

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL SOB O
PRISMA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.**

GUILHERME DE SOUZA FRANCISCO

**RIO DE JANEIRO
2020/ 1º SEMESTRE**

GUILHERME DE SOUZA FRANCISCO

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL SOB O
PRISMA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Ms. Luigi Bonizzato**.

RIO DE JANEIRO
2020/ 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

F819a Francisco, Guilherme de Souza
UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO
BRASIL SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES. / Guilherme de Souza Francisco. -- Rio de
Janeiro, 2020.
72 f.

Orientador: Luigi Bonizzato.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Ativismo Judicial. 2. Separação de Poderes. 3.
Judicialização. 4. Constituição Federal. 5.
Legitimidade Democrática. I. Bonizzato, Luigi ,
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

GUILHERME DE SOUZA FRANCISCO

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL SOB O
PRISMA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Prof. Ms. Luigi Bonizzato**

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador: Profa. Ms. Luigi Bonizzato

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2020/ 1º SEMESTRE**

Do mesmo jeito que começou por você, terminará de igual forma. Intuição de mãe é algo tão fora do comum, que meses pensando num tema, se descomplicaram em uma única sugestão sua. E no momento antes da entrega. No último dia de prazo. Tudo se fez mais claro. Do desespero mediante tantos assuntos a abordar, em mais um de nossos jantares, você enxergou algo que nem eu mesma via. Parecia ler meus pensamentos.

Mães devem ter alguma espécie de bola de cristal, ou superpoder. Não podendo ser diferente, mais uma vez, você acertou.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família, principalmente ao meu grande pai José Francisco Filho e ao meu nobre avô José Francisco, que sempre me apoiaram e deram força nos momentos mais difíceis, à minha mãe Silvana de Souza, aos meus irmãos Bruno Massena e Isabella Barbosa, à minha tia e madrinha Patrícia Francisco, ao meu primo Pedro Francisco e ao meu tio e padrinho Paulo César. Sem eles, indubitavelmente, não chegaria nesse momento tão incrível na minha vida. Há de se fazer ainda uma homenagem às minhas falecidas avós Francisca de Souza Francisco e Cirlete de Souza que também foram de grande importância na minha trajetória. Fiquem com Deus, tenho certeza que vocês sempre vão me proteger e torcer por mim.

Outrossim, gostaria de agradecer aos meus amigos Nathalia Correa, Gustavo Franco, Lucas Zampier, Adriano Pinto, Frank Lucas, João Vitor Andrade, Bianca Barbosa e João Victor Calheiros, além, claro, da minha companheira para todas as horas, Mariana Menezes. Essas pessoas foram de fundamental importância para a minha evolução acadêmica e pessoal nesses cinco anos convivendo juntos.

Por fim, mas não menos importante, faço uma menção honrosa ao meu grande orientador Luigi Bonizzato, uma referência no que diz respeito ao direito constitucional e, conseqüentemente, também homenageio a grande Faculdade Nacional de Direito, que me concedeu o privilégio de estudar em suas dependências, um motivo de muito orgulho para qualquer estudante de direito.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o fenômeno do ativismo judicial e os seus impactos na separação e harmonia entre os poderes. Para tal, será realizada uma contextualização histórica do princípio da separação dos poderes até a evolução conceitual que se tem a respeito do tema nos dias de hoje. Em seguida, se verificará de forma profunda a origem do fenômeno do ativismo judicial nos Estados Unidos e o seu crescimento no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. A partir disto, será necessária a conceituação do ativismo judicial, a sua diferenciação entre fenômenos conexos e a sua trajetória de 1988 até o atual cenário. Posteriormente, serão estudados casos recentes e flagrantes de ativismo judicial no país e as divergências doutrinárias acerca dessa questão e, finalmente, serão abordados as implicações desse fenômeno no atual cenário político jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes; Ativismo judicial; Judicialização; Legitimidade Democrática; Constituição Federal;

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the phenomenon of judicial activism and its impacts on the separation and harmony between the powers. To this end, a historical contextualization of the principle of separation of powers will be carried out until the conceptual evolution that we have regarding the theme today. Then, the origin of the phenomenon of judicial activism in the United States and its growth in Brazil after the promulgation of the 1988 Constitution will be thoroughly verified. From this, it will be necessary to conceptualize judicial activism, its differentiation between related phenomena, and its trajectory from 1988 to the current scenario. Subsequently, recent and flagrant cases of judicial activism in the country and the doctrinal differences on this issue will be studied and, finally, the implications of this phenomenon in the current Brazilian legal political scenario will be addressed.

KEYWORDS: Separation of Powers; Judicial Activism; Judicialization; Democratic Legitimacy; Federal Constitution;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 –PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	14
1.1 Panorama histórico da evolução do princípio da separação de poderes.....	14
1.2 Visão de Montesquieu.....	17
1.3 A Aplicação Moderna da Teoria da Separação dos Poderes	20
1.4 Aspectos da Constituição Federal de 1988 no que tange a Teoria de Separação dos Poderes	22
2. ATIVISMO JUDICIAL	25
2.1. Primeiras Considerações	25
2.2. Origem e evolução do ativismo judicial	27
2.3. Fenômenos Conexos Ao Ativismo Judicial	32
2.4. Conceito de ativismo judicial	35
3. APLICABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	38
3.1. Casos flagrantes de Ativismo Judicial.....	38
3.2 O Debate Acerca do Ativismo Judicial no Brasil	52
3.2.1 Posicionamentos Contrários	52
3.2.2 Posições Favoráveis	55
3.3 Implicações do Ativismo Judicial no Brasil.....	58
CONCLUSÃO	60

INTRODUÇÃO

O tema da organização dos poderes do Estado é discutido desde a idade antiga, com Aristóteles, que defende a tripartição dos poderes como organização do Estado, conceito que possui, contudo, Montesquieu como o seu maior precursor, com a obra “Espírito das Leis”, na qual marcou a transição dos modelos absolutistas para a implementação das democracias liberais. Ademais, o indivíduo passou a ser visto como cidadão, ou seja, como sujeito que possui direitos e garantias fundamentais.

Nesse início, os direitos fundamentais, conhecidos pela doutrina como direito de 1º geração, eram prestações negativas, isto é, não interferência do Estado na vida dos cidadãos, principalmente no que diz respeito à propriedade privada e à liberdade. Tal panorama se justifica pelo contexto histórico, tendo em vista que a organização do Estado tinha acabado de sair de um modelo totalmente autoritário, de modo que a maior preocupação dos idealizadores da época era diminuir o poder estatal, o que foi um marco histórico da civilização ocidental.

Ao longo do tempo, a simples omissão estatal passou a não ser mais suficiente para o alcance de melhores condições de vida para as pessoas, de maneira que começaram a pleitear prestações positivas do Estado no intuito de garantir as demandas da sociedade, nesse sentido, o Estado liberal deu lugar ao Estado Social. Mais prestações positivas foram sendo criadas à medida que os aspectos da sociedade foram se tornando mais complexos, o que, conseqüentemente, também aumentou a complexidade do ordenamento jurídico.

Ademais, é preponderante analisar o fenômeno do neoconstitucionalismo, que possui como base a supremacia constitucional em relação aos demais poderes constituídos. Em virtude desta primazia, a Constituição encontra-se em posição hierárquica superior às demais normas, de modo que leis e atos jurídicos não serão considerados válidos caso afrontem alguma norma constitucional.¹

¹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.

Dessa forma, pela força da própria Constituição, o intérprete passou a ter o poder de se negar a aplicar uma norma entendida como violadora da Constituição. Essa linha de pensamento ganhou notoriedade no período pós segunda guerra, de maneira que até a Segunda Guerra Mundial a cultura jurídica prevalente era essencialmente legicêntrica, não atribuindo força normativa às Constituições. Com isso, os direitos fundamentais eram concretizados apenas se embasados em leis, e não envolviam garantias contra o arbítrio ou o descaso das maiorias políticas instaladas no Poder Legislativo.²

Desse modo, a concepção de Constituição foi alterada, de maneira que deixaram de ser somente programáticas e se passou a criar mecanismos de direitos fundamentais e de constitucionalização da ordem jurídica, sendo ampliada a jurisdição constitucional.

