalista americano, configurou-se rapidamente o fenômeno em diversos países inseridos em um modelo de estado democrático e de direito.

Com o notório crescimento e notoriedade do poder judiciário que tomou espaços deliberativos de representatividade, constatou-se a presença de inúmeras atuações ativistas pelo Judiciário que interferiram nas funções da administração ou da legislação, ou seja, uma ultrapassagem das fronteiras da função jurisdicional atribuídas pelo ordenamento, usurpando as atividades típicas dos demais poderes da república e tomando escolhas que necessitam de amplo debate público no campo político que lhe é apropriado.

Neste sentido, a problemática da pesquisa será pautada por meio da seguinte indagação: quais são as reais consequências do ativismo judicial na independência entre os poderes representativos da República, conservando o papel do Estado Democrático de Direito na promoção da democracia?

Justifica-se a escolha do tema em comento em razão do avanço vultoso do ativismo judicial e a sua compreensão, dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, lastreado sob o prisma dos direitos fundamentais democráticos e através de um arcabouço jurídico-normativo, vez que o fenômeno ativista lesiona princípios democráticos e de direito essenciais e usurpa dos poderes e agentes legalmente constituídos.

Abarcando sob o âmbito jurídico, justifica-se a relevância da pesquisa afim de analisar a manifesta interferência do Poder Judiciário sobre os demais poderes da república, que surgem por meio de decisões judiciais que extrapolam os limites legais e constitucionais definidos pelo Constituinte, especialmente ao convencionado no art. 2º da Constituição da República de 1988, podendo agregar no estudo do campo de atuação do intérprete-julgador.

Por conseguinte, busca-se na seara acadêmica, tomando-se em consideração a ausência de trabalhos relacionados ao tema, demonstrar os efeitos causados no povo, este consolidado como detentor soberano do poder de forma direta, em razão da modificação e transposição da competência dos poderes que detêm a legitimidade de representação indireta, resultando em provável ruptura ou desvio da vontade manifesta dos cidadãos em um Estado Democrático. Assim, se espera poder incentivar no desenvolvimento de mais pesquisas sobre o assunto pertinente ao ativismo.

Deste modo, como objetivo geral, o manifesto trabalho analisará as consequências do ativismo judicial no Estado Constitucional de Direito do paradigma da tripartição dos poderes e as implicações reflexo em detrimento dos poderes da república.

Para confirmar a hipótese ora levantada, diante das peculiaridades existentes na relação entre os poderes da república, sobretudo quanto ao desrespeito pelo Poder Judiciário ao sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*), será realizada uma análise conceitual e histórica acerca do fenômeno do ativismo judicial e suas consequências negativas (fenômeno a ser compreendido adiante), eventualmente violando o Princípio Democrático, à Separação dos Poderes e o enfraquecimento do Estado de Direito, levando em consideração o sistema político-democrático fundado no respeito à Magna Carta vigente.

Ao desenvolvimento da pesquisa, utilizar-se-á o tipo de pesquisa bibliográfico, onde serão apresentados ao texto informações e estudos de diversos autores sobre a temática do ativismo judicial, dos estados de direito e democrático, separação dos poderes, princípios constitucionais, bem como os efeitos das decisões demasiadamente ativistas e os casos concretos de ativismo brasileiro. Ademais, importante citar que será realizado o método histórico, ao passo em que será efetuado uma abordagem histórica nas literaturas sobre ativismo judicial, seu nascimento e desenvolvimento, conceitos do fenômeno e o enfoque sob o prisma do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

O capítulo inicial abordará de forma conceitual e explicativa o surgimento e desenvolvimento do Estado Democrático, bem como acerca do Estado de Direito, trazendo seus respectivos desdobramentos ao longo da histórica. Ao final, buscar-se-á definir o Estado Democrático de Direito contemporâneo e sua envergadura atual.

Por sua vez, no segundo capítulo meditará a respeito do ativismo judicial. Inicialmente, será tratado o nascimento do fenômeno, sua evolução histórica, os eixos procedimentalista e substancialista, bem como a diferenciação entre judicialização da política e as decisões ativistas. Após, buscar-se-á explicitar os institutos da autocontenção, as posições favoráveis e contrárias e como o fenômeno em comento se dá em solo brasileiro.

Pretende-se, ainda, em análise derradeira, elencar as implicações reflexo do ativismo na relação disfuncional e invasiva perante os demais poderes da república, levando em consideração os princípios fundamentais previstos no ordenamento vigente e a lesão aos institutos e cargas principiológicas abarcados na Constituição.

# 1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Será dividido este capítulo em quatro seções. Na primeira, será exposta a evolução histórica do Estado Democrático. Na segunda, será tratado o conceito do Estado de Direito e seu aparecimento. Na terceira, busca-se desenvolver e expor a relação existente entre Estado Democrático e de Direito até sua contemporaneidade. Por fim, na seção derradeira será retratada a separação dos poderes e seu desenvolvimento histórico-conceitual.

## 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Através da própria etimologia do termo democracia descobre-se seu real significado, conceituando-se esse Estado Democrático como a noção de governo do povo, voltado a este e por este povo a ser submetida e apreciada.

O conceito de um Estado Democrático remonta-se na ideia de um governo do povo, cujas particularidades surgem no século XVIII. De acordo com Dallari (2012), foi por meio das batalhas contra o absolutismo, especialmente mediante a afirmação dos direitos naturais e intrínsecos da pessoa humana que surgiu o Estado Democrático Moderno. Dado isso a imprescindível influência de Rousseau e Locke, *jus naturalistas* exemplares, como também a participação dos exitosos movimentos populares.

Há três movimentos político-sociais de destaque que, segundo Dallari (2012), induziram os pensamentos teóricos a uma concretização prática da democracia: a Revolução Inglesa, amplamente influenciada por Locke e que resultou no *Bill of Rights*, de 1689; a Revolução Americana, que derivou seus princípios na Declaração de Independência das Treze Colônias, em 1776; e a Revolução Francesa, sob grande influência de Rousseau, cujo movimento foi expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Faz-se necessário conjecturar o sentimento e clamor popular na época desses movimentos e entender seu nascimento e evolução até o período atual. Quanto a Revolução Inglesa, tiveram as pessoas como combustível a influência das ideias do protestantismo e o desejo de limitar os poderes do monarca, estes dois cooperando

para a exclamação da liberdade e igualdade como direitos naturais e, também, somado ao desejo em fixar um governo de maioria.

Em seguida, sob influência de Locke ocorre a independência das treze colônias americanas. Ainda que existia certa independência no judiciário, um legislativo local e uma autonomia frente a matriz, ainda assim não foram suficientes para evitar a tensão, incluído, por derradeiro, as interferências econômicas no cotidiano da colônia. Desse modo, segundo Barroso (2015), em 1787 consolidou-se a revolução americana através da concretização da primeira constituição escrita do mundo, tornando real o desejo de independência das colônias, a superação do arquétipo monárquico e fundação de um governo constitucional, baseado na separação dos poderes, na igualdade e na supremacia da Lei.

Posteriormente, outro movimento motor desse processo de difusão do processo democrático foi a Revolução Francesa, em 1798, onde os cidadãos franceses, não contentes com o modelo absolutista, culminaram na queda do regime monárquico. Conforme leciona Dallari (2012), com a ascensão dos ideais democráticos, instaurou-se o Estado Mínimo bem como a valoração dos direitos individuais, derivando, subsequentemente, na Declaração do Homem e do Cidadão, em 1789, projetando este nos direitos naturais e imprescindíveis ao homem, como a liberdade, a segurança, a propriedade e a resistência a opressão, um cunho de dimensão universal.

A democracia pode ser vislumbrada e conceituada, nas palavras de Uliano, como:

“[...] um sistema político cujos membros se consideram [politicamente] iguais uns aos outros, são coletivamente soberanos e possuem todas as capacidades, recursos e instituições necessários para autogovernar-se” [DAHL apud ULIANO, 2021, p.75].

Revela-se neste conceito que há igualdade política em uma democracia, devendo ser entendida essa igualdade, segundo Uliano (2021), como a isonomia acerca da possibilidade de participar das decisões coletivas. Trata-se de uma igualdade na participação das deliberações e decisões comuns que definirão regramentos e normas obrigatórias para todos, isto é, há uma esfera definida sobre a igualdade a qual é o da participação no autogoverno popular.

Ainda, pode ser compreendida a lição a partir da seguinte contribuição de John Locke (VI, p.19):

**Ainda que tenha dito antes que todo homem é igual por natureza, logicamente não queria dizer que seria igual em todos os aspectos.** Idade ou virtude podem colocar alguns homens acima de outros: excelência ou alguma habilidade e mérito podem elevar alguns acima do nível comum; alguns podem naturalmente possuir deferência por outros por razões de nascimento ou por gratidão em virtude de benefícios recebidos, ou outros motivos. Mas **tudo isso é compatível com a igualdade que toda pessoa possui no que respeita à jurisdição ou domínio que uma possa ter sobre a outra.** A igualdade sobre a qual falei anteriormente, a igualdade relevante para o problema que ora analisamos, **é a igualdade que todo homem possui em razão de sua natural liberdade, de não ser sujeito à vontade ou autoridade de outro homem.** (tradução livre, grifos nossos)

A referida igualdade, resultante dessa autonomia do cidadão onde este não pode participar de um governo sem contribuir com suas decisões e participar ativamente, é reconhecida por diferenças notáveis, sejam elas de caráter cognitivo, econômico, intelectual, entre outras.

Contudo, não é admissível que sejam essas diferenças tamanhas capazes de fundamentar que um indivíduo possa reinar sobre outros sem que esses detenham a possibilidade de colaborar na tomada de decisões. Essa percepção encontra-se perfeitamente sintetizada nas palavras de Abraham Lincoln: “nenhum homem é bom o bastante para governar a outro sem o seu consentimento”.

Torna-se comum pensar que a regra da maioria é algo basilar e principal numa democracia, quando na verdade, o componente mais fundamental em um processo democrático é a igualdade política, sendo aquela uma consequência desta. Cinco critérios para a democracia são elencados por Dahl (2001): a) participação efetiva; b) igualdade de voto; c) entendimento esclarecido; d) controle de pauta política; e, e) inclusão.

Sendo assim, esses critérios no plano prático precisam de instituições que as viabilizem e as coloquem em prática. Para isso, Dahl (2001) relaciona seis instituições primordiais para a concretização do caráter democrático do governo: a) acesso eletivo aos cargos de governo; b) eleições livres, justas e periódicas; c) cidadania inclusiva (sufrágio universal); d) liberdade de expressão; e) fontes de informação diversificadas; f) liberdade associativa.

Assim, Dahl (2001) destaca que essas instituições são as concretizações dos critérios anteriormente expostos, estando elas estreitamente correlacionadas e sendo primordial para a efetivação de um regime democrático.

Conforme discorre Silva (1988, p.20), baseia-se o Estado Democrático no princípio da soberania popular, que “impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”.

Desse modo, compreende-se o princípio democrático como zelador dos direitos fundamentais da pessoa humana, incorporando efetivamente a população na tomada de decisões de maneira justa e igualitária, participativa, pluralista e representativa.

Neste sentido, a participação do povo no arranjo do Estado, no desempenho e formação do governo, foram preocupações primordiais tendo em vista que este povo, segundo expõe Dallari (2012), saberá proteger a liberdade e a igualdade ao expressar-se de forma livre sua vontade soberana.

Portanto, com o advento e as transformações históricas que culminaram na busca de um regime democrático, os princípios da supremacia da vontade popular, a igualdade de direitos e a preservação da liberdade tornaram-se um norte pela realização e efetivação dos direitos fundamentais almejados.

## 1.2 O CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO

Soma-se de outro lado na conjectura do desenho constitucional o Estado de Direito, que compõe um arcabouço normativo capaz de limitar, nortear e responsabilizar os indivíduos nos seus atos. Uliano releva a concretização do chamado Rule of Law, apontando que:

[...] A consequência desse princípio é que a sociedade seja governada por um sistema jurídico dotado de certas perfeições formais, procedimentais e institucionais, as quais permitam aos particulares, em igualdade de tratamento, seguirem as leis ou serem responsabilizados perante elas; que haja instituições aptas a aplica-las de modo geral e igualitário, e que o façam de fato; e que os agentes estatais também estejam circunscritos por esse arcabouço jurídico e sejam responsivos perante ele (ULIANO, 2021, p. 90).

O surgimento e evolução do Estado sinalizou a emancipação política e civil das classes sociais, perpetrando o nascer do ideal de poder do povo bem como da nação sua legitimidade incontestável, culminando, de acordo com a abreviação histórica relatada por Muller (2000), na concepção do Estado Liberal de Direito.

Assim nasce o Estado de Direito Liberal, também podendo ser chamado de Clássico, que nasceu a partir da metade do século XIX; institucionalizando-se na Alemanha e na França com o surgimento da Revolução Francesa de 1789, constituindo assim o primeiro regime jurídico-político, haja vista, que em momento próximo eclode também na Inglaterra e logo após nos Estados Unidos da América, a partir de então várias outras nações declararam sua independência criando este novo modelo de Estado. Alguns doutrinadores salientam que foi na Inglaterra, juntamente com a criação do Estado, que nasceu a Constituição, que esta vinha a assegurar as liberdades negativas dos cidadãos, com o mínimo de intervenção, ou seja, o direito público passa a intervir muito menos diante do privado, fundando-se assim, a administração do Estado avançada no princípio da pura legalidade. Desta forma, o direito reduz-se a lei, considerada esta como a única fonte de Direito, tendo como responsável pela sua produção o Poder Legiferante (SANTOS, BALESTRIN, 2011, p.460).

Possuía o Estado Liberal de Direito uma restrição da atuação estatal, traçado através do teor jurídico do liberalismo. As leis eram vislumbradas como ordem abstrata e geral, conforme denota-se a idealização a seguir:

Ao avançar da história, o Estado Liberal de Direito dá espaço ao surgimento do Estado Social de Direito, dada as necessidades das relações sociais que emergiram com o avanço da história. Assim, nascem direitos e deveres aos cidadãos, sendo esse grupo de pessoas que convivem em sociedade a figura principal, sendo as normas detentoras de uma segunda função a qual seja a de ferramenta facilitadora de benefícios (Streck e Morais, 2006).

Dessa forma, ambos os modelos supramencionados de Estado surgem com o propósito de ocasionar uma adequação social, de maneira que os indivíduos adotem direitos e adquiram deveres, sendo este binômio pautado nas normas que dirigem a justiça nesse Estado (Streck e Morais, 2006).

Conforme Dworkin (2001, p.7):

O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e o aplique.

Assim, segundo Ferreira Filho (1987, p. 17) “torna-se bem claro, perquiridas as origens do Estado de direito, que este visava a estabelecer o império da justiça, não da lei, vista esta como vontade do legislador”. A partir dessa ideia, o Estado de Direito centrado na lei, tão só tornar-se-iam as normas positivadas como válidas se antes de tudo radiasse essencialmente nos ideais de justiça.

O Estado de Direito é compreendido como uma coluna importantíssima para o regime constitucional, sendo também conhecido como Império da Lei ou *Rule of Law*. Assevera Uliano (2021) que o princípio do Estado de Direito é baliza norteadora para a atuação dos agentes dentro de um parâmetro jurídico estabelecido, bem como que haja o gozo de efetividade razoável na ordem institucional e que contenha nas normas de direito as perfeições formais, ou seja, que as leis sejam compreensíveis, promulgadas, públicas, gerais, prospectivas e abstratas.

A partir dessas ideias, Waldron (apud ULIANO 2021, p.86) sintetiza o Império da Lei e seu teor essencial:

A principal exigência do Estado de Direito é que as pessoas em posições de autoridade exerçam seu poder dentro de uma estrutura institucional de normas públicas bem estabelecidas e que limitem seu poder de ação; impedindo o exercício do poder de maneira arbitrária, ad hoc ou puramente discricionária, com base em preferências ou ideologias pessoais. Exige, assim, que o governo opere dentro desse arcabouço em tudo o que faz e que haja possibilidade de responsabilização perante a lei, quando houver qualquer indício de ação não autorizada por parte daqueles que estão no poder.

Além do mais, conforme certo ensinamento do mesmo autor: “o Estado de Direito não se refere apenas ao governo”:

Exige também que os cidadãos respeitem e cumpram as normas legais, mesmo quando discordem delas. Com efeito, quando seus interesses conflitam com os dos outros, eles devem aceitar as determinações legais sobre quais são seus direitos e deveres. Além disso, a lei deve ser a mesma para todos, para que ninguém esteja acima da lei e todos tenham acesso à proteção da lei. A exigência de acesso é particularmente importante, em dois sentidos. Primeiro, a lei deve ser epistemicamente acessível: deve constituir-se em um conjunto de normas promulgadas e tomadas públicas, para que as pessoas possam estudá-la, internalizá-la, e descobrir o que isso exige delas, sendo capazes de usá-la como uma estrutura para definirem seus planos e expectativas, bem como para resolver suas disputas. Em segundo lugar, as instituições legais e seus procedimentos devem estar à disposição das pessoas comuns para defender seus direitos, resolver seus litígios e protegê-las contra abusos do poder público e privado. Tudo isso, por sua vez, requer a independência do judiciário, a responsabilidade dos funcionários do governo, a transparência dos negócios públicos e a integridade dos procedimentos legais (WALDRON apud ULIANO, 2021, p.87)

Assim sendo, reputa-se como indispensável que um governo sob os moldes de um Estado de Direito possua leis fixas, imutáveis e objetivas, com o propósito de que seus cidadãos não fiquem subjugados à insegurança jurídica, a flexibilidade constante das normas, contrapondo-se a um possível governo arbitrário. À vista disso, consoante ao que aduz Miranda (2003), mesmo com eventual regressão do Estado, este está em contínuo progresso com transformações já consagradas hoje que foram firmadas após um longo processo, que precisamente não se estagnará e seguirá sua organização e estruturamento ao longo dos anos.

### 1.3 O SURGIMENTO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A origem da separação dos poderes remonta a Aristóteles, no século IV a.C., que contribuiu para a identificação dos três poderes do Estado. O pensador os traz, em sua obra política, com a denominação de: deliberativos, executivos e judiciais (ARISTÓTELES, 1998).

Apesar de ter distinguido as funções estatais Aristóteles não vislumbrou sua separação, pois entendia que apesar de distintas deveriam ser exercidas por uma única pessoa, o soberano (VASCONCELOS, 2016).

Posteriormente Maquiavel, no século XVI, também trata do tema da separação dos poderes. O pensador em sua obra, O Príncipe, 1532, percebe o Poder Executivo na figura do Rei, o Poder Legislativo exercido pelo Parlamento e um Poder Judiciário autônomo (MAQUIAVEL, 2010).

O Reino Unido, pioneiro na composição de um Estado de Direito, regido por um documento de natureza constitucional, foi o primeiro a estabelecer a separação dos poderes, em meados do século XVII. Por meio do “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” escrito por John Locke que pretendia fundamentar de maneira racional o novo modelo de Estado estabelecido na Inglaterra (BARCELLOS, 2018).

Locke apresenta quatro funções fundamentais as quais deveriam ser exercidas por dois órgãos. A função legislativa ficaria a cargo do Parlamento, a função executiva do Rei ainda se desdobraria em outras duas funções, a federativa relacionada aos

atos diplomáticos e a prerrogativa conceituada como “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras” (LOCKE, 2006).

Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, 1748, elabora a denominada, clássica separação dos poderes, que defende ser imprescindível que o Estado se estruture em três poderes específicos; Legislativo, Executivo e Judiciário, com as respectivas funções de legislar, administrar e julgar. Montesquieu afirma que além da distinção das três funções é necessário que cada uma seja confiada a um órgão específico (MONTESQUIEU, 2000).

Este modelo viria a ser um preceito constitucional dos Estados Democráticos de Direito.

Ao analisar da Constituição da Inglaterra Montesquieu (2000, p. 167-168) apresenta sua teoria tripartite:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo e o poder daquelas que dependem do direito civil. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião de cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer o outro... Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador, se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter força de opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Montesquieu aponta que não basta a mera repartição das funções, pois mesmo divididas em órgãos diferentes, estes podem exercer a função que lhe foi confiada com arbitrariedade. Para evitar esse impasse se faz necessário a criação de um mecanismo de interferência entre os poderes, de tal modo, que exista um equilíbrio, pois apenas o Poder seria capaz de controlar o próprio Poder (CUNHA JR., 2012).

Segundo Ferreira Filho (2015, p. 161), “a necessidade de prevenir o arbítrio, ressentida onde quer que haja apontado a consciência das individualidades, leva à limitação do poder, de que a divisão do poder é um dos processos técnicos e, historicamente, dos mais eficazes”.

Demonstrou Montesquieu (2004, p. 202), quando abordou a questão teórica da separação dos poderes, sua inquietação e apreensivo quanto ao excesso de poder centralizado nas mãos dos magistrados do Antigo Regime, asseverando que:

não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

A teoria da separação dos poderes “foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado”, conforme assevera Dalmo de Abreu Dallari (2012, p. 186).

Já na Declaração de Direitos de Virgínia, 1776, criada para assegurar direitos naturais do ser humano em um contexto que os Estados Unidos da América passavam por um processo independência, prescreve em seu artigo 5º que “que os poderes executivos e legislativos do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário.” (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA, 1978). Esse pensamento foi contemplado na elaboração da Constituição Americana em 1787 que foi a primeira a estabelecer o modelo proposto por Montesquieu.

Em 1789 o Princípio da Separação dos Poderes foi consagrado na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” documento resultante da Revolução Francesa que proclama os direitos dos seres humanos como universais. Dispõe o seu artigo 16 que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1978).

Conforme ensina Ferreira Filho não há nem pode haver Estado sem poder, o poder é uno, contudo, o mesmo pode ser exercido concentrado em um único órgão ou dividido entre órgãos distintos. Como exemplo clássico da forma concentrada do poder cita-se a monarquia absoluta, esta concentração é um risco à segurança da sociedade, pois condiciona que o detentor do poder aja com arbitrariedade de acordo com que lhe é mais conveniente, conforme o “capricho do momento”, que pode vir colocar em risco a liberdade individual (FERREIRA FILHO, 2015).

A partir de então o princípio da separação dos poderes tornou-se um dogma constitucional ligado diretamente a ideia de democracia.

Dallari (2012, p. 76), ao analisar o tema da separação dos poderes, afirma:

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

Neste sentido, o princípio da separação dos poderes foi pensado e desenvolvido ao longo do tempo até ser consagrado na forma atual. A separação dos poderes divide as funções estatais e estabelece um mecanismo de controle entre elas para assegurar que não sejam exercidas com discricionariedade, funcionando como uma limitação do poder do Estado.

#### 1.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

Buscando-se compreender o surgimento do Estado Democrático de Direito, deve-se entender que este adveio da evolução do Estado de Direito (subdivido em Estado Social e Liberal de Direito), surgindo este último de um Estado Liberal após evolução do Estado Moderno, conforme já suscitado anteriormente.

O Estado de Direito, de acordo com Barroso (2015), possuía em sua essência determinadas regras de limitação e repartição do poder. No entanto, não era suficiente para emergir o espírito democrático, visto que o Estado de Direito afirma sua validade através da mera existência de algum ordenamento legal a serem observados por governantes e governados, em outros termos, um estado totalitário ou autoritário seria capaz de seguir esse ordenamento e configurar-se em um Estado de Direito.

Destaca-se que houve gradualmente a evolução para as constituições escritas e codificadas, predominando ao final do século XIX o positivismo jurídico, que buscava a objetividade científica, igualando o direito à lei. Conforme Barroso (2015),

a partir dos horrores ocorridos na segunda guerra mundial, emergiram novos valores privilegiando a dignidade da pessoa humana e a atuação dos direitos fundamentais.

Desse modo, através do processo democrático constitucional o mundo ocidental dispôs a finalidade e alicerce a dignidade da pessoa humana, concretizando em convenções, declarações e constituições.