Tal contextualização assume grande importância para o desenvolvimento do raciocínio que é proposto no presente estudo, tendo em vista que é necessário entender as bases fáticas e doutrinárias da época para compreender a evolução do conceito da tripartição dos poderes e o como ele é entendido hoje.

Nesse sentido, o aumento das obrigações do Estado e a constitucionalização do Direito alteraram a forma de atuação do judiciário, tendo em vista que este poder é o meio pelo qual se busca a materialização dos direitos e garantias fundamentais previstos, quer seja pela omissão estatal, quer seja por uma violação do poder público.

Resta claro, portanto, que a evolução histórica citada acima aumenta a complexidade da atividade jurisdicional, além de conferir aos magistrados uma maior discricionariedade no julgamento, tendo em vista a instituição de regras e princípios que são, muitas vezes, abstratos, possibilitando uma maior margem de interpretação destes dispositivos, o que possibilita a maior margem para posições ativistas.

Deste modo, o poder judiciário passou a ter mais importância, que se viu cada vez mais responsável pela interpretação constitucional e pela resolução de questões polêmicas e relevantes para a sociedade. Ainda, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, coube ao Poder Judiciário a sua proteção em face de ações do processo político majoritário

² SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 116.

que podem eventualmente lhes ofender.³ Fato que gera debates acerca da legitimidade do judiciário para tratar de tais assuntos.

No Brasil, tal fenômeno ocorreu após a redemocratização com a promulgação da Constituição de 1988. De maneira que, embora prevista na Constituição artigo 60, §4º, III e seja cláusula pétrea, a sua estabilidade vem sendo colocada em risco, tendo em vista que a sociedade passou a buscar a resolução dos mais diversos conflitos por meio da vida judicial, quando na verdade tais conflitos são de competência do legislativo ou do executivo, assim quem passar a atuar como representantes do povo são os magistrados e, não mais, a classe política que foi eleita pelo voto. Ademais, com o aumento da possibilidade interpretativa propiciada pela abstração das normas e princípios constitucionais, as leis passaram a ser interpretadas de forma expandida, de maneira que os magistrados passaram muitas vezes a impor as suas convicções pessoais nos julgamentos através do ativismo judicial. Assim, pode-se dizer que os juízes atualmente são responsáveis por, além de sua função típica de interpretação do ordenamento jurídico, são responsáveis pela sua criação e execução, funções que são típicas dos poderes legislativo e executivo, o que pode tornar o poder judiciário autoritário.

Sendo assim, para que seja possível compreender esse fenômeno e suas conseqüências, serão analisados os aspectos históricos do princípio da separação de poderes desde Aristóteles, passando por Locke e Montesquieu até a análise do princípio da separação dos poderes na Constituição e suas mudanças em relação ao conceito desenvolvido por Montesquieu.

Após esse aprofundamento, será necessário entender a evolução do ativismo judicial e sua origem dada nos Estados Unidos, estabelecer a diferenciação dos conceitos de ativismo judicial, neoconstitucionalismo, judicialização e judicizalização da política, tendo em vista que são fenômenos que se confundem, contudo são distintos.

No capítulo final, será entendimento como se faz presente o ativismo judicial no Brasil a partir da análise de casos concretos e flagrantes de ativismo judicial, analisar a doutrina e suas

³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit., loc. cit.*

divergências a respeito do assunto, além de verificar as suas implicações à democracia brasileira e o seu sistema representativo.

1 – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1 Panorama histórico da evolução do princípio da separação de poderes

A idealização da separação de poderes como organização do Estado ocorreu na Idade Antiga, quando Aristóteles, (384-322 a.C) em sua obra “A Política” concluiu que:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.⁴

A partir desta análise, o filósofo grego definiu as prerrogativas e funções desses poderes, aos quais foram divididos em deliberativo, executivo e jurisdicional. O poder deliberativo seria responsável pela deliberação de negócios do Estado, como a definição de decretação de paz e guerra, formação de acordos e parcerias com países estrangeiros e criação de leis. Já o poder executivo é responsável pela administração do Estado, a partir das resoluções produzidas pelo poder deliberativo, nas suas diversas áreas, bem como o serviço militar, abastecimento da cidade, controle financeiro, e demais incumbências. Por fim, o poder jurisdicional, o qual assemelha-se ao que é o Poder Judiciário na organização do estado atualmente, ao passo que as questões a serem discutidas são o modo de escolha dos juízes, tempo de mandato e ideal funcionamento interno.

Todavia, apesar da quebra de paradigmas ao estabelecer a separação de poderes como elemento essencial ao bom funcionamento do Estado, de modo que limitaria a concentração de poderes nas mãos de um único indivíduo, o seu legado pode ser bastante contestado, tendo em vista que o modelo de sistema monárquico prevaleceu até o século XVII. Essa afirmação é corroborada por Celso Ribeiro Bastos, o qual entende que:

⁴ ARISTÓTELES. **A Política**. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 127.

O valor da descoberta aristotélica é muito relativo. Em nada influenciou a vida política durante, no mínimo, o milênio que se seguiu à sua vida. Durante esse imenso lapso histórico, dominou sem contestação a vontade do monarca, que reunia em si mesmo as três funções estatais, embora, por razões de ordem prática, estas pudessem vir a ser delegadas, segundo o seu arbítrio.⁵

Posteriormente aos séculos de supremacia monárquica, surgiu John Locke, que sob a influência dos movimentos burgueses na Inglaterra, os quais foram primordiais para a implantação da monarquia parlamentarista e com intuito de evitar que o poder permanecesse limitado a um único déspota, desenvolveu, por meio da publicação do seu livro “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, um novo sistema de separação de poderes. Esse mecanismo se baseia na divisão de três poderes, o executivo, o federativo e o legislativo.

O poder executivo atua como agente que aplica as leis criadas pelo poder legislativo. Segundo Locke (2000), a existência desse poder se justifica pelo fato de que o poder legislativo não precisa criar leis a todo o momento, tendo em vista que tal função demanda pouco tempo e as regras criadas possuem caráter duradouro. Nesse sentido, o executivo seria o poder responsável pela implementação contínua das leis. Outrossim, em uma sociedade civil organizada não é aceitável que as mesmas pessoas que criem as leis, as executem, uma vez que essa concentração de funções possibilitaria que a atuação conforme seus interesses pessoais de cada pessoa. Dessa forma, a criação do executivo proporciona que, após a criação das leis, os legisladores voltem à posição de cidadãos comuns se sujeitando às regras que elas próprias criaram, garantindo que trabalhem para o bem de todos.⁶

O poder federativo se norteia pelo direito de fazer paz e guerra, celebrar alianças e tratados além de conduzir negócios e parcerias com comunidades e pessoas estrangeiras se notabilizando por ser uma opção do homem, ao passo que apenas é possível exercê-lo a partir da entrada na sociedade e saída do estado natural.

Para Locke, a partir do poder legislativo se consolida a convivência na sociedade, tendo em vista que é meio dela, devidamente legitimada pela escolha popular, que é possível se estabelecer regras, não apenas aos indivíduos em geral, mas também ao seu próprio

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. Ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 342.