Neste sentido, a construção conceitual de um Estado Democrático foi estabelecida de melhor maneira no século XX. Destaca o ministro Barroso (2015) que, em sentido formal é vista como um governo da maioria e de reverência aos direitos individuais, como por exemplo, a liberdade de expressão, locomoção e associação. Por outro lado, em sentido material é vista não apenas como governo da maioria, mas também um governo de todos, onde o desejo da maioria não elimina ou descaracteriza os direitos de algum grupo minoritário.

Embasa-se o conceito do Estado Democrático de Direito, segundo Lenza (2016), a um Estado que preza pelas Garantias Fundamentais, bem como pelos Direitos Humanos, sendo um arquétipo de Estado por meio de um Direito Constitucional traçado no resguardo dos direitos coletivos, individuais, sociais e políticos; é a Carta Magna quem delimita e define de maneira exclusiva e unicamente o exercício do Estado, no Estado Democrático de Direito. Denota que, o Estado necessita, com o propósito de ser considerado um Estado Democrático de Direito e almejar o objetivo primordial, assegurar à proteção jurídica através dos seus governos a todos os direitos dos cidadãos.

Aos moldes do Estado Democrático de Direito, Vergottini assevera que o Estado:

Segundo a doutrina dominante, é caracterizado como um ente independente, tendo como elementos, necessariamente, a população, fixada num determinado território, onde há uma estrutura governamental que é regida pelas normas emanadas do próprio povo, buscando assim a sua estrutura organizativa (apud SOARES, 2004, p.566).

Por sua vez, Coelho (2011, p.171) delibera acerca do princípio da seguinte forma, apontando que:

[...] entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mas ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos

seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

Compreende-se como objetivo principal de um Estado Democrático de Direito a garantia das liberdades civis, a reverência pela dignidade da pessoa humana, bem como as demais garantias e direitos basilares, sendo este Estado aquele “fundado na harmonia social e assume o compromisso (na ordem interna e internacional) com a solução pacífica de controvérsias” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p.79).

Demonstra-se a relevância e a preocupação que o constituinte buscou na valoração dos fundamentos, principalmente ao embasar o Estado democrático de direito brasileiro, conforme situa-se no art. 1º da Carta Mãe de 1988, nestas palavras:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político (BRASIL, 1988).

Não se deve permitir que num Estado democrático de Direito ocorra e se deixe permitir o desrespeito e a transgressão ao que está transcrito em lei, sendo imprescindível que suceda o devido respeito ao previsto nas leis por parte de seus governantes. Posto isto, é evidente que todas as decisões precisam ir de encontro ao disposto em lei, visto que, desta maneira, estarão os direitos fundamentais dos cidadãos garantidos.

Desta forma, Barreto descreve que:

A Constituição de 1988 representa um importante avanço no campo das conquistas democráticas dos cidadãos e dos direitos sociais. Adotou a democracia e a dignidade da pessoa humana como valores fundamentais, bem como previu uma série de normas programáticas que atribuem objetivos a serem alcançados pelo Estado. Igualmente, ampliou o pluripartidarismo e o regime das liberdades públicas, mediante a previsão expressa de vários direitos e garantias fundamentais. Todavia, repetindo a anatomia estatal do passado, concentrou poderes e competências em favor da União, enfraquecendo a autonomia política dos demais entes federados (BARRETO, 2015, p. 90-91).

O princípio do Estado Democrático de Direito verifica-se concretizado na atual República Federativa do Brasil, obtendo esse poder estatal certa limitação advinda da

Constituição, que divide em três poderes. Assim, denota-se que o constituinte propiciou um maior resguardo a todos contra eventuais abusos de poder originários do Estado, evitando a concentração de forma una, nas mãos de um único agente.

Nesse sentido, nota-se que o referido Poder tem como seu possuidor o povo, segundo verifica-se no art. 1º, parágrafo único da Carta Magna que aduz: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição ” (BRASIL, 1988).

É o Estado Democrático de Direito, portanto, um arquétipo de Estado que busca de maneira paritariamente a uma racionalização e disposição do poder, com escopo a reflexão da violência a fim de que esta seja guerreada por meio da lei, de forma a projetar a organização de toda a sociedade de modo harmônico, consoante o ideal de justiça.

Deste modo, as normas compõem instituindo o Estado de Direito, porém sua particularidade essencial é a observância e o respeito aos princípios primordiais, com finalidade principal de conceder garantias ao indivíduo.

## 2 O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL

Neste capítulo busca-se demonstrar como o judiciário se insere frente à criação do direito, apresentando-se, portanto, o chamado ativismo judicial, dividido em quatro partes. Na primeira parte, abordar-se-á o conceito e fundamentos do ativismo judicial. Na segunda parte apresentar-se-á os eixos do Ativismo, o Substancialista e o Procedimentalista. Na terceira, busca-se desenvolver a figura da autocontenção e expor a diferenciação entre ativismo e judicialização da política. Por fim, encerrando o arcabouço de elementos, será elencado as posições favoráveis e contrárias ao ativismo judicial e a análise das defesas e críticas.

### 2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Identifica-se o ativismo judicial como uma criação em conjunto com o Estado Democrático de Direito e os Tribunais Constitucionais, situação na qual decisões emanadas pelo poder judiciário continuam no seu bojo a criação de direito, tornando-se com a legitimidade do poder Constituinte Originário um poder de aceitabilidade social e, também, detendo a si a responsabilidade como guardião das Constituições.

Desse modo, a efetivação da invasão do Tribunal/Juiz se dá frente a soberania popular, através do viés constituído por meio do Estado Democrático de Direito que se reveste pelas constituições modernas, demonstrando-se, assim, um novo formato de conceber a democracia:

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia.

Conforme doutrina nacional, o fenômeno conhecido como ativismo judicial “deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos

pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar” (RAMOS, 2010, p.129).

Denota-se que o ativismo judicial é um poder grandioso nas mãos dos juízes que inquestionavelmente “[...] “criam novo direito” toda vez que decidem um caso importante, anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição [...] o Direito é a nossa instituição social mais estruturada e reveladora. ”

O ativismo judicial teve seu surgimento após uma decisão sobre segregação racial advinda da Suprema Corte Americana, sendo cunhado o termo pela primeira vez por Arthur Schlesinger, jornalista americano. Ainda, segundo Luiz Roberto Barroso (2010), o termo pode ter surgido na Bélgica, em 1916, conforme pontua Carlos Eduardo de Carvalho, ganhando notoriedade no séc. XX, com a Suprema Corte dos EUA que lhe proporcionou efeito mais abrangente.

Partindo de uma abordagem histórica, destaca Barroso (2010, p. 09) que o ativismo judicial nasceu em um momento de grandes revoluções nos Estados Unidos no que se refere a criação de uma jurisprudência progressista ao que concerne os direitos fundamentais:

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.

Foram diversas as decisões na história que continham características de postura ativista, sendo a ideia de ativismo judicial antiga e histórica. Assim sendo, Uliano (2021) afirma que o tema se transformou mais flamejante após a fundação dos EUA e a adoção do controle de constitucionalidade. Críticos da postura e ação do poder judiciário, como Thomas Jefferson, afirmavam haver um desrespeito ao desejo e soberania popular com o modo de atuação do Judiciário, minando a democracia ao valer-se de meios de interpretação impróprios. Posteriormente, Abraham Lincoln foi mais um crítico que travou árdios combates ante as decisões do Judiciário, considerando-as como incorretas e invasivas das competências constitucionalmente legitimadas aos outros poderes.

Mais tardar, especificamente meados do séc. XX, houve o registro público do termo ativismo judicial, constatado em uma matéria realizada por um historiador de Harvard e jornalista, Arthur Schlesinger, onde o autor buscou exprimir a performance e condução do tribunal naquela época.

Assim, repartiu os nove integrantes da Suprema Corte Americana entre “ativistas judiciais” e “campeões de autocontenção”. Posteriormente, com a publicação de artigos acadêmicos, houve expansão do fenômeno em comento, adentrando ao *mainstream* acadêmico e nos votos judiciais, como por exemplo, no caso *Turpin vs. Mailet*, onde o magistrado Van Graafeiland asseverou que a postura ativista ultrapassa as funções do Judiciário dentro de uma sociedade democrática, ocupando intrusivamente as competências legislativas do Congresso (ULIANO, 2021).

Importante mencionar que em meados de 1953, a corte norte-americana chamada Warren teve seu início e, durante seus 13 (treze) anos de sustentação, derrubou inúmeras legislações, adentrando em matérias de liberdades e direitos civis. Acentua Uliano (2021) que a Corte Warren foi sucedida pela Corte Burger, está dando continuidade nas decisões ativistas, como por exemplo a decisão que liberou o aborto em todo o país, no conhecido caso *Roe Vs. Wade*, nos anos de 1973. Findou-se a referida Corte no final da década de 80 (oitenta) do corrente ano.

Pode ser compreendido o ativismo como uma interferência por parte do Judiciário, seja na administração ou legislação, buscando resolver os conflitos da sociedade, bem como garantir o resguardo dos direitos fundamentais. Conforme descreve Boccato (2015), esse exercício instala no princípio da separação dos poderes (e funções), uma instabilidade e insegurança.

Segundo Luiz Roberto Barroso (2012), o ativismo define-se como uma escolha de interpretação de maneira proativa da Constituição através do poder Judiciário, ampliando sua ingerência e alcance na atuação dos demais poderes do Estado, situação que ocorre em momentos de retração e descontentamento por parte do povo com relação aos poderes representativos.

Um conceito de ativismo judicial abrangente e próximo aos preceitos constitucionais da família romano-germânica é apresentado pelo jurista Elival da Silva Ramos (2010, p. 129), sendo:

Por ativismo judicial, deve-se entender 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). 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.

Neste sentido, o termo ativismo judicial tornou-se frequentemente utilizado, passando alguns estudiosos a buscar identificar quais ações do Judiciário se caracterizam e fazem ligação ao ativismo, sendo chamados, conseqüentemente, de dimensões do ativismo judicial.

Conforme pontua Elival da Silva Ramos (2010), a desnaturação das funções típicas do poder judiciário, em detrimento dos outros poderes, torna claramente negativo o “ativismo”. Vislumbra-se o ativismo como uma disfunção, resultado do pragmatismo e do moralismo jurídico que, no que lhe concerne, proporciona um ativismo subjetivista do intérprete-aplicador.

De acordo com André Uliano (2021), para configurar-se como ativismo judicial são essenciais os seguintes requisitos: o desempenho extrapolando o além daquilo que seria juridicamente consistente extrair da regra ou preceito que importa de paradigma de controle; e a usurpação da atividade típica de outros órgãos, principalmente quanto aos que possuem um caráter de representatividade, em razão da investidura dos seus agentes através do sufrágio.

O fenômeno, segundo expõe o Ministro Barroso (2015, p. 371-372), se manifesta através de diversas formas que abrangem:

(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.

A última hipótese pode ser constatada quando a intervenção judiciária ocorre na seara das políticas públicas, como no caso da condenação do estado ao fornecimento de aparelhos terapêuticos e medicamentos. Neste sentido, em decisão emanada pelo STF foi declarada que todos os entes federativos detêm competência e responsabilidade solidária no que tange o provimento de medicamentos e terapias reconhecidas.

Não há uma conceituação clara e precisa sobre o ativismo, mas existem diversas definições cunhadas de acordo com a posição e espectro ideológico do autor.

Tem-se ademais, que em observância ao princípio basilar da separação de Poderes, não há espaço de cabimento normatizador ao Poder Judiciário para instituir ou deliberar acerca de políticas públicas, função esta típica dos demais Poderes, os quais são o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Apesar disso, é foco de destaque em alguns julgados emanados pelo Supremo Tribunal Federal que não é admitido o debruçar por parte do Poder Público no tocante a “reserva do possível, esquivando-se de maneira imprudente das perspectivas e anseios da sociedade. Assim a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada levianamente pelo Estado com o intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais (PAULO; ALEXANDRINO, 2015).

Compreende-se no termo ativismo judicial, brilhantemente definido por Streck (2013), a simples modo, que há uma transposição dos limites fixados da atividade jurisdicional em prejuízo das funções administrativas e legislativas. Nesta toada, depreende-se do ativismo como uma corrupção na relação dos Poderes, devido ao extravasamento do liame de atuação, baseando-se decisões por meio de critérios não jurídicos.