⁶ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Trad: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Editora Vozes, 2003, p. 115. Disponível em: (http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf) Acesso em 25 de junho de 2020.

funcionamento. Nesse sentido, Locke entende que há uma hierarquia entre os poderes, como é possível perceber no seguinte trecho de sua obra:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.⁷

É importante ressaltar que, segundo Pires Guedes e Martins Figueira (2018, p.9), embora não citado diretamente como um dos poderes do Estado, John Locke deixa claro a sua concepção a respeito da importância do funcionamento do poder judiciário tal como existe atualmente⁸, fato que se explicita ao observar o seguinte fragmento:

Os que estão unidos num único corpo, e que dispõem de uma lei comum estabelecida e de uma judicatura à qual apelar, com autoridade para decidir os diferentes entres eles, vivem uns com os outros numa sociedade civil. Mas aqueles que não dispõem de alguém a quem apelar, quero dizer, a quem apelar neste mundo, estão ainda no estado de natureza, na medida em que cada um, na ausência de um juiz comum, é o seu próprio juiz e executor. (...) Desta forma, a comunidade política adquire o poder de determinar os castigos correspondentes às várias transgressões cometidas pelos membros dessa sociedade que lhe parecem ser apropriadas (o que é o poder de legislar), assim como tem o poder de punir qualquer injúria feita a um dos seus membros por alguém que não pertence à mesma sociedade (o que é o poder da paz e da guerra). Ambos os poderes são exercidos com o fim de preservar a propriedade de todos os membros da sociedade, tanto quanto possível.⁹

Após essa resumida análise a respeito do pensamento de John Locke sobre a separação de poderes como princípio base da sociedade civil, embora defenda existência de uma hierarquia do poder legislativo sobre o executivo e federativo, é cristalino concluir que o liberal inglês possuía como principal objetivo que o poder fosse dividido entre diferentes setores da sociedade, sendo primordial para a construção do que se chama hoje de democracia horizontal. Dessa forma, apesar de não abordar o elemento do Poder Judiciário como poder autônomo e não considerar a elementos essenciais à organização do Estado atualmente, como um conceito de harmonia e equilíbrio entre os poderes e implementação do sistema de freios e

⁷ LOCKE, John. *Op. Cit., loc. cit.*

⁸ GUEDES PIRES, Maurício; MARTINS FIGUEIRA, Hector Luiz, John Locke e o Liberalismo Político: uma análise do direito de propriedade e da separação de poderes em "dois tratados do governo civil. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado Salvador**, Salvador, v. 4, n. 1, Jan; 2018, p. 9-17. Disponível em: (<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/4009-13198-1-PB.pdf>) Acesso em: 26 de junho de 2020.

⁹ LOCKE, John. *Op. Cit., loc. cit.*

contrapesos, o filósofo inglês deve ser visto como um dos precursores da teoria da separação de poderes.

Nessa perspectiva, Marcelo Novelino inclui Locke como primeiro formulador de uma teoria científica acerca da separação de poderes, conforme explicitado no seguinte trecho:

Nos tempos modernos John Locke foi o primeiro autor a formular uma teoria da separação dos poderes do Estado, apesar de só tê-lo feito entre o Legislativo e o Executivo, não contemplando o Judiciário. De acordo com o filósofo inglês [...] reunir o Legislativo e o Executivo em um mesmo órgão seria provocar uma tentação muito forte para a fragilidade humana, tão sujeita à ambição [...] ¹⁰

1.2 Visão de Montesquieu

Montesquieu se torna o maior expoente da, hoje, consagrada teoria da separação de poderes, também conhecida como sistema de freios e contrapesos, com a publicação de sua mais brilhante obra “O Espírito das Leis”, o qual, claramente foi desenvolvido com as influências dos já mencionados Aristóteles e John Locke.

É preponderante fazer uma breve contextualização do período em que Montesquieu desenvolveu o seu pensamento. O período vivido pelo pensador francês marcou o enfraquecimento das monarquias absolutistas e o crescimento dos anseios da burguesia por um sistema que os dessem a possibilidade de participarem do poder. Ressalta-se, ainda, que Montesquieu viveu diretamente o surgimento da monarquia parlamentarista inglesa, após a revolução gloriosa, tendo em vista que lá morou durante esse histórico momento. Dessa forma, é possível entender que o desenvolvimento da sua teoria foi pautado pelo desejo de construir uma teoria política liberal que consolidasse a supressão do absolutismo.

A teoria de Montesquieu tem como base o funcionamento de três poderes independentes e autônomos, todavia dotados de mecanismos de controles entre si, denominado como sistema de freios e contrapesos, com o intuito de evitar a assimilação de um poder pelo outro, o que garantiria a liberdade política tão valorizada pelo pensador francês. Dessa forma, as atuações dos poderes devem ser complementares e autônomas, sendo

¹⁰ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. ed. 9. São Paulo: Método, 2014, p.356.

que o abuso do poder institucional de um dos poderes justifica a atuação de outro poder para que tal distorção seja solucionada.

Os poderes preconizados por Montesquieu como essenciais à garantia de que o poder estatal não seja um obstáculo à liberdade por ser observado no seguinte trecho de sua obra: “Existe 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 daquelas que dependem do direito civil.” (Montesquieu, 2000, P. 170)¹¹

Os poderes citados por Montesquieu se caracterizavam da seguinte forma:

Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.¹²

O sistema desenvolvido por Montesquieu se estruturava na possibilidade do executivo e do legislativo de se controlarem por meio do que Montesquieu chamou de “faculdade de estatuir” e “faculdade de impedir”. O primeiro seria o poder de ordenar e corrigir ato de outro poder, enquanto o segundo seria a possibilidade de tornar nulo o ato alheio. Esse mecanismo tornaria possível que o legislativo fiscalizasse a execução das leis pelo executivo e que o executivo impedisse que o legislativo criasse leis de acordo com os seus interesses pessoais.¹³

É necessário esclarecer que, segundo a teoria de Montesquieu, o poder judiciário, embora dotado de autonomia, era visto como inferior aos poderes executivo e legislativo, de modo que não possuía as faculdades de estatuir e impedir. Dessa maneira, a única forma de limitação realizada pelo judiciário a outros poderes se dava em razão apenas da separação de poderes em si. Nesse sentido, Fernando Ruivo elucida que a restrição do papel da atividade jurisdicional se dá em função da perspectiva de uma democracia que baseava a sua legitimidade na representatividade. O poder legislativo e o executivo eram os representantes maiores do povo soberano e as leis eram produtos diretos da democracia representativa.

¹¹MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Mario Fontes Ltda, 2000, p. 179.

Disponível em: (https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf) Acesso em 31 de junho de 2020.

¹² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Op. Cit., loc. cit.*

¹³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Op. Cit., loc. cit.*

Assim, não restava aos juízes nada mais do que aplicar a lei, ficando sob a “tutela” do Parlamento, que exprimiria a vontade geral.¹⁴

Concluiu-se, portanto, que Montesquieu não compartilhava da ideia de haver um poder judiciário protagonista verificado nos dias atuais e que será analisado mais adiante no presente estudo.

A importância da teoria desenvolvida por Montesquieu é tão grande que influenciou as gerações vindouras e esteve presente nas constituições que viriam a reger as leis e princípios básicos às democracias futuras. Ademais, foi positivado na Constituição dos Estados Unidos de 1787 e posteriormente emergindo como doutrina central na Revolução Francesa. José Afonso da Silva enaltece a importância do filósofo francês:

Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como o ainda é.¹⁵

Alexandre de Moraes, em seu livro de Direito Constitucional, traça um breve panorama acerca da evolução histórica da separação de poderes e da importância de Montesquieu para a consolidação desse mecanismo de organização institucional das democracias modernas:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.¹⁶

¹⁴RUIVO, Fernando. **Aparelho judicial, Estado e Legitimação**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 74.

¹⁵SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ed 25. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 109 Disponível em: (<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3239/jos-afonso-da-silva-curso-de-direito-constitucional.pdf>) Acesso em: 27 de maio de 2020.

¹⁶MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Contudo, a teoria da separação de poderes também sofre muitas críticas da doutrina. O jurista Hely Lopes Meirelles considera que ocorreu uma equivocada interpretação da teoria elaborada por Montesquieu, de modo que não existe uma separação absoluta de poderes, conforme se verifica no seguinte fragmento:

Aliás, já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões “separação de Poderes” ou “divisão de Poderes”, referindo-se unicamente à necessidade do “equilíbrio entre Poderes”, do que resultou entre os ingleses e norte-americanos o sistema de check and balances, que é o nosso método de freio e contrapesos, em que um Poder limita o outro, como sugerira o próprio autor no original: “le pouvoir arrête le pouvoir”. Seus apressados seguidores é que lhe deturparam o pensamento e passaram a falar em “divisão” e “separação de Poderes”, como se estes fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, quando, na verdade, isto não ocorre, porque o Governo é resultante da interação dos três Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – como a Administração o é de todos os órgãos dos Poderes.¹⁷

1.3 A Aplicação moderna da teoria da separação dos poderes

A visão contemporânea da teoria da separação de poderes é distinta da realidade do surgimento do Estado Liberal-Burguês, no qual o principal anseio era a limitação do poder estatal. Ao longo dos anos, a demanda por melhores condições de vida dos cidadãos fez com o que fossem conferidas obrigações positivas ao poder executivo pelo legislativo, no intuito de satisfazer tal desejo popular. Tais deveres foram ampliados com o desenvolvimento da sociedade, fato que marcou a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Nesse sentido, com crescimento dos direitos sociais criados pelo legislativo, a complexidade e as contraposições presentes no ordenamento jurídico modificaram a forma de atuação do poder judiciário, ao passo que não seria mais viável que se comportasse como Montesquieu defendia, ou seja, como apenas como a “boca de lei”¹⁸. Dessa forma:

Tanto Locke como Montesquieu dispensaram uma importância secundária ao Poder Judiciário. Locke sequer concebeu um poder autônomo, integrando a função de julgar num espectro mais amplo: o de executar a lei. Quanto a Montesquieu, apesar de prestigiar a existência de um poder autônomo encarregado da função

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁸ Expressão usada por Montesquieu em sua obra “Espírito das Leis” para definir o papel do poder judiciário na sua teoria de separação de poderes, o qual teria apenas o condão de aplicar as leis expressamente conforme o definido pelo poder legislativo.

jurisdicional, apressava-se em realçar a necessidade de que o Poder Judiciário se mantivesse adstrito à “letra da lei”. As doutrinas de Locke e Montesquieu bem demonstram que o alicerce teórico da separação dos poderes, caso estudado na pureza de suas linhas estruturais, não mais se coaduna às profundas mutações de natureza inter e intra-orgânica que se operaram na estrutura política do poder. A começar pela própria produção normativa, que, numa fase pós-positivista, sofreu um profundo realinhamento com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos, o que, como veremos, em muito enfraqueceu a senhoria normativa do Poder Legislativo, pulverizando-a entre os demais poderes. Nesse particular, foram profundas as modificações operadas no Poder Judiciário. Se Locke sequer reconhecia a sua individualidade e Montesquieu o confinava à “letra da lei”, é difícil negar a superação desse quadro ao se constatar que, hodiernamente, cabe ao Judiciário, em última instância e em caráter definitivo, densificar o conteúdo dos princípios jurídicos e, à luz do caso concreto, submetê-los a operações de ponderação.¹⁹

É possível inferir, portanto, que esse aumento de direitos e deveres tornou o ordenamento jurídico mais complexo, o que proporcionou o alargamento da discricionariedade do judiciário, fato que foi ainda mais potencializado pela criação de novas teorias que abordavam um caráter mais abstrato de interpretação das normas. Panorama que é corroborado pelo seguinte trecho:

Com o advento da crise da modernidade e da inefetividade dos direitos sociais, surgiram novas teorias da construção legislativa, as quais se distanciam do modelo defendido por Kelsen, para aproximar de novos métodos de interpretação das normas, adotando-se uma hermenêutica teleológica e finalística. Observa-se, assim, maior aplicação dos Princípios Gerais de Direito, distanciando-se do mero subsumir-se dos fatos às normas para atribuir maior caráter prático e valorativo à norma face à demanda apresentada²⁰

Tem-se claro que é a partir dessa mudança de perspectiva da atuação do poder judiciário que passou a ser visto, não apenas como aplicador da letra morta da lei, mas também como criador das normas que nasceu a discussão sobre o ativismo judicial, objeto do presente do presente estudo e que será abordado mais adiante.

Ademais, é de suma importância deixar claro que a expressão “tripartição de poderes” foi superada pela doutrina, já que o poder como prerrogativa do Estado é uno, o que se

¹⁹ GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, Minas Gerais, De Jure, 2008, p.56. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/175/principio%20da%20separa%C3%A7ao%20poderes_Garcia.pdf?sequence=1 Acesso em 28 de junho de 2020.

²⁰ FRANCO, Aline Fonseca. COSTA FILHO, José de Oliveira. Pode o Judiciário Agir Concretamente Além Dos Limites De Sua Competência – ativismo judicial e judicialismo da política. **Colloquium Humanarum**. Presidente Prudente, v. 12, n. 1, Jan./Mar. 2015, p.155-162.

verifica na realidade é a divisão de funções que são desempenhadas pelos órgãos do Estado. Nesse prisma, Clémerson Merlin relata que:

Portanto, a noção de Estado Constitucional (ou de Direito) repousa sobre a idéia de unidade. “Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. (...) O que a doutrina liberal pretende chamar de separação de poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de construção de algo, por natureza, uno e indivisível. Tanto não poderia ser dividido que as primeiras Constituições procuraram conciliar o pensamento de Rousseau com aquele de Montesquieu. A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes.”²¹

1.4 Aspectos da Constituição Federal de 1988 no que tange a teoria de separação dos poderes

Na Carta Magna brasileira a separação de poderes está positivada no art.2º, o qual expressa que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988)²² A partir da observância deste dispositivo constitucional, faz-se necessário dissecar os conceitos de independência e harmonia dos poderes.

Segundo José Afonso da Silva, a independência significa que: a nomeação e a continuidade de pessoas em determinado poder independe do consentimento ou confiança dos outros, que durante o exercício de suas atribuições, não é necessário que outros poderes sejam consultados ou, mesmo, que autorizem algo e liberdade de organização interna, sendo observadas apenas as normas constitucionais. Já em relação à harmonia, o autor entende que esse conceito reflete na necessidade de haver cortesia e respeito mútuo às prerrogativas e funções de cada poder.²³

Entretanto, José Afonso da Silva deixa claro que a independência e a divisão de funções não são absolutas, ao passo que são criados mecanismos que visam possibilitar a interferência entre os poderes, denominados freios e contrapesos, a fim de evitar que um

²¹ CLEVE, Cléverson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²² BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Centro Gráfico, 1988, p.2. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 30 de junho de 2020.

²³ SILVA, José Afonso da Silva. *Op. Cit., loc. cit.*

poder ultrapasse o limite dado pela Constituição e se torne autoritário, não apenas em relação aos demais poderes, mas também no que diz respeito aos cidadãos.²⁴

São exemplos de formas de freios e contrapesos o poder que o Presidente da República possui de nomear Ministros do STF, (art. 52, inc. III, *a*, da CF de 1988); o poder de veto a projetos de lei que o Presidente da República possui (art. 84, inc. V, da CF de 1988); a necessidade de autorização pelo poder legislativo para que o Presidente da República possa se ausentar do país, quando a ausência exceder quinze dias (art. 49, inc. III, da CF de 1988); a competência do poder legislativo para julgar os Ministros do Superior Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, inc. II da CF de 1988); prerrogativa do poder judiciário de processar e julgar originariamente, nas infrações comuns, o Presidente da República e o Vice Presidente da República (art. 102. inc. I, *b*, da CF de 1988) e função do poder judiciário de processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de lei ou ato normativo federal (art. 102. Inc. I, *a*, da CF de 1988).²⁵

A partir dos exemplos citados acima é possível observar a importância de haver um sistema que proporcione o controle mútuo entre os poderes, de maneira que caso não houvesse tais entrelaçamentos entre suas funções, o exercício do poder estaria propenso ao arbítrio e supressão de um pelos outros, conforme se extrai do seguinte trecho da obra de José Afonso da Silva:

(...) Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo) para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro.²⁶

²⁴ Idem. P. 115.

²⁵ BANDEIRA, Valdemar Neto Oliveira Barbosa. **A Separação de Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos na Constituição Federal**. Brasília, DF: Conteúdo Jurídico, 2020, p. 6-10. Disponível em: (<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54283/a-separao-dos-poderes-e-o-sistema-de-freios-e-contrapesos-na-constituio-federal>) Acesso em 28 de setembro de 2020.