A reflexão sobre referido pensamento suscita discordâncias e adesões entre diversos teóricos e pesquisadores da seara, revelando que o fenômeno conhecido como ativismo judicial mostra-se de grande proeminência acerca das demarcações e probabilidades perante o Estado Democrático de Direito contemporâneo.

## 2.2 EIXOS PROCEDIMENTALISTA E O SUBSTANCIALISTA

Compreende-se o ativismo por meio de dois eixos doutrinários, sendo eles o Procedimentalista e o Substancialista.

Ao que se refere o eixo procedimentalista, lastreia-se este na invasão do direito ao campo político, em razão de que a referida seara política é causadora de diversos problemas, estabelecendo assim o direito dos preceitos de justiça, liberdade e igualdade.

Tratando-se destes preceitos e a relação de ponderação quanto ao direito invadir o campo político, ressalta-se, conforme brilhantemente exarado por Lênio Streck (2002, p.158), que:

Por último, altera-se a relação entre política e o Direito. Uma vez que o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos e a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.

Neste eixo, vislumbra-se o Poder Judiciário como mero fiscalizador da lei, baseado em um “governo das leis”, onde nenhuma interferência de um poder ao outro pode ocorrer de modo a atingir a sua esfera de competência.

Neste modelo o magistrado deve voltar a ser somente o aplicador das leis, assiduamente racional, apontando que lhes compete apenas ao poder legislativo a criação de direito, elencando suas teoristas, este vindo a representar de maneira mais adequada às sociedades democráticas.

Conquanto ao abordar o eixo Substancialista, este revela-se na possibilidade de criação do direito pelo Poder Judiciário através de suas decisões, isto é, utilizando-se de uma interpretação construtiva, demonstrando que o processo legislativo e o judiciário possuem natureza substancial, sendo ambos legitimados para com a atividade construtivo-criadora de direito.

Ao tratar acerca da função criadora do direito através do Poder Judiciário, Kelsen (2000, p. 217) explica que:

A função criadora de Direito dos Tribunais é especificamente manifestada quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os tribunais estão autorizados não apenas em aplicar Direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também a criar Direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo.

Assim, permite-se no ativismo de norte substancialista a invasão da política no direito. Dessa forma, aplicar-se-á de forma dinâmica a Constituição, valendo-se de argumentos políticos, estes sendo compreendidos como questões de princípios de política e moral.

Também, imperioso destacar neste modelo que (Kantorowicz apud Mendes, 2008, p.91):

[...] sensível deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo – por eles reputados inertes em direção ao Poder Judiciário, porque a nova magistratura estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação inseridas na constituição [...].

Portanto, neste eixo garante-se ao Poder Judiciário a aplicação de decisões com forte cunho político, debatendo as questões de moralidade política, assim buscando uma maneira de proteger os Direitos Fundamentais no melhor aspecto possível. Neste sentido, a abertura das demandas sociais que buscavam por proteção ao Judiciário, garantiu a este poder uma legitimidade, possuindo um papel ativo e garantidor de políticas públicas.

## 2.3 DEFINIÇÃO DE AUTOCONTENÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Nos títulos terciários a seguir, aborda-se os institutos da autocontenção e da judicialização da política, descrevendo suas peculiaridades e diferenças entre ambos, bem como a relação frente ao ativismo judicial.

### 2.3.1 Autorrestrrição ou Autocontenção

A figura da autorrestrrição, oposto do ativismo, pode ser compreendida na tomada de decisões pelos juízes de forma a evitar contrariar decisões dos demais poderes e/ou que venham a tornar prejudicial e gerar reações tormentosas à própria funcionalidade da corte. Assim, restringe-se o espaço de incidência da Constituição em favor do legislador ordinário.

Desta forma, o ativismo e a contenção judicial, segundo Barroso (2015), devem caminhar lado a lado, entrando em cena o ativismo quando grupos vulneráveis e minoritários da sociedade estiverem à míngua na carência de direitos fundamentais, ou valendo-se da contenção quando a representatividade e legitimidade estiverem

funcionando, havendo debate público amplo, devendo abster-se os juízes do processo político.

Compreende-se a autocontenção como uma forma de redução da interferência do Judiciário sobre os demais poderes, evitando, para tanto, a aplicação diretamente da Constituição em situações não expressas, afim de preservar as instituições. Para isso, busca-se uma adoção de parâmetros mais rigorosos para se alegar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, bem como a abstenção em intervir na decisão sobre políticas públicas (MOREIRA, 2018).

Nesse sentido, a autorrestrição demonstra uma obrigação de respeito às determinações e ações prévias emanadas pelos outros poderes, no sentido de que o Judiciário tão somente de forma fundamentada estará possibilitado a declarar sua inconstitucionalidade, observando os precedentes, estabilidade institucional, segurança e a própria democracia.

O referido instituto em comento facilmente se confunde com a judicialização da política, fazendo-se necessário, portanto, uma distinção a seguir entre estas duas formas de atuação do Poder Judiciário, que provoca diversas polêmicas acerca da sua legitimidade e competência.

### 2.3.2 Judicialização da Política

A Constituição vigente aumentou consideravelmente o poder e atuação do Judiciário, abrindo espaço para uma participação mais presente na efetivação dos fundamentos constitucionais e abrangendo um relacionamento entre política e direito mais elevado.

Surgiram, nesta nova concepção, os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política, que trouxeram muita indagação no meio acadêmico, visando compreender suas essências.

Destaca o Ministro Barroso (2009, p.13) que o Direito se denota por ambiguidades. Entretanto, direito é política ao passo que:

- (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e

expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que for mula.

Contudo, não é possível diferenciar com a exposição acima acerca do ativismo e da judicialização. Ainda assim, pontua o autor três marcos imprescindíveis para caracterização da judicialização no Brasil, sendo eles o constitucionalismo abrangente, a redemocratização e a inclusão de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado).

Por outro lado, é considerado o ativismo judicial como uma forma específica e proativa de interpretação à Constituição, aumentando seu significado e alcance. Segundo Barroso (2015), a declaração de inconstitucionalidade, a execução direta da Magna Carta e a determinação impositiva de condutas ao poder público são exemplos de procedimentos que configuram o ativismo judicial.

A judicialização da política no sistema político brasileiro concretizou-se após a Segunda Guerra Mundial, influência gerada a partir da ratificação dos direitos humanos e a influência dos sistemas europeus e americanos. Possível afirmar, de acordo com Tassinari (2013), que o fenômeno se trata de uma questão social, provocada por meio da consagração de direitos e regulamentação constitucional que ao final desaguarão no Judiciário, não ficando sujeito a este poder para que isso aconteça.

Ainda, segundo descreve Elival da Silva Ramos (2010, p. 25), “o problema do ativismo judicial envolve, pelo menos, três questões: o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambigüidade do direito”.

Uma das questões muito bem elencadas por Tassinari (2013) trata-se não somente do debate acerca do ativismo ao fito de se conter a tomada de funções do governo pelo Judiciário, ou acerca do controle de constitucionalidade que resulta na anulação dos atos dos outros poderes, mas também sobre como se dará esse controle judicial (revisão judicial).

O jurista Lênio Streck (2011, p. 589) buscando apontar uma diferenciação entre ativismo e judicialização da política, assevera que:

Um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções

personais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrado); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]);

A judicialização da política pode ser entendida, segundo descrita por Tassinari (2013, p.32), sendo:

muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa) [...] Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição.

Compreende-se a judicialização da política como uma transferência de atividades fundamentalmente políticas para juízes e tribunais, não havendo decisões por questões de Direito, mas sim por questões políticas igualitárias e favoráveis à coletividade. Assim, ocorreu uma transformação na estrutura da separação das funções com o aumento participativo do Judiciário nas questões políticas, resultando numa intervenção direta no equilíbrio do Estado Democrático de Direito e a sua estabilidade.

No ensejo de diferenciar os fenômenos da judicialização e o ativismo judicial, conclui Tassinari (2013, p. 36-37), que:

Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política;  
 Segundo a inter-relação entre direito e política não autoriza a existência de ativismos judiciais;  
 Terceiro, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno;  
 E Quarto, a judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo judicial diz respeito a uma postura do judiciário para além dos limites constitucionais.

Sendo assim, o consenso entre os estudiosos acerca da diferenciação se vislumbra conforme os fundamentos expostos acima. Compreende-se, portanto, que a caracterização de um poder revestido de supremacia sobre os demais, imbuído de competências não legítimas e reconhecidas pela Magna Carta, são características do ativismo judicial, enquanto que a judicialização se destaca pela ausência de

manifestação dos demais poderes ou o deslocamento de um conflito entre dois poderes ao outro, não sendo uma opção escolhida/tomada pelo julgador.

## 2.4 ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL

Nos títulos terciários a seguir, busca-se demonstrar as posições doutrinárias e jurídicas que convergem e sustentam a utilização do ativismo judicial, bem como àquelas que pontuam sua ineficácia e efeitos prejudiciais afirmando suas posições e argumentos contrários.

### 2.4.1 Posições contrárias:

As críticas ao fenômeno do ativismo são diversas, em razão principalmente da possibilidade do Judiciário valendo-se de forma proativa inovar o ordenamento jurídico e regulamentar ou até legislar sobre temas não regradados, omissos pela Legislação, sobrepondo-se sua função e competência acima dos demais poderes, por vezes exercendo funções que o Legislativo deveria disciplinar.

Nesse sentido, Lênio Streck (2004) destaca que os magistrados e tribunais estão se valendo da Constituição, da força normativa dos preceitos e valores constitucionais afim de apreciar o direito segundo o subjetivo pessoal, de maneira a demonstrar maior saber e conhecimento do que o próprio constituinte. Dessa forma, ao não concordar com uma lei ou norma constitucional, afastamos o debate político e o diálogo, delegando ao judiciário, numa espécie de balcão de reclamações, para que através de alguns juízes não eleitos democraticamente digam ou até construam um direito ou dever.

Assim, caracteriza-se uma função que é típica do Legislativo sendo absorvida e aplicada pelo Judiciário ao regular ditando normas com força de lei.

Destaca Elival da Silva Ramos (2010) que o ativismo judicial transpõe as faixas demarcatórias da função jurisdicional, avançando, deste modo, a competência dos demais poderes, seja a Executiva ou a Legislativa. Neste sentido, devem os juízes no ato de emanar suas decisões adotarem cautela, no intuito de evitar certo ativismo ao

ponto de o magistrado desvirtuar o texto constitucional e deformar o próprio poder originário constituinte, resultando, portanto, em violação à clausula pétrea da separação dos poderes.

Os magistrados baseados pelo euforismo principiológico deram surgimento ao decisionismo jurídico no qual negligenciaram, segundo Daniel Souza Sarmento (2007, p. 144), a obrigação de fundamentar suas decisões:

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 idiosincrasias 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.

Em consonância, Ronald Dworkin (1999, p.451) assevera que o ativismo judicial danifica a devida percepção de subjetivismo jurídico, resultando na interferência dos demais poderes e dilacerando as longas eras de batalha democrática e deferência a constituição:

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.

Preconiza-se que os tribunais e juízes não possuem o caráter democrático de legitimidade para decidir acerca de atos e normas dos poderes Legislativo e Executivo. Atuando o Judiciário como legislador negativo ou legislador positivo, onde no primeiro a interferência se dá na invalidação dos atos e leis dos demais poderes, e

no segundo a intervenção é buscando uma interpretação às normas e princípios, conferindo assim juízo de valor.

#### 2.4.2 posições favoráveis:

Defendem alguns autores o fenômeno do ativismo judicial esclarecendo que a composição tripartite das funções do poder teve uma modificação considerável, um aperfeiçoamento no princípio da separação dos poderes que resultou a uma flexibilização.

A propositura de leis e normas afim de resguardar os direitos de determinado povo é uma das finalidades da política por meio de um poder, atribuído no sistema atual ao Legislativo, enquanto que resta ao Executivo a adoção de programas e instrumentos para concretizá-los. Contudo, seja por questões envolvendo corrupção dos agentes políticos, má administração, constata-se que no Brasil existe um enorme descaso quanto à implantação dessas medidas e direitos.