²⁶ SILVA, José Afonso da Silva. *Op. Cit., loc. cit.*

Portanto, verifica-se que o princípio da separação de poderes não é algo absoluto, tendo em vista que há inúmeros mecanismos de controles recíprocos entre eles, no intuito de evitar que um se sobreponha ao outro, e uma interpenetração com situações de exercício de funções que não são próprias a cada um dos poderes considerados. Contudo, observa-se que os poderes no Brasil possuem uma maior independência em virtude, considerando a forma de governo estabelecida.

É primordial ressaltar que, embora inseridas num sistema que prevê o controle mútuo, os poderes são independentes entre si, cada um exercendo suas competências estabelecidas e asseguradas previamente pela Constituição. Desse modo, tais atribuições não poderão ser delegadas a outro poder, o que foi chamado pela doutrina de princípio da indelegabilidade de atribuições.

Nesse sentido, explica Pedro Lenza que:

Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo.²⁷

No fragmento extraído da obra de Pedro Lenza, verifica-se o surgimento das expressões funções típicas e funções atípicas conceitos ainda não visto neste estudo, portanto cabe esclarece- los para que seja possível o total entendimento do funcionamento da separação de poderes a luz da Constituição da Federal.

Entende-se por função típica aquelas que são inerentes à característica principal do órgão estatal. É claro que, como já visto anteriormente, devido ao sistema de freios e contrapesos, tal divisão não é estática, ao passo que cada poder desempenha diversas funções, fato vital para o equilíbrio do sistema. Nesse sentido, cada órgão exerce, também, funções atípicas que são as funções típicas dos outros poderes. Portanto, a título de exemplo, o poder legislativo, além da função típica de criar leis, também exerce a função atípica de organização

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 407. Disponível em: <https://biblioteca.isced.ac.mz/bitstream/123456789/231/1/Direito%20Constitucional%20Esquemat%20-%20Pedro%20Lenza.pdf> Acesso em: 15 de junho de 2020

interna dos seus órgãos ou a função atípica de julgar o Presidente da República em casos de crimes de responsabilidade.²⁸

Por fim, ressalta-se que o constituinte originário inseriu a separação de poderes no rol de cláusulas pétreas enumeradas no art. 60 da Constituição Federal, o que significa que tal dispositivo não poderá ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda Constitucional.

2. ATIVISMO JUDICIAL

2.1. Primeiras considerações

Considerando que o ativismo judicial é estudado de acordo com o exercício da função jurisdicional, a derivar do sistema adotado e atribuição do poder judiciário em cada um deles, o seu funcionamento se tornará distinto dependendo do caso. Nesse contexto, se torna mais complicado perceber posições ativistas em países que adotam o sistema de *common law* do que nos sistemas romanos-germânicos. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, as leis são incorporadas ao direito, ao passo que em que as decisões tomadas pelo julgador determinam o seu alcance.

No sistema *common Law*, o poder judiciário tem função totalmente decisiva no processo de formação do direito que é criado a partir de casos julgados, o que interfere na forma que juízes e tribunais aplicam o direito legislado. A sustentação desse mecanismo é a obediência à verticalização e horizontalização dos precedentes. A primeira se baseia na observância por parte das instâncias inferiores das decisões proferidas pelos órgãos superiores, quando estiverem diante de fato congruentes. Enquanto a segunda significa que os órgãos do judiciário não devem ignorar as suas próprias decisões, a não ser em casos de *overruling*, que significa mudança fundamentada de entendimento sobre determinado caso e que perderá o seu caráter vinculante reconhecido até então. Assim, nesse âmbito, o ativismo judicial seria a desobediência de decisões com força vinculante, seja ela de caráter vertical ou horizontal

²⁸ Idem. P. 407

Fica claro, portanto, que o reconhecimento do ativismo nesse sistema de precedentes se torna bastante prejudicado. Se qualificar como ativismo judicial o desrespeito à decisões tomadas por corte superior já é alvo de questionamento, atribuir tal característica a corte que supera seus próprios entendimento é um despropósito, tendo em vista que o *overruling* é característica fundamental do próprio sistema. Vanice Regina Lírio do Valle sintetiza esse entendimento no seguinte trecho:

A superação de uma linha equivocada de interpretação ou o ajuste em face de novas circunstâncias históricas, ainda que determinem o *overruling*, não são vistas pela doutrina como sinais de ativismo.²⁹

Devido à imensa dificuldade de se estabelecer um parâmetro ideal de interpretação dos dispositivos constitucionais e determinar a ocorrência de abusos pelo poder judiciário em relação ao poder legislativo, Elival Ramos pondera que:

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão ‘ativismo’, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao ‘passivismo’, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.³⁰

O ativismo judicial poder ser, ainda, visto de forma positiva ou negativa, de acordo com o enfoque doutrinário que for analisado, conforme entende Elival Ramos:

²⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 22.

³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico, etc. Em sentido oposto, os defensores da construction (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea.³¹

2.2. Origem e evolução do ativismo judicial

O fenômeno do ativismo judicial nasce no fim do constitucionalismo liberal e início do constitucionalismo social, cujos marcos temporais foram as Constituições do México e de 1917 e de “Weimar” de 1919.³² Contudo, adquire mais força após o término da Segunda Guerra Mundial, de forma mais precisa, no caso *Lochner v New York*³³, no qual a Suprema Corte americana entendeu que o princípio da liberdade contratual estava implícito na noção de devida processo legal positivada pelo seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Neste caso, a mais alta Corte americana declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite máximo para jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando que tal dispositivo era uma violação à liberdade individual de contratação. Esse episódio, além de representar um período de não intervenção estatal no domínio econômico, conhecido como “Era Lochner”, também foi considerado um dos primeiros casos flagrantes de ativismo judicial pela Corte americana.³⁴

Contudo, foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr, em uma matéria da revista “Fortune” com o título de “The Supreme Court: 1947” que o termo ativismo judicial tornou-se mais conhecido, não apenas no ambiente jurídico, mas também no ramo político e popular.

O historiador em sua matéria jornalística dividiu a Suprema Corte americana em dois grupos, nos quais os primeiros eram considerados ativistas judiciais, tendo em vista que agiam de forma a concretizar os direitos sociais previstos, enquanto o segundo eram vistos como

³¹ Ramos, Elival. *Op. Cit., loc. cit*

³² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 7, 2012, p. 259. Disponível em: (<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/389/415>) Acesso em 18 de junho de 2020.

³³ 198 US 45 (1905)

³⁴ TEIXEIRA, Anderson. Ativismo Judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol.8, n.1, 2012, p.38. Disponível em: (<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>) Acesso em: 23 de junho de 2020.

aqueles que entendiam que o judiciário não deveria ultrapassar os limites estipulados pelo sistema americano, sendo chamados de campeões do autocomedimento.³⁵

Keenan D. Kmiec, ao comentar o artigo de Schlesinger, analisa que já havia a idéia que juristas com as características de ativistas judiciais possuem a idéia de que não há como estabelecer uma separação entre direito e política, de modo que não é possível determinar que exista uma resposta correta para cada caso, tendo em vista que toda decisão seria uma escolha política do julgador.³⁶ Portanto, o autocomedimento não passaria apenas de uma tentativa de tratar o ato de julgar como algo objetivo, o que fere o senso de justiça e o anseio por oferecer melhorias sociais, ato inerentes à função do julgador.

Nota-se, ainda que os conflitos que norteiam atualmente os debates acerca do ativismo judicial, tanto em âmbito político, quanto no ramo jurídico, já eram observados por Keenan D. Kmiec que listou as dicotomias em relação às juízes não eleitos e leis democraticamente aprovadas; decisões orientadas politicamente e decisões orientadas juridicamente; uso criativo de precedente e uso estrito de precedente; supremacia da vontade popular e direito; além de política e direito.³⁷

Posteriormente, com a implementação do *New Deal*³⁸ como política de estado americana os juízes foram primordiais para a efetivação das políticas públicas implementadas e garantia dos direitos das minorias, assim o comportamento ativista ganhou muitos adeptos à época, de forma que as posições controversas a tal posição perderam força. Surgiram, dessa maneira, as ações afirmativas de combates à desigualdade social decorrente de fatores étnicos, raciais e sexistas. Nesse contexto, em 1964, o presidente Lyndon Johnson fez entrar em vigor uma série de leis que tinham como objetivo auxiliar pessoas de baixa renda por meio de programas de incentivos à educação e proteção à saúde, além de estimular o setor econômico, com intuito de que novas vagas de empregos fossem ofertadas à população historicamente

³⁵ Idem, p.39

³⁶ KMIIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism, *California Law Review*, California, v. 92, n. 5, 2004, p. 1446. Disponível em: (<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fulltext.pdf>) Acesso em: 23 de junho de 2020.