Desse modo, recorre-se ao Poder Judiciário na intenção de dar cumprimento ao direito positivo e salvaguardar os direitos fundamentais, ainda que respaldados por princípios enraizados na Constituição, assim, não deixando o povo à mercê da negligência dos seus representantes.

À vista disso, explicando a função do ativismo judicial, o Ministro Luiz Roberto Barroso (2009, p. 11-12) assevera que nesses momentos:

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela! pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Ativismo e contenção judicial desenvolvem uma trajetória pendular nos diferentes países democráticos. Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável.

É possível compreender que o ativismo judicial oportuniza direitos àqueles que não obtiveram o mesmo benefício, obtendo o juiz a viabilidade em ofertar ao indefeso à proteção e efetivação do seu direito, por meio dos princípios e direitos integrados na Magna Carta. É a maneira de garantir, conforme exposto pelo autor acima, os direitos das minorias e sua aplicação, como é o caso dos direitos LGBTs, onde a reprovação da maioria é visível, travando o Congresso a debater assuntos de cunho polêmico.

Tecendo considerações sobre a legitimidade da postura ativista, Barroso (2012), contudo, alerta que a interpretação realizada pelos juízes não pode ser exercida de modo a usurpar as funções legislativas. Segundo o autor, considera-se legítimo o ativismo, sob a condição de não usurpação das competências legislativas e executivas, de modo que o debate e o reconhecimento dos valores constitucionais não podem ser feitos pelo magistrado, mas sim por aquele que detêm o poder (povo), não devendo o juiz/tribunal suprimir pela “jurisdição constitucional” tampouco oprimir a voz das ruas.

O exercício do ativismo judicial pelos juízes e tribunais deve ocorrer, conforme destaca o Ministro Barroso (2012), tão somente em casos eventuais, visto que é imprescindível para que haja uma democracia sólida se tenha um poder legislativo ativo e atribuído de credibilidade.

Os posicionamentos favoráveis destacam que a postura ativista tem finalidade de assegurar as regras do jogo democrático, proporcionando uma ampla participação e o governo da maioria, não se restringindo, no entanto, ao princípio majoritário na proteção dos valores e direitos. De outro lado, a crítica a esta postura enuncia que os magistrados não são eleitos pelo povo, não sendo considerados agentes políticos que possuem consigo legitimidade para deliberar a vontade popular, isto é, falta de justo título democrático.

## 2.5 ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

O Poder Judiciário Brasileiro tem se demonstrado nos últimos tempos nitidamente ativista, vez que adotou posturas totalmente proativas, efetivando não somente questões sobre políticas públicas, mas também interpretações à Constituição

de forma um tanto quanto diferente, mais abrangente, voltado às liberdades individuais e garantias.

Assim, preleciona o Ministro Gilmar Mendes que "não é por razões ideológicas ou pressão popular, mas porque a Constituição exige. Nós estamos traduzindo, até tardiamente, o espírito da Carta de 88, que deu a corte poderes mais amplos". (REVISTA VEJA, 2008, ed. 2075).

Neste sentido, imperioso se faz demonstrar o posicionamento da Suprema Corte em relação à consagração de direitos fundamentais, destacando-se, portanto, o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF sob nº 45, *in verbis*:

[...] Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal.

Nas palavras de André Uliano (2021), o ativismo urgiu em solo brasileiro com exponencial crescimento através da evolução institucional do Judiciário e, especificamente, do Supremo Tribunal Federal, fenômenos ligados à promulgação da Magna Carta de 1988 e que tomaram importância ao final do século XX e início do século atual.

O ativismo judicial no Brasil se distingue em dois aspectos, quais sejam pela absorção de um modelo trazido dos Estados Unidos, e pelo uso despojado no cenário de seu aparecimento. Ademais, Tassinari (2013) narra que surge o fenômeno impregnado por um pragmatismo, de maneira perigosa, visto estar ligado a um ato de pretensão, desejo do julgador.

Diante do cenário pandêmico do coronavírus, o Supremo Tribunal Federal determinou de maneira aceitável a adoção de ações e políticas a serem observadas pelos entes federativos, responsáveis concorrentemente com a União no que tange o direito à saúde. Contudo, houve uma certa extrapolação para além das fronteiras competentes ao Judiciário, conforme descreve Pagani (2022, p.13) que:

Mesmo diante do cenário, definindo as competências e quais medidas os entes públicos poderiam adotar, ultrapassaram o limite da legalidade, da legalidade estrita, ao instituir, por exemplo, o toque de recolher sem qualquer previsão expressa em Lei ou sequer na Constituição Federal como Competência concorrente dos entes públicos. A competência, a rigor, do Toque de Recolher, é exclusiva do Presidente da República através do Governo Federal (Art. 137 da Constituição Federal).

Em consonância ao caso em comento, o referido autor destaca ainda:

Isso significa dizer que certos Tribunais agiram como legisladores positivos, trazendo uma aparência de legalidade à certos atos inconstitucionais e ilegais [...] as matérias onde os decretos administrativos podem regulamentar foram definidas em Lei (13.979/2020) e o toque de recolher não está, obviamente, permitido pela Lei.

Desta forma, verifica-se a violação ao devido processo legislativo, bem como a dignidade da pessoa humana e o resguardo aos direitos fundamentais, por intermédio de um protagonismo judicial que toma para si funções que não lhe compete exercer, revestindo-se sob o prisma do ativismo judicial.

Uma postura autoevidente, revestida de forma claramente ilegal, foi proferida pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que determinou a paralização do transporte público em Curitiba, sob a justificativa de que se tratava de medida necessária ao combate do covid-19.

Analisando-se a posição e atuação da Corte Suprema Brasileira, Magnusson, Pagani e Paula (2021, p.5) pontuam que:

Se a composição do Supremo Tribunal Federal mudar totalmente para um viés “conservador”, em contraposição à “razão e a ciência”? O que impediria a Corte Constitucional com status Ordinário de modificar, uma vez mais, pautas como casamento homoafetivo, drogas, aborto e outras pautas políticas discutidas na política brasileira?

O tribunal, portanto, legisla de forma positiva ou acaba decidindo escolhas que necessariamente deveriam perpassar pelo campo representativo, transpondo sua preferência e meios legais em oposição ao regime jurídico vigente. Nota-se que o controle exercido pela Corte extravasa os limites institucionais, uma verdadeira arma à disposição do julgador que lá estiver, independentemente da posição político-ideológica.

Afirma-se categoricamente entre diversos juristas e doutrinadores, entre eles José Gomes Canotilho e Carlos Blanco de Moraes que atualmente a Corte Constitucional mais poderosa e detentora de poderes múltiplos é o Supremo Tribunal Federal brasileiro, superando até mesmo as atribuições e poderio da Suprema Corte Constitucional da Índia (ABBOUD, 2021).

Refletindo acerca dos limites de atuação e poder exercidos pelo STF, Pagani (2022, p.6) relata que “significa dizer, então, no momento atual, que o Supremo Tribunal Federal não é apenas o poder moderador da política brasileira, mas é, sobretudo, a própria Constituição Federal com 11 (onze) constituições diferentes”.

Além do mais, destaca-se que a Constituição Federal e, principalmente o Código de Processo Civil, elencam diversos princípios que versam sobre os procedimentos que a decisão judicial deve seguir, não podendo ocorrer um avanço para além do que foi pedido e tampouco decidir sobre o que não foi solicitado ou se encontra no teor da demanda (MAGNUSSON; PAGANI; PAULA, 2021).

Outro caso de ativismo judicial que gerou um *backlash* institucional praticamente de forma imediata pelo legislativo, é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 (Caso Vaquejada), onde debate acerca dos maus-tratos aos animais foi decidido conforme o interprete-julgador. No voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 23) descreve, através da sua decisão, que:

De fato, há inúmeros relatos na rede mundial de computadores de animais submetidos a abusos nas práticas de vaquejada, entre eles o de que os bois são confinados em um pequeno cercado, onde são atormentados, encurralados e açoitados. Também há relatos de uso de luvas com pequenos pregos para não deixar escapar a cauda do animal quando apanhada, a introdução de pimenta e mostarda via anal, choques elétricos e outras práticas abomináveis caracterizadoras de maus-tratos. Ainda quando não seja possível afirmar que animais usados em vaquejadas por todo país sejam submetidos a esses tipos de tratamento, é de se estranhar que animais pacatos, como são os bois, saiam sempre em disparada após serem soltos.

Tamanha interferência na seara política causada por esta decisão que, logo em sequência, a Presidência da República ratificou a Lei da Vaquejada, descrevendo-a como uma expressão cultural brasileira.

A despeito, resta presente a passagem de um *backlash* institucional dentro do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que versava sobre o começo do cumprimento da execução de pena após transitado em julgado sentença condenatória. Elenca-se neste cenário que o pacote Anticrime proposto por Sérgio Moro, foi uma frente legislativa acerca do combate à corrupção que gerou um *backlash* quanto ao Poder Judiciário (MAGNUSSON; PAGANI; PAULA, 2021).

Calha ainda mencionar a decisão judicial em sede de Recurso Extraordinário nº 635.569/spp., que buscou tratar da legalização da maconha, ponderando os Ministros do Supremo pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. Demonstraram

os ministros, por meio de seus respectivos votos, uma apreensão com o sentimento social da população, conforme se verifica:

Portanto, a resposta do Supremo Tribunal Federal no caso que lhe foi submetido, sem se arvorar em eventual desagrado ou não da sociedade, por coerência e razão jurídica, deveria se orientar pela descriminalização do uso de todas as drogas, e não apenas da maconha. O que se verifica é que, por questões de sentimento social, atrelada a uma conhecida moralidade mais conservadora da sociedade, no que se refere ao tema das drogas no Brasil, justamente para se evitar um efeito backlash, entendeu por bem o Ministro Luís Roberto Barroso não avançar no tema com receio de possíveis reações desproporcionais e deletérias que não agregariam em nada o progresso da análise da questão (ANDRÉA, 2019, p. 188).

Oportuno ainda destacar o julgado no caso da ADPF 54/DF, referente ao aborto de anencéfalo, onde inaugurou-se via decisão judicial uma nova excludente de ilicitude para o tipo penal do aborto. Neste sentido, configura tal decisão como de extremo ativismo, isto é:

(...) já que a interpretação da decisão na ADPF 54/DF declara que a situação de anencefalia é hipótese legítima de aborto, ainda que não prevista em lei. Aliás, é exatamente essa ideia que suporta a afirmação do atual Ministro Roberto Barroso, reportada em introdução, para quem o julgamento da ADPF 54/DF representa um case legítimo de ativismo judicial (NASCIMENTO, 2017, p.331).

Verifica-se, portanto, uma evidente usurpação das competências do autogoverno dos cidadãos, decidindo sem razões jurídicas existentes e legislando sobre matéria de grande polemica e debate que, sob hipótese nenhuma, deve fugir da arena política e do espaço deliberativo e representativo que contempla o povo.

### **3 AS IMPLICAÇÕES REFLEXO DO ATIVISMO JUDICIAL NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

No presente capítulo busca-se elencar os elementos da estrutura constitucional vilipendiados pelo fenômeno do ativismo judicial. O ambiente legítimo da política, o princípio democrático, bem como o Estado de Direito e sua pertencente separação de poderes são alguns dos atributos lesados os quais serão abordados nos cinco subtítulos a seguir.

#### **3.1 AMEAÇA À ORDEM DEMOCRÁTICA**

Transformou-se o direito brasileiro num solo fértil para propagação de posicionamentos diversos de culturas jurídicas variadas, tornando-se altamente prejudicial, visto que se inseriu de maneira errônea e acrítica em nosso ordenamento, causando uma mescla de teorias.

Neste sentido, Tassinari (2013) aponta como exemplo a adoção da jurisprudência de valores, nos moldes do constitucionalismo alemão o qual visa utilizar cláusulas genéricas e conceitos abstratos nas situações de impossibilidade de resolução de caso por meio da legislação. Dessa forma, o Poder Judiciário se transforma no tutor da política, atuando como um guardião dos bons costumes e da moral.