³⁷ Idem, p. 1447

³⁸ Série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, além de auxiliar os prejudicados pela grande depressão.

marginalizada. Dessa forma, o ativismo judicial teve um salto de importância e passou a tutelar a defesa em juízo de iniciativas que politicamente não se mostravam eficientes.³⁹

Dessa forma, essa época marcou importantes decisões da Corte americana acerca da afirmação dos direitos dos povos que estruturalmente marginalizados, como se pode perceber no célebre caso *New York Time. v. Sullivan* que ocorreu em 1964, no qual foi revertida a condenação do jornal que havia publicado um anúncio pago que solicitava auxílio financeiro para a defesa de Martin Luther King, com base no princípio da liberdade de expressão, no caso *Gideon v. Wainwright*, em 1963, no qual se garantiu o direito à assistência jurídica gratuita em cortes estaduais de matéria criminal para cidadãos hipossuficientes, por meio de uma interpretação extensiva da sexta emenda que previa esse direito apenas para crimes de competência federal, e, sobretudo em 1966, no histórico caso *Miranda v. Arizona*, no qual a Corte garantiu o exercício do direito de proteção à auto incriminação, previsto na quinta, proibindo o uso de violência como forma de obtenção de confissão e estabelecendo uma série de regras a serem respeitadas em interrogatórios policiais.⁴⁰

No Brasil, o ativismo judicial ganhou notoriedade com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que determinou uma série de prerrogativas ao juiz de direito, como a necessidade de dar concretude aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna e que muitas vezes não possuem a regulamentação via poder legislativo, panorama que colocou o poder judiciário em cada vez mais evidência.

Um aspecto da preponderante para a ocorrência do fenômeno do crescimento do ativismo judicial em nosso ordenamento é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade. Segundo Anderson Vichinkeski Teixeira:

Desde o surgimento em solo brasileiro dessa modalidade de controle de legitimidade constitucional das leis ou atos normativos com força de lei, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 1965,¹³ à Constituição de 1946, deu-se um substantivo acréscimo no rol de legitimados ativos que hoje se encontram previstos no art. 103 do texto constitucional. Tal ampliação aumenta também a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação o seu meio natural de implementação. Um debate (sobre a constitucionalidade das leis), que antes de 1965 ficava primordialmente concentrado no meio político, hoje concentra-se cada vez mais nas

³⁹ TEIXEIRA, Anderson. *Op. Cit., loc. cit.*

⁴⁰ TRINDADE, André Karan; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, n. 53, 2011, p. 142. Disponível em: (<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/30764/19872>) Acesso em: 27 de junho de 2020.

instâncias judiciais ordinárias, que estão em condições de exercer o controle difuso, mas também concentra-se, derradeiramente, naquilo que é decidido no juízo abstrato do Supremo Tribunal Federal.⁴¹

Para que seja possível compreender melhor a evolução da posição ativista no ordenamento jurídico brasileiro faz-se necessário realizar uma divisão em três momentos distintos, os quais se denominarão: (a) fase da ressaca, (b) fase da constitucionalização e (c) fase ativista.⁴²

É de conhecimento geral que a Constituição de 1988 é considerada um verdadeiro marco, tendo em vista que foi produto de um processo lento e paulatino que suprimiu definitivamente o regime ditatorial que assolou o Brasil, além de que instituiu um novo modelo de Estado, cuja construção se deu através de um exercício permanente de cidadania. Ocorre que, para que esse projeto constitucional fosse efetivado seria necessária uma verdadeira mudança de postura dos juristas, os quais deveriam assumir o papel, não apenas de operadores do direito, mas também de atores jurídicos. Fato que, naturalmente, demandaria um determinado período para ocorrer, de maneira que na primeira década após a redemocratização, a visão do judiciário continuou sendo a mesma de outrora. Esse fenômeno se reflete na continuidade dos mesmos togados que compunham o Superior Tribunal Federal no período ditatorial, de maneira que as mudanças de paradigmas das decisões só seriam possíveis após a renovação desse quadro.⁴³

Sendo assim, percebe-se que para entender as alterações causadas pela promulgação da Constituição era necessário que fossem remodelados o processo de formação dos juristas, cuja especialidade técnica se voltava para os dispositivos infraconstitucionais, impedindo um maior avanço nas questões constitucionais e o que poderia ser proporcionado pelas mudanças trazidas pela nova Carta Magna.

Esse fenômeno foi chamado por Lenio Luiz Streck de “baixa constitucionalidade” e para superá-lo, Streck entende que:

Para romper com essa tradição inautêntica, no interior da qual os textos jurídicos constitucionais não são hierarquizados e eficazes, reputo necessário, antes de tudo, pensar o sentido da Constituição a partir de uma Teoria da Constituição adequada às especificidades de um país periférico como o Brasil, interligando-a com a Teoria do

⁴¹ TEIXEIRA, Anderson. *Op. Cit., loc. cit.*

⁴² TRINDADE, André Karan; MORAIS, Fausto Santos de. *Op. Cit., loc. cit.*

⁴³ TRINDADE, André Karan; MORAIS, Fausto Santos de. *Op. Cit., loc. cit.*

Estado, problemática que busco enfrentar na obra *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Mais do que isso, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo como mecanismo prático que provoca (e pode provocar) mudanças na realidade. Direito é ciência prática, aplicativa. E no topo do ordenamento está a Constituição. Essa Lei Maior deve ser entendida como algo que constitui a sociedade, isto é, é preciso entender que a constituição do país é a sua Constituição.⁴⁴

O quadro exposto acima é corroborado pela inércia do judiciário brasileiro durante esta primeira década, tendo em vista que se furtavam de garantir os direitos sociais previstos na Constituição, de controlar a edição de medidas provisórias e de realizar controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais.

Nessa perspectiva, infere-se que a “fase da ressaca” é o período logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no qual os juízes brasileiros não estavam preparados para dar concretude às mudanças proporcionadas pela nova visão de Estado que foi abarcada pela Constituição, de modo que os direitos sociais e o maior poder de controle de constitucionalidade não foram utilizados da forma que poderiam.

Na fase de constitucionalização, que começa no final dos anos 90, acontece o “descobrimto dos princípios” estimulados pela contribuição de Gomes Canotilho, o qual estabeleceu como objetivo afastar as dúvidas no tocante as chamadas normas programáticas⁴⁵. No entanto, esse quadro se deu pelo fortalecimento das posturas críticas que buscavam compreender o constitucionalismo democrático influenciados por pensadores europeus que passaram pelo mesmo processo nas décadas de 70 e 80 e resultaram numa nova geração de juristas que foram preponderantes para a evolução do direito constitucionalizado.⁴⁶

Dessa forma, o crescimento dessa nova corrente teórica e o anseio da população de que os direitos fundamentais fossem materializados fizeram com que os tribunais brasileiros adotassem uma postura mais proativa. Percebe-se, portanto, que a visão positivista foi dando espaço, mesmo que de forma tímida, às posições jurisprudenciais que efetivassem os

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz, A Baixa Constitucionalidade Como Obstáculo Ao Acesso À Justiça Em *Terrae Brasiliis*. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 63, 2014, p.86. Disponível em: ([file:///C:/Users/Usuario/Downloads/35975-121547-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/35975-121547-1-PB%20(1).pdf)) Acesso em 30 de junho de 2020.

⁴⁵ GUEDES, Néviton. Professor Canotilho e sua Constituição Dirigente. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2012, p. 67. Disponível em: (<https://www.conjur.com.br/2012-nov-12/constituicao-poder-professor-canotilho-constituicao-dirigente>) Acesso em 2 de julho de 2020.