Nesta toada, Streck (2014) relaciona também a receptividade acrítica de determinadas teorias, como a Teoria Alexyana acerca da ponderação dos princípios, a jurisprudência de valores e o ativismo norte-americano, resultando estes em um protagonismo judicial elevado e incentivado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, vide neoconstitucionalismo.

Em se tratando de neoconstitucionalismo, o jurista Andre Uliano (2021) ao elencar algumas das consequências desse paradigma constitucional, descreve que passa a Constituição ser vislumbrada como um aglomerado de princípios, descritos também como valores, sendo aplicados através de meios interpretativos mais abstratos, amplos. Ainda, observa o autor que há uma anulação de importância das

regras, depositando uma crença maior do direito aos princípios, e todas as áreas do Direito conduzidas serão por princípios constitucionais, valores institucionalizados na Magna Carta, tornando frágil e desmerecendo a autoridade legislativa.

Assim, conclui Uliano (2021) que em razão do caráter amplo e abstrato dos princípios, o meio de estabelecer sua otimização abrange meios de discricionariedade, acendendo, portanto, uma grande fenda ao voluntarismo judicial.

Segundo preleciona Clarissa Tassinari (2013), o fenômeno do ativismo danifica a democracia, tendo em vista que juízes e tribunais se desassocia da legalidade; ao julgador através da ponderação se dá abertura a aplicação dos princípios expostos e assentados em colisão.

Pompeu e Maia (2013, p.18) definem o fenômeno em comento de maneira prejudicial e invasiva aos poderes da República. Para elas, “o ativismo judicial manifesta-se quando, em juízo objetivo, geral e abstrato, o Poder Judiciário invade a função típica do Poder Legislativo configurando materialmente o Direito por meio de decisões judiciais que instituem normas gerais e abstratas”

Lucas Augusto Gaioski Pagani (2022, p.93), por sua vez, aponta que:

Sem delimitação, pautada pela Constituição, dos Direitos Fundamentais e da delegação de Poderes, o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, toda a comunidade política, está à mercê de um poder que concede o que bem entende, não sendo a vontade do povo o que guia a democracia, mas uma restrita aristocracia, togada.

Nesse sentido, também, oportuno recordar das lições de Rui Barbosa (1952, p.57):

Destruído o sistema representativo, cuja substância consiste na escolha do Governo pelo povo, nenhuma das liberdades humanas, das liberdades cristãs, das liberdades democráticas, poderá mais existir senão por tolerância do Usurpador. Deixa-as, ou as tira, e as suporta, ou as cerceia, consoante lhe apraz, ou lhe convém. A justiça, a propriedade, a honra, o lar doméstico, a vida mesma passam a ser, desde então, dádivas da tirania, que as regula a seu bel-prazer, que, conforme a sua avareza, as regateia.

O fenômeno do ativismo afronta os princípios básicos da nossa Constituinte, como por exemplo, a Democracia, o Estado de Direito e a Separação de Poderes. Assim, o grau de ativismo de uma decisão é avaliado conforme o nível de violação a um desses princípios e a invasão a temas delicados para a sociedade.

Uma das consequências dessa atuação proativa é a transmutação do Judiciário em uma condição de legislador máximo e carente de fiscalização posterior, inspeção essa feita por outro órgão de Estado ou em última circunstância através da responsabilidade política por meio de eleições e sufrágio (ULIANO, 2021).

Por conseguinte, nota-se que a função dos princípios e do Judiciário na concretização da Constituição não deve ser realizada de maneira abstrata, desconsiderando o contexto normativo-institucional, obtendo o ato a aptidão de anular a carga de importância devida à representação democrática, ao desempenho dos demais poderes na consolidação da Constituição, bem como os conflitos negativos acerca da previsibilidade e segurança do direito.

Os princípios constitucionais e o direito no todo, no cenário de um constitucionalismo contemporâneo, são e devem ser aplicados pelo Judiciário e seus integrantes dentro de uma estrutura institucional com determinadas particularidades fundamentais. Acerca destes tributos, Uliano (2021, p.56) aponta:

[...] como: i) a adoção de um regime democrático, em ampla medida de caráter representativo; ii) a submissão ao Estado de Direito limitado por uma Constituição escrita, rígida e suprema; e, iii) a separação orgânica e funcional de poderes. Esse arranjo institucional tem de ter consequências. Existem razões para que tenha sido adotado e seja mantido. Logo, o Judiciário e os princípios não podem atuar dentro desse esquema ignorando seus consectários. A tarefa jurisdicional e seus limites têm de ser definidos de forma responsiva ao conjunto de razões que motiva essa engenharia constitucional.

Assim, compreende-se que as decisões judiciais não se podem revestir sob o manto da deliberação política-legislativa, com o fito de alterar a lei. Não atua no mesmo patamar de liberdade das decisões políticas, devendo-se resguardar tão somente a solução das disputas sobre o direito a ser aplicado ou como será sobreposto ao caso concreto.

São diversos os pilares da estrutura do sistema vigente afetados de maneira negativa pelo ativismo. O encurtamento demasiado do âmbito da atuação e exercício da política é outro que será abordado em sequência.

### 3.2 DESGASTE DO AMBIENTE LEGÍTIMO DA POLÍTICA DELIBERATIVA

Nota-se que em democracias suficientemente funcionais, as escolhas políticas precisam usufruir de um ambiente amplo, com o intuito de que possam idealizar, analisar e quiçá implementar uma multiplicidade de alternativas em circunstâncias de políticas públicas.

Possuem as instituições políticas a finalidade de servir como instrumento hábil a originar decisões autorizadas, ocorrendo dentro de um processo que aborde cada indivíduo de maneira justa e adequada, permitindo sua participação. Acerca das funções políticas, Uliano (2021) descreve a legislativa como competente na criação ou modificação do direito com fundamento em razões e buscando o benefício da sociedade. Já no que tange o encargo do executivo, à tarefa de governar e manter os serviços públicos e aplicar o ordenamento vigente.

Percebe-se que as duas funções, segundo uma crítica normativa, operam por razões públicas, ou seja, causas finalísticas que determinam objetivos em que se buscam resguardar ou promover.

Um dos fundamentos para abraçar o regime do Estado de Direito é o fato dos cidadãos estarem aptos a organizarem-se dentro de um sistema adequado a solucionar dificuldades de organização na comunidade. Assim, o estabelecimento de um corpo legislativo suscetível a exercer de forma deliberativa e não somente agregativa é uma acertada resposta. O exercício de modificação do direito buscando o bem comum compete adequadamente ao legislador, seja para suplementar ou retificar, ainda que contenha restrições constitucionais, porém devendo ser assegurado amplo espaço deliberativo nas realizações e no conjugar dos desacordos e interesses diversos de grupos sociais (ULIANO, 2021).

Nesse caminhar, denota-se que as decisões judiciais carecem desse tipo de raciocínio e competência, contendo basicamente o foco na resolução das lides judiciais de acordo com o direito vigente, não a modificação do direito, tampouco a criação de políticas públicas que englobam bens e valores fundamentais.

Na hipótese de uma decisão emanada por uma Suprema Corte que determina como inconstitucional específica prática ou valida uma interpretação, lança-se à sombra da ilegalidade todas as outras hipóteses de ação, restringindo a experiência democrática e a diversidade regional. Porquanto, ao contrário do que acontece na

política onde a opinião pública pode resultar em reformas e mudanças rápidas até mesmo nos pleitos eleitorais, no caso da jurisdição constitucional, na ocorrência de uma decisão excessiva ou equivocada, dependerá eventual modificação da promoção de emenda constitucional ou na espera da alteração da composição da Corte (ULIANO, 2021).

Destaca André Uliano (2021) que, torna-se relevantemente preocupante quando a interpretação se dá em cláusulas pétreas, restringindo quaisquer modificações via legislativo, sendo caminho único para solucionar através dos poderes representativos a deflagração do próprio poder constituinte originário, ou seja, um cenário de ruptura.

Outra circunstância imprescindível trata-se da lesão provocada pela agressiva jurisdição constitucional ao elemento da alternância, característica essencial num governo republicano. Enquanto que em um processo democrático, governos são alternados constantemente via sufrágio, sendo possível substituir as políticas e planos avaliados como escasso ou falho, as definições de teses constitucionais tornam rígidas e solidificam as preferências. Dessa forma, o ativismo possibilita que políticas não reconhecidas expressamente na Constituição resultem consolidadas (ULIANO, 2021).

Como exemplo, André Uliano (2021) destaca a proteção às legislações escravistas pela Corte norte-americana no caso *Dred Scott v. Sandford*. Ainda que houveram diversas legislações benéficas aos escravos anteriores a decisão supramencionada, a Suprema Corte prevaleceu e imobilizou a política ordinária, conferindo às instituições escravistas uma autoridade legal. As políticas econômicas na Era Lochner também se tratam de outro exemplo ocorrido em solo norte-americano, onde através de leituras ativistas e incoerentes a Suprema Corte derrubou as regulamentações econômicas adotadas através do processo político.

Em resumo, nota-se que os poderes políticos sob os atos e atividades legislativas ajustam as preferências da população, as situações fáticas, isto é, sob o prisma normativo, são além de meros níveis de concentração de posições majoritárias. Lhes são demandadas virtudes que restam ausentes nos mecanismos de resolução judicial (ULIANO, 2021).

Restringe-se o debate político para o campo judicial, ficando uma parcela colegiada e reservada a decidir soluções e imbrólios morais, esvaziando o espaço representativo e relativizando a democracia e a autodeterminação dos povos, culminando no termo chamado Juristocracia (MAGNUSSON; PAGANI; PAULA, 2021).

Portanto, o fenômeno do ativismo na tentativa de resolução de questões políticas acaba por lançar determinações para além do foro deliberativo adequado, removendo assuntos que demandariam profundo debate sob o processo democrático ordinário.

### 3.3 DEMOCRACIA, IGUALDADE E POLÍTICA

Um dos apontamentos acerca do ativismo é acerca da violação à Democracia, tendo em vista que as escolhas num sistema democrático cabem às instituições que abarcam e derivam por meio de ação onde cada cidadão, apto e capaz, depositou seu voto em um agente com capacidade para decidir e exercer o poder indiretamente, escolha essa realizada através de eleições livres e justas.

O jurista André Uliano (2021) brilhantemente destaca que a prática do ativismo judicial transfere a enorme carga decisória para um grupo centralizado de indivíduos que detém praticamente de nenhuma representatividade e se encontram numa esfera imperturbável de responsabilização política.

O ativismo judicial atinge lesivamente o princípio do sistema democrático, especificamente na igualdade política. Uma vez que as Cortes toleram em não vigiar as tomadas de ações políticas de entidades representativas, sobrevivendo a suprir as escolhas políticas, desloca-se, portanto, o grandioso poder decisório de amplos grupos da sociedade para as mãos de uma ínfima elite judiciária. Uliano (2021) descreve como uma injustiça distributiva de poder político, ou seja, na medida que o caráter democrático despeja uma carga decisória em todo indivíduo, o ativismo reúne em uma minúscula casta sem representatividade o poder político.

Externa-se ser inequívoco restar a igualdade de poder político abalada, vez que o poder de escolha e preferência de inúmeros cidadãos e/ou de agentes por estes eleitos são abolidos, anulando-se a diversidade de visões e prismas políticos por um grupo seletivo de membros.

Uma das bases essenciais da democracia é a existência da seara política, área propícia para o confronto, debate, contraposição e conexão das ideias e temas levantados por todos os grupos sociais existentes, resultando no reconhecimento de direitos basilares mínimos entre todos. Assim, se faz imprescindível que exista um *accountability* dos entes do Estado, essencialmente o cumprimento da separação de

poderes entre os órgãos, no intuito de que sejam questionados quaisquer abusos de poderes e, dessa forma, prevaleça-se a petição de princípio em campo político essencial de todo sistema civilizatório (MAGNUSSON; PAGANI; PAULA, 2021).

A concentração de forma excessiva de poder no Judiciário pode ser instrumentalizado com finalidade oligárquica, apontando o autor Ran Hirschl (2020) o aumento do poder das Cortes através da expansão constitucional, que ocorre por meio de elites políticas que se refugiam na constitucionalização das suas preferências; das elites econômicas que visam constitucionalizar direitos que tragam vantagens; e, a mais importante ao presente estudo, as elites judiciais e Cortes Supremas que almejam elevar sua influência política e prestígio mundial.

Sustentando a mencionada hipótese, Hirschl (2020) defende que, durante a manutenção do *Apartheid*, a minoria branca confiava no processo majoritário, cenário no qual vigorava a Supremacia do parlamento, até o período em que o referido regime se tornou inviável através da estrutura político clássica e a minoria branca converteu-se ao constitucionalismo, utilizando-o como ferramenta para manutenção dos privilégios, isolando qualquer discussão através de sua constitucionalização.

Um dos elementos da Democracia em que o ativismo causa danos é a participação efetiva, sendo este uma fase de deliberação do povo na capacidade e tomada de escolhas quanto aos temas perante seus representantes. Portanto, Uliano (2021) descreve que, desloca-se o cerne decisório da arena política adequada, removendo de um aglomerado de agentes representantes do povo de diversas regiões do país para um concentrado grupo de juristas isolados em uma realidade social paralela, resultando no dano a aptidão de inúmeros indivíduos na participação político-social.

Noutro giro, o ativismo também atinge o critério da igualdade de voto, bem como a inclusão e o sufrágio universal. É necessário resguardar a todo cidadão oportunidades iguais de expressar uma escolha, cuja carga decisória será de importância idêntica ao dos demais cidadãos. Na estrutura política isso é acatado através de consulta direta ou por meio do voto de representantes, eleitos através do voto direto. No entanto, isso não acontece no poder Judiciário.

Semelhantemente aborda-se o controle popular sobre a pauta política, sendo elemento fundamental num sistema democrático. Assim, a fim de que um governo seja democrático é necessário que seu povo detenha influência sobre a pauta política, conforme pontua Robert Dahl (2001, p.49):

Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

Insurge através do ativismo, contudo, a possibilidade de exclusão de determinada pauta por intervenção da elite judiciária, alegando estar resguardada pela Constituição ou, ainda, que determinado tema provocaria em dano coletivo. Indo pouco mais além, conseguiria ser completamente tolhido de discussão, mediante a declaração de que a pauta constitui cláusula pétrea.

Além do mais, Uliano (2021) cita que numa situação em que a população desejasse manter determinado tema, mas que não contaria com apoio político suficiente, pode-se incluir o tema na pauta por meio do Judiciário. Ou seja, o fenômeno do ativismo judicial institui uma pauta política paralela, na qual os cidadãos em geral possuem uma limitada influência ou até mesmo quase inexistente.

Ainda, elenca-se impreterivelmente as instituições ligadas ao processo democrático sobre o acesso eletivo aos cargos de governo e as eleições realizadas de forma livre e justa. Concernente ao primeiro, cabe aos cargos de governo o domínio da pauta e suas decisões e, para que o poder se encontre em posse do povo, faz-se necessário que a escolha, alteração e principalmente o acesso a estes cargos eletivos sejam amplos, sem dificuldades ou restrições, a ponto de não permitir o acesso e desempenho da cidadania, tornando os cargos de governo numa aristocracia ou oligarquia, por autorizar a entrada tão somente de membros específicos (ULIANO, 2021).

Com relação às eleições justas e livres, preleciona Dahl (2003, p.109) serem basilares para uma escolha popular mais efetiva:

Se aceitamos a conveniência da igualdade política, todos os cidadãos devem ter uma oportunidade igual e efetiva de votar e todos os votos devem ser contados como iguais. Para implementar a igualdade de voto, é evidente que as eleições devem ser livres e justas. Livres quer dizer que os cidadãos podem ir às urnas sem medo de repressão; para serem justas, todos os votos devem ser contados igualmente. Mesmo assim, eleições livres e justas não são o bastante. Imagine eleger representantes para um período de – digamos – vinte anos! Se os cidadãos quiserem manter o controle final sobre o planejamento, as eleições também devem ser frequentes.

Sendo assim, por intermédio do ativismo, o governo ou algumas decisões passam a ser praticados através de membros não eleitos e que não são responsabilizados politicamente. Calha a mencionar que as Cortes Supremas possuem a função típica de manter o exercício do Estado norteado pelas fronteiras legais do ordenamento. Contudo, referida função é diferente de modificar decisões políticas das quais se discorda, concluindo-se que diversos temas decididos pelas Cortes estão sendo essencialmente políticos.

### 3.4 FRAGILIZAÇÃO AO ESTADO DE DIREITO

Além dos pilares já elencados anteriormente, o ativismo judicial se choca também com uma das bases importantes do regime constitucional: o Estado de Direito. Neste princípio, os atos governamentais são conduzidos por meio de normas previamente publicadas e constituídas, sendo possível que cada indivíduo pratique suas ações ciente das circunstâncias vigentes e do poder estatal que advém desse império normativo.

O fenômeno ativista fragiliza a superioridade da ordem legal e causa insegurança, visto que ações e temas poderão ter seu sentido alterados de forma diversa através de julgamentos, ainda que já decididos através da escolha política das entidades legislativas, transformando o final imprevisível. Nesta toada, Uliano (2021) assevera que os preceitos de repartição de atribuições são enfraquecidos e desprezados, tornando-se incontroláveis as instituições de cúpula do Judiciário.

Num sistema cuja estrutura seja composta pela *Rule of Law*, o governo e seus agentes atuam respeitando fronteiras jurídicas pré-estabelecidas, sendo possível que a autoridade exerça medidas coercitivas, porém sob o manto do Império da Lei e seus limites na estrutura normativa. Portanto, figura-se um governo composto por pessoas, mas limitado pelo direito, geridos por um arcabouço jurídico revestido de formalidades, procedimentos e instituições.

Verifica-se que, no entanto, o ativismo ao substituir a norma pré-estabelecida e fixada pela autoridade política competente, através de decisão judicial, dá abertura para a validade e aparição de decisões casuísticas, não respaldadas em normas dispostas pelo ordenamento vigente, que afrontam a igualdade perante a lei. Neste

sentido, torna-se possível o julgamento de lides com base em normas não promulgadas previamente, tornando legítima a preferência e alternativa do intérprete julgador em seu argumento e alterando a regra jurídica no proferir a decisão (ULIANO, 2021).

Resultam os atos ativistas em decisões incongruentes e na insegurança jurídica, fragilizando a estrutura jurídica do Estado de Direito por meio de atos sem qualquer razão jurídica nítida. Conforme destaca Uliano (2021), na falta de manutenção da integridade do aparelho normativo e sua harmonia, elementos importantes para o Estado de Direito, resta enfraquecida e suplantada as razões e ordens jurídicas vigentes, dando ares de maior importância às ordens de cunho moral, econômico ou preferência político-ideológica advindas de atos judiciais ativistas.

Abordando as implicações causadas pelo fenômeno do ativismo judicial, os autores Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Flávio Humberto Pascarelli Lopes (2021, p. 9) expõem com apreensão se tratando o problema:

(...) pura e simples, traz em seu bojo a **insegurança jurídica e a violação das regras democráticas**. Nos casos citados, além dos problemas mencionados, há outro não menos sério: a imposição a todos os indivíduos da sociedade da visão de mundo, moral, ética e religiosa de poucas pessoas, que não foram eleitas nem legalmente escolhidas para essa tarefa. **O risco que se corre é a implantação de verdadeira teocracia constitucional.** (Grifo nosso)

Neste sentido, a pluralidade política é essencial ao Estado Democrático de Direito e sua existência e manutenção dependem desse controle e delimitação, essencialmente nos casos de sobreposição de uma instituição para com a outra. Além do mais, deriva da democracia o Estado de Direito, sendo essa legalidade e legitimidade conferida por um ordenamento existente que dará ciência e conhecimento de previsibilidade e segurança jurídica.

Assevera George Abboud (2020) que, se o Poder Judiciário transpor constantemente o ordenamento legal, via decisões obscuras sem margem de ciência e noção das responsabilidades daqueles que serão julgados, rompe-se com o império das leis e retoma-se ao governo dos homens, ainda que somente os togados.

Desta forma, imprescindível se torna a modificação da mentalidade jurídica influente com o fito de determinar o pressuposto de que as normas legais promulgadas e constantes em nosso ordenamento não podem ser ignoradas por nenhum indivíduo, tampouco os magistrados. Neste passo, mostra-se necessário a conservação dos

contornos semânticos das regras, caracterizando-se essencial para manutenção da entidade deliberativa dos entes representativos competentes. Definha o Estado de Direito por meio das decisões ativistas que lesam os referidos limites, sem respaldo qualquer de razões jurídicas concretas, atingindo as decisões estabelecidas por métodos competentes e válidos instituídos pelo regime constitucional-democrático (ABBOUD, 2020).

Ao descrever sobre a divergência de interpretações judiciais, Montesquieu (2000) destaca exclusiva e unicamente a lei como solução. Ou seja, a essência fidedigna de poder geral é a lei e, no cenário da democratização expansiva na atmosfera agitada da época, impensável e irracional seria depositar tamanho poder sobre as mãos aristocráticas de um aglomerado de *savants*.

Além do mais, como descrito anteriormente, no *Rule of Law* todos os indivíduos estão sujeitos ao ordenamento e nenhum está acima da Lei, sejam governantes ou governados. Ocorre que o fenômeno do ativismo transforma as Cortes Supremas em órgãos carentes de controle jurídico, visto que sua atuação perpassa dos limites normativos impostos a sua atuação, interpretando e ponderando as fontes conforme seus entendimentos, restando o Judiciário com o fundamento último na fiscalização e controle constitucional e inviável de responsabilidade ou controle (ULIANO, 2021).

Portanto, permite-se ao Judiciário uma atuação ampla e exorbitante para além do parâmetro normativo que deve cada poder ou instituição obedecer, valendo-se de razões abstratas e princípios genéricos, enfraquecendo os pilares do Estado de Direito e diminuindo quaisquer fiscalizações sobre o Judiciário.

### 3.5 VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES

Conforme abordado nos capítulos anteriores, a separação dos poderes através da distinção de atuação dos poderes do Estado favorece pilares importantes para subsistência de uma democracia constitucional, alçada no Estado de Direito, possibilitando uma governança justa e um processo comunicativo interinstitucional entre os órgãos, refletindo na redução de eventual ameaça de tirania.

Acerca deste elemento principiológico fundamental, o fenômeno ativista implica na distinção entre as funções judiciais e políticas, está exercida pelos poderes

Executivo e Legislativo. Discorre Uliano (2021) que essa fronteira entre legislar interpretar foi constantemente embaraçosa, havendo longos debates sobre a distinção e tornando-se mais polêmico e discutível após a criação do controle de constitucionalidade via Cortes Judiciárias.

De modo em geral, compreende-se que o legislador institui normas de direito, enquanto que compete a função judicial solucionar conflitos entre sujeitos de forma a aplicar o direito pré-estabelecido ao caso concreto, excepcionalmente permitido ao Judiciário julgar por equidade diante da situação extraordinária do caso. No entanto, não há espaço de legitimidade para que ocorra uma substituição da vontade legislativa em se tratando de julgamento que afasta a regra, devendo ocorrer tão somente em casos excepcionais e seus efeitos lá restringidos. Em nosso ordenamento, há a previsão nesses casos da chamada declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, procedimento apropriado previsto legalmente (ULIANO, 2021).

No que concerne à atuação do legislador ordinário, aloca-se este para si uma autoridade maior quando institui regras fechadas ou medianamente específicas, não dispondo de poder decisório ou maior discricionariedade ao magistrado para aplicar a norma. O mesmo se procede com o legislador constituinte, no tocante aos princípios genéricos e amplos que demandam efetivação. Na busca pela consolidação de referidos princípios abertos, cabe legitimamente ao órgão legislativo materializar, observando o processo democrático, o espaço político deliberativo e o *Rule of Law*, determinando as normas e políticas públicas que regulamentem e preencham a vagueza principiológica (ULIANO, 2021).