⁴⁶ TEIXEIRA, Anderson. *Op. Cit., loc. cit.*

dispositivos constitucionais através da interpretação. Fato este que se corrobora pela decisão do STF de conceder medicamentos de forma gratuita a portadores do vírus do HIV, com base do direito fundamental à vida previsto no art. 5º, inc. XXXVI, da CF de 1988. Assim, o judiciário passou a adotar uma postura cada vez mais atuante, ao passo que as suas decisões começaram a entrar no rol de prerrogativas dos poderes executivo e legislativo, como o desenvolvimento de políticas públicas e controle do orçamento público.⁴⁷

Por fim, tem-se a fase ativista, na qual o seu início é marcado pela renovação do quadro do Supremo Tribunal Federal em 2003 e com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 em 2004, reforma que produziu grandes mudanças na organização do poder judiciário, nas quais se destacam pela introdução da garantia da duração razoável do processo, tentativa de garantir o real cumprimento da do princípio do acesso à justiça, por meio da previsão da justiça itinerante e sua descentralização, além de dar autonomia funcional, administrativa e financeira das Defensorias Públicas dos Estados e, principalmente a constitucionalização dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados pelo Congresso no quórum de emenda constitucional. Esse período se caracteriza por estabelecer estímulos às posições ativistas, não apenas da Suprema Corte, mas também das outras instâncias da justiça brasileira,⁴⁸ atuação que é suscita posições contrárias e favoráveis no meio jurídico e serão analisadas ao longo desse estudo.

2.3. Fenômenos conexos ao ativismo judicial.

Para que se possa realizar uma delimitação conceitual acerca do ativismo judicial, é preponderante aprofundar a análise sobre os fenômenos da judicialização, judicialização da política e neoconstitucionalismo, que, embora sejam distintos, são conexos e inter-relacionados.

A judicialização significa que questões de relevância social e política estão sendo decididas pelo poder judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, os quais

⁴⁷ TRINDADE, André Karan; MORAIS, Fausto Santos de. *Op. Cit., loc. cit.*

são o Congresso e o poder executivo, desse modo a judicialização envolve uma transferência de poder para o poder judiciário, com mudanças importantes na linguagem, argumentação e representatividade social.⁴⁹

Esse fenômeno apresenta um caráter mais amplo, tendo em vista que se refere a todos os objetos que passam a ser alvo de discussão de juízes e tribunais. A análise para a sua verificação deve ser feita a partir de dois pontos: um quantitativo e outro qualitativo. O primeiro diz respeito a quantidades de casos que são submetidos ao poder judiciário, o que significa o maior protagonismo desse setor na vida dos cidadãos. O aspecto qualitativo se refere às questões que passaram a ser discutidas judicialmente, por exemplo, questões morais e religiosas e maneira que como estes assuntos estão sendo julgados.⁵⁰

O segundo objeto de análise, judicialização da política, é uma parte da judicialização no geral, na qual o poder judiciário passar a ter mais importância nas decisões políticas e na divisão do poder estatal.⁵¹ Isso que significa que na lógica do princípio da tripartição dos poderes estatais, o poder judiciário amplia a sua participação em uma função que é típica do legislativo e do executivo.

Essa situação ocorre quando tribunais e juízes fazem ou ampliam a sua participação na implementação, ou formulação no processo decisório de políticas públicas ou quando negociações não judiciais e fóruns de tomada de decisões tipicamente políticos são afetados ou passam a adotar em seu funcionamento e no comportamento dos seus operadores regras e procedimentos judiciais, entidades de classe ou grupos de interesse recorrem à justiça para satisfazerem as suas pretensões corporativas, além de partidos políticos buscam seus interesses na justiça de acabam deixando de lado o preceito da legitimidade representativa.⁵²

A judicialização e judicialização da política, segundo Luís Roberto Barroso, acontecem devido a fatores jurídicos como: a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, tendo em vista que a partir desse momento o poder

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto Barroso. Judicialização, Ativismo Judicial E Liberdade Democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 5, 2012, p. 25. Disponível em: (<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/viewFile/7433/5388>) Acesso em 16 de junho de 2020.

⁵⁰ FERNANDES, Ricardo Viera de Carvalho. *Op. Cit., loc. cit.*

⁵¹ FERNANDES, Ricardo Viera. *Op. Cit., loc. cit.*

⁵² Idem.

judiciário deixou de ser apenas um instrumento técnico e especializado e passou a ser um poder político capaz de fazer valer os dispositivos constitucionais, até mesmo, em confronto com outros poderes; a constitucionalização abrangente que inseriu na Constituição matérias que antes eram de competência do poder político e da legislação ordinária, ao passo que, para o excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, constitucionalizar uma matéria seria transformar a política em direito, de modo que quando um direito é disciplinado em uma norma constitucional, ela se transforma em uma pretensão jurídica com potencial de ser tornar uma ação judicial e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, o qual adota a possibilidade de haver o controle de incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei, caso a considere inconstitucional e, também, a ação direta, na qual a matéria é levada diretamente ao escrutínio do Supremo Tribunal Federal e fatores políticos, como a fatores políticos como o descrédito das instâncias políticas tradicionais, crise de representatividade, funcionalidade e legitimidade do poder legislativo, além de morosidade das instâncias políticas tradicionais e sua incapacidade de dar materialidade aos dispositivos constitucionais.⁵³

Já, o neoconstitucionalismo que, segundo Barroso, possui como ponto inicial o regime de Lei de Fundamental alemão instituído em 1949, o qual consolidou o entendimento de que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de situações individuais, desempenham a função de designar uma ordem objetiva de valores, ao passo que o sistema jurídico passou a proteger direitos e valores, não apenas pelo proveito que possa causar às pessoas individualmente, mas também por conta da idéia de satisfação geral da sociedade. Dessa forma, tais normas constitucionais condicionaram a interpretação de todos os ramos do direito, seja público ou privado e vincularam o poder estatal.⁵⁴

É importante ressaltar que o neoconstitucionalismo, embora não se confunda com o pós positivismo, o possui como matriz filosófica, de modo que torna-se necessário citar as principais características dessa corrente jusfilosófica, as quais são: abertura valorativa do sistema jurídico; princípios como categorias de normas jurídicas; princípios e regras

⁵³ BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit., loc. cit.*

⁵⁴ _____. Neoconstitucionalismo E Constitucionalização Do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol.02, n. 01, 2006. P. 14. Disponível em: (<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/11641-39877-1-SM.pdf>) Acesso em: 18 de junho de 2020.

considerados como espécies do gênero norma; Constituições como sede de princípios e centro dos sistemas jurídicos; e mudança de foco do Legislativo para o Judiciário.⁵⁵

Além de apresentar o pós positivismo como a sua base jusfilosófica, as principais características do neoconstitucionalismo são: estruturação sobre o valor político jurídico de um Estado Democrático de Direito; concretização dos valores constitucionais, negando-se a existência de normas puramente programáticas em face de princípios como os da máxima efetividade da Constituição; e dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento.⁵⁶ Para Barroso, o neoconstitucionalismo tem como destaques: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.⁵⁷

Portanto, a partir do breve aprofundamento dos fenômenos já mencionados, é possível concluir que neoconstitucionalismo é o modelo constitucional adotado pelo Brasil após a redemocratização que, devido as suas características, produz como efeitos a judicialização em geral e, principalmente, a judicialização da política, as quais são independentes da vontade do julgador e decorrem da ineficiência dos outros poderes em um contexto social. Por outro lado, o ativismo é uma opção do legislador de dar mais amplitude aos dispositivos constitucionais, não se confundido com os outros fenômenos citados. A tese de Barroso corrobora tal visão:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva⁵⁸

2.4. Conceito de ativismo judicial

⁵⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira. *Op.cit., loc. cit.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle De Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28

⁵⁸ *Idem.*

Entende-se por ativismo judicial a posição criativa dos tribunais ao formularem uma nova interpretação sobre o direito no momento em que se debruçam sobre o concreto formando uma jurisprudência que por diversas vezes se antecipa, até mesmo, à criação da própria lei. A doutrina traz inúmeros conceitos acerca do ativismo judicial, contudo o ativismo judicial é uma conduta, ou seja, uma escolha do julgador que visa fazer uma interpretação expansiva com intuito de concretizar o valor normativo constitucional, garantido ao cidadão a prestação do direito de forma rápida.⁵⁹

Para Luís Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, o ativismo judicial se conceitua da seguinte maneira:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁶⁰

A partir da definição citada acima é possível inferir que o ativismo judicial para Barroso está ligado diretamente ao avanço do poder judiciário às prerrogativas e funções típicas dos demais poderes, com base em uma interpretação ampliada dos dispositivos constitucionais, de maneira que o poder judiciário passa a atuar como agente principal na consolidação dos anseios da população a partir do que ele interpreta como direitos e garantias constitucionais. Esse ponto de vista acarreta em inúmeros questionamentos acerca da legitimidade do poder judiciário para atuar dessa maneira, os quais serão objetos de aprofundamento a partir da análise de casos concretos e pontos de vistas de teóricos.