Neste sentido, vislumbra-se as entidades políticas representativas altamente competentes para deliberar e escolher acerca da efetivação de eventuais princípios que carecem de regulamentação ou aplicação. Ademais, denota-se enorme falha destinar ao Judiciário esse poder decisório.

O jurista André Uliano (2021) assinala que a função do Judiciário é essencialmente a fiscalização do quadro normativo-jurídico vigente, resguardando o ambiente legítimo da decisão política. Nesta esteira, ao julgador não compete acreditar que a consolidação de determinado princípio não satisfaz adequadamente, conforme sua percepção moral ou ideológica. Ao executivo cabe o presente, ao legislativo resguardar do futuro e ao judiciário incumbe o zelo do passado, ou seja, este não institui novas normas, mas apenas o emprego dos critérios normativos já pré-existentes.

Por outro turno, gera as decisões ativistas um imbróglio entre as funções legislativas e judiciais, onde o Judiciário transborda seu campo e, valendo-se de razões jurídicas escassos, altera preferências de governo por meio da manipulação de conceitos confusos, através de métodos genéricos, transmutando opções em caráter obrigatório e vice-versa. Tratando o assunto ao perante o enfoque do constitucionalismo contemporâneo, Jorge Galvão (2012, p.23) elenca:

a baixa densidade normativa das cláusulas constitucionais pode ser interpretada erroneamente como um convite para fazer valer as considerações políticas e morais do hermeneuta em detrimento do que foi estabelecido no processo político majoritário. Como consequência dessa atitude, a prática jurídica, ao invés de afunilar o espectro de considerações do intérprete, serve como camuflagem para uma atuação eminentemente política.

Nessa perspectiva, o fenômeno ativista ao enraizar-se acarreta no deslocamento dos desentendimentos políticos para o campo do Judiciário, utilizando-se deste para rediscutir ideias e sugestões que restaram inexitosas no campo político. Assim, no cenário de envolvimento de julgadores nos temas políticos, mascarados com ares jurídicos, fragiliza-se o direito e sua autonomia, deteriorando o princípio fundamental da Separação de Poderes.

Conforme destaca André Uliano (2021) sobre os elementos basilares do sistema impregnado pelo ativismo judicial, as cortes superiores tornam-se ferramentas alternativas para grupos políticos buscarem suas pautas ideológicas; dispõe o Judiciário a reformular e reinterpretar atos políticos de governo; e, ainda, a insegurança e discussão sobre decisões jurídicas, resultando em um extrapolamento no exercício legítimo dentre os poderes.

Sendo assim, resta o instituto da Separação dos Poderes afetado constantemente, arduamente protegido a depender do cenário em que se vivencia, dependendo da probabilidade de leitura e aplicação de princípios constitucionais vagos ou até mesmo acerca da lacuna de determinada lei, situação em que se abre margem ao ativismo judicial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto anteriormente, o ativismo judicial é qualificado por um modo peculiar e proativo de interpretar a Magna Carta, tendo seu sentido e alcance ampliados, ou ainda como um modo de busca e maximização das potencialidades dos preceitos constitucionais, ressalvado o campo da criação do livre direito. Barroso (2009) descreveu que o emprego da constituição de forma direta, a imposição de comportamentos ao poder público e a declaração de inconstitucionalidade podem ser avaliadas como condutas revestidas características do ativismo judicial.

Trata-se de um fenômeno que, através da atuação dos tribunais ativistas nos Estados Unidos que resultaram em enormes discussões, ocorreu no Brasil sendo legitimado por meio do pacto democrático firmado pela Constituição e, principalmente com o neoconstitucionalismo, onde, em contrapartida, haveria de certo modo um controle realizado a partir da vontade ou consciência do magistrado que, ao invés de consolidar o texto constitucional, está praticando uma deturpação do mesmo (TASSINARI, 2013).

Assim, denota-se que após a confecção da constituinte de 1988 e o aprofundamento do papel político da justiça, restou inequívoca a ampliação do judiciário, sendo possível que este revogue os atos dos demais poderes, a viabilidade do interprete expandir a sentença firmada em fundamentos da Constituição ou em princípios desta ou até mesmo, nos momentos de ausência do texto formal, respaldando suas decisões através da respectiva pretensão do legislador constituinte.

Dessa forma, ainda que diante das posições de legitimidade e defesa do ativismo, como as teses expostas por Barroso (2009), alegando a finalidade de garantir as regras do jogo democrático, proporcionando a ampla participação e uma governança para a pluralidade, entretanto, o fenômeno em estudo enuncia a impossibilidade dos juízes de obterem uma conduta de agentes políticos – postura esta antagônica ao Judiciário – visto que não detêm legitimidade para decidir acerca da vontade popular e tampouco são eleitos pelo povo, isto é, inexistentes de justo título democrático.

Em suma, configura-se como um desempenho regulador do judiciário em determinar normas com força de lei, função esta tipicamente constitucional do Poder Legislativo. Com base nisso, o presente trabalho possui por tese o resguardo dos

pilares de um estado de direito democrático que, observando os fundamentos da Constituição, principalmente quanto a tripartição dos poderes, o papel do Judiciário não alcance patamares violadores em face dos detentores soberanos do poder e sua vontade popular; ideia que se coaduna com o pensamento de Lênio Streck (2013) que destaca a utilização da Constituição pelos Juízes, da força normativa dos princípios afim de valorar o direito nos moldes do subjetivo de sua pessoa, transpassando por vezes o dito e aclamado pelo constituinte quanto ao direito.

As perguntas levantadas ao longo do texto e as hipóteses levantadas no presente trabalho confirmam-se, demonstram um certo caminho de desequilíbrio entre os poderes, bem como de uma criação de uma forma de governo alheia ao que foi estabelecido e criado pelo poder constituinte originário de 1985. Não adotamos a forma de um semi-presidencialismo onde o Supremo Tribunal Federal tenha a autorização das escolhas e compromissos democráticos estabelecidos em 1985 para agir como um poder moderador. A escolha política brasileira foi em torno de um presidencialismo de coalizão, não existindo um poder que possa sobrepor-se aos demais poderes e, até, inclusive, que possa estar acima da lei.

O perigo representado pelo Supremo Tribunal Federal é o do desequilíbrio entre instituições, sobretudo com o próprio Poder Judiciário, passando por cima, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça. Não há, hoje, nenhum controle externo ao Supremo Tribunal Federal e das suas decisões no controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, reforçando, inclusive, não é descolado do próprio Poder Judiciário, sendo uma corte constitucional ordinária que utiliza-se de um ativismo judicial claro e cristalizado nos votos e nas falas à mídia por diversos ministros que ocupam ou ocuparam a cadeira do Supremo Tribunal Federal para que suas visões de mundo, suas ideologias e seus sentidos de justiça façam valer em detrimento da vontade do povo.

A implicação de decisões ativistas dos tribunais é justamente a insegurança jurídica quanto à validade ou expectativa de que a lei seja cumprida no dia-a-dia da sociedade brasileira. Em uma sede desesperada de garantir direitos fundamentais como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, amanhã, essa mesma garantia pode ser rompida por uma nova decisão do Supremo Tribunal Federal, com uma maioria conservadora.

Ainda, restam atingidas a ordem democrática vigente, o Estado de Direito que deixa de ser norte e ordem vigente a ser seguido, o espaço político-deliberativo e o

ambiente legítimo de debate e exercício do poder representativo e, principalmente, a separação dos poderes que arruína-se diante da invasão de um ente sobre os demais, usurpando funções e atuando em setores que em nada lhe compete exercer.

Portanto, deixa-se de lado o debate político, o diálogo aberto e restringe-se a específicos julgadores que, embora não eleitos pelo povo, democraticamente por meio da transmissão da representatividade, decidem acerca do que pode ou não ser direito, instando em uma insegurança jurídica e enfraquecendo os pilares do Estado Democrático de Direito e seus fundamentos.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. **Declaração de Direito do Bom Povo de Virgínia 16 de junho de 1776.** Liberdades Públicas. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 08 set.2022.

\_\_\_\_\_. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão.** Liberdades Públicas. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 08 set.2022.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro.** 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 2020.

\_\_\_\_\_. **Processo Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro Eletrônico. p. RB-3.2.

ADI 4.983, Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016. Voto Ministro Luís Roberto Barroso, p. 23.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Supremo Tribunal Federal, comportamento estratégico e efeito backlash:** o caso da descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal. Revista da AJURIS, v. 46, n. 147, dezembro, 2019. p. 188.

ARISTÓTELES. **A Política.** (Tradução: Roberto Leal Ferreira). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARBOSA, Rui. **Teoria Política:** Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. W. M. Jackson inc: Rio de Janeiro, 1952. p. 57

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional Positivo.** Alex Muniz Barreto: 2ª ed. CL EDIJUR: Leme/SP, 2015. p.678.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009 Disponível em: < <http://www.plataformademocratica.org/Biblioteca/12685>>. Acesso em: 18/10/2022.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição, Democracia e Supremacia judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 10/02/2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 set. 2022.

BOCCATO, Esdras. **As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulso do ativismo judicial no Brasil**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 90/2015, p. 63 – 76, Jan – Mar, 2015, DTR\2015\2065. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 19 fev. 2023.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de.; NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Editora Jus Podivm. Bahia. 2011. Páginas 475-498

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001.

DALLALI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

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

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et.al. **Curso de direito constitucional**. 40. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **As origens do estado de direito**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 168, p. 11–17, 1987. DOI: 10.12660/rda.v168.1987.45514. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45514>. Acesso em: 20 mar. 2023.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito). USP, São Paulo, 2012, p. 23.

MENDES, Gilmar Ferreira. Agora adeptos do "ativismo judicial", os ministros do STF ocupam espaços do Legislativo e assumem seu papel político. **Revista VEJA**, 27 de ago. de 2008.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: Editora E.D.A, 2020

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 217

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª Ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2006.

\_\_\_\_\_. *Second Treatise on Government*. VI, 54.

LOPES, Flávio Humberto Pascarelli; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. **Ativismo Judicial e Teocracia Constitucional**. *Revista de Processo*. vol. 316/2021, p. 319-337, Jun-2021, DTR/2021/8738. p. 9

MAGNUSSON, Leonardo Peteno; PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A FUNÇÃO ILUMINISTA DOS TRIBUNAIS: A QUESTÃO DOS DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS NA ARENA POLÍTICA. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 17, n. 1, p. 267–295, 2022. DOI: 10.14210/rdp.v17n1.p267-295. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/18662>. Acesso em: 20 abril. 2023.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed, ver. atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p.91.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTESQUIEU, Baron de; SECONT, Charles de. **O espírito das leis** (Tradução por Cristina Murachco) – 2. Triagem - São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Espírito das Leis**. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 202.

MOREIRA, Mellissa de Carvalho. **Reflexões Acerca do Ativismo Judicial: Os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário**. *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 213-234, 2º sem. 2018 – ISSN 1678-3425.pdf. Disponível em: <http://seer.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/18100/18100-70266-1>. Acesso em: 16 abr. 2023.

MULLER, Célia. **Os direitos fundamentais do consumidor no Estado Democrático de Direito**. *In*: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Orgs.) *Direitos Humanos em evolução*. 1ª ed. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2007. P. 267.

NASCIMENTO, Assis JC. **O ativismo anencéfalo**: É necessário discutir as predisposições existentes no debate sobre o ativismo judicial. *Revista Jurídica Direito & Paz*, Ano IX, n. 36, p. 328-349, 1º Semestre, 2017. p. 331.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal**: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes. Umuarama, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO: 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; BALESTRIN, Thelleen Aparecida. **Ativismo judicial**. *Revista da ESMESC*, [S. l.], v. 18, n. 24, p. 457–490, 2011. DOI: 10.14295/revistadaesmesec.v18i24.39. Disponível em: <https://revista.esmesec.org.br/re/article/view/39>. Acesso em: 16 abril. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2023.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 566p.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** - Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 158

\_\_\_\_\_. Os limites semânticos e sua importância na e para a Democracia. **Revista AJURIS**, set.2014, v. 41, n. 135.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.183.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ULIANO, André Borges. **Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial.** São Leopoldo, 2021. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Unidade acadêmica de pesquisa e pós-graduação, Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional** – atualizado até a EC n. 90/2015. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.