Já, Clarissa Tassinari defende que, por conta dos diversos entendimentos acerca do ativismo judicial, o tema deve ser analisado sob a perspectiva de algumas abordagens, as quais são: como é feito o exercício do poder de controlar a constitucionalidade de atos dos

⁵⁹GRANJA, Cícero Alexandre. O Ativismo Judicial No Brasil Como Mecanismo Para Concretizar Direitos Fundamentais Sociais. **RIDB**, São Paulo, n. 5, 2014. P. 3467 Disponível em: (http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03463_03490.pdf) Acesso em 16 de junho de 2020.

⁶⁰BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit., loc. cit.*

demais poderes; como sinônimo de maior interferência do judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que neste caso, configuraria muito mais a judicialização); como abertura à discricionariedade do ato decisório; como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador. A autora deixa claro que tais ramificações acabam se misturando, de modo que a estrita delimitação teórica do tema não é algo que se faz obrigatório.⁶¹

Na definição da autora, destaca-se a divisão do ativismo judicial em diferentes abordagens, as quais acabam se misturando e dificultam a delimitação do que realmente é o ativismo judicial. Dessa forma, percebe-se que esse fenômeno é um resultado de inúmeros acontecimentos que se deram a partir da promulgação da Constituição de 1988, os quais foram em direção ao fortalecimento do judiciário com mais prerrogativas oferecidas, como o aumento da possibilidade de fazer o controle de constitucionalidade, o aumento da discricionariedade do poder decisório e aumento da capacidade de gerenciamento.

Portanto, a partir dos pensamentos dos ilustres autores, fica claro que o ativismo judicial é a forma de atuação mais abrangente dos julgadores que optam por realizar uma interpretação extensa dos princípios e direitos constitucionais, com intuito de dar concretude aos anseios previstos na Carta Magna, forma de atuação que acarreta em inúmeras implicações no funcionamento institucional do Estado Democrático de Direito brasileiro e serão aprofundamentos no decorrer do presente estudo.

3. APLICABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

3.1. Casos flagrantes de Ativismo Judicial

Após a realização do aprofundamento sobre os conceitos de separação de poderes e ativismo judicial, é primordial verificar como o judiciário brasileiro vem utilizando a faceta

⁶¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição E Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Disponível em: (<https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=4EhWDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=clarissa+tassinari+ativismo+judicial&ots=jWTjESx&sig=kjja2hFpbqRIfXeb3b5UealgQWyAg#v=onepage&q=clarissa%20tassinari%20ativismo%20judicial&f=false>) Acesso em: 21 de junho de 2020.

do ativismo nos dias atuais, de modo que serão analisados recentes que claramente se configuram como casos de ativismo.

O primeiro e simbólico caso se trata do julgamento do Habeas Corpus nº 124.036, no qual Luís Roberto Barroso em seu voto vista, além de reconhecer a ausência do art. 312 do Código de Processo Penal para a decretação de prisão preventiva, o que já seria suficiente para concessão do remédio constitucional, acrescentou ser necessário examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado, tendo em vista que a existência de crime é pressuposto para a decretação de prisão preventiva.

No caso, duas pessoas foram presas acusadas de atuar em uma clínica de aborto. Ademais, tem-se claro que a decisão não é vinculante por se tratar de julgamento de Habeas Corpus, contudo abre precedente para que a decisão seja usada por juízes e tribunais como fundamentação em outros julgamentos que versem sobre o tema. Ressalta-se, ainda, que a defesa fundamentou no seu pedido de sustação da prisão na desnecessidade da prisão e nas condições pessoais favoráveis ao réu, como serem réus primários, com trabalho e residência fixa. Segue a ementa do julgamento:

Ementa: incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que

pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas.⁶²

No voto, Luís Roberto Barroso justificou a sua decisão com base nos direitos fundamentais da mulher e no princípio da proporcionalidade. Antes de se aprofundar na sua argumentação, o ministro ressalta que a sua decisão não visa realizar uma defesa a disseminação do procedimento. Posteriormente, em sua fundamentação, Barroso declara que a criminalização do aborto no primeiro trimestre viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo de essencial de liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana, presente no art. 1º, inc. III, da CF/1988. No caso especial da mulher, o aspecto central da autonomia é o poder de controlar o seu próprio corpo e de tomar decisões a ele relacionadas, inclusive de cessar ou não a gravidez.⁶³

O seu segundo ponto diz respeito à integridade física e psíquica da mulher, na qual o ministro entende que a criminalização viola tal direito previsto na Constituição, em seu art. 5º, caput e III. Dispositivo constitucional que visa proteger os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, aos direitos à saúde e à segurança.⁶⁴

O seu terceiro ponto recai sobre a violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher:

A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa do Habeas Corpus nº 124.036**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 09/08/2016. Disponível em: (https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&ministro_facet=ROBERTO%20BARROSO&page=1&pageSize=10&queryString=Aborto&sort=score&sortBy=desc) Acesso em: 25 de julho de 2020.

⁶³ _____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Luís Roberto Barroso no HC nº 124.036/DF**. Relator Min. Marco Aurélio Melo. Julgamento em 09/08/2016. Disponível em: (<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>) Acesso em: 25 de julho de 2020.

⁶⁴ Idem.

saúde sexual e reprodutiva. (...). Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade. O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos percorreu uma longa trajetória, que teve como momentos decisivos a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994, conhecida como Conferência do Cairo, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, em Pequim. A partir desses marcos, vem se desenvolvendo a ideia de liberdade sexual feminina em sentido positivo e emancipatório. Para os fins aqui relevantes, cabe destacar que do Relatório da Conferência do Cairo constou, do Capítulo VII, a seguinte definição de direitos reprodutivos:⁶⁵

O ministro relata, ainda, que discorda do tratamento penal dado ao tema no Brasil, tendo em vista que afeta a capacidade autodeterminação ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. Ademais, prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada. Outro aspecto que, no entendimento de Barroso, é violado com a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação é a igualdade de gênero. A justificativa é que há uma histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens, o que acarretou na institucionalização da desigualdade de gênero e promoveu várias visões discriminatórias do papel da mulher na sociedade, sendo o caso da maternidade um deles. Dessa maneira, a busca pela igualdade possui o objetivo de cessar a hierarquização dos indivíduos e as desigualdades infundadas e impor a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais. Ademais, a tipificação penal resultaria em uma discriminação social, tendo em vista que teria mais impacto em mulheres pobres. Fato que se deve a falta de acesso desse grupo à hospitais clínicas particulares pelo fato financeiro e ao sistema público de saúde em virtude da criminalização. Assim, a única saída dessas mulheres seria recorrer à clínicas clandestinas, o que potencializa o risco de lesões e, até mesmo, óbitos. Nesse sentido, Barro conclui que criminalização da interrupção da gestação da gravidez no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de direitos fundamentais da mulher.⁶⁶

Na segunda parte de sua fundamentação, o ministro aborda o tema da violação ao princípio da proporcionalidade, no qual inicia esclarecendo que o legislador, de fato, possui o

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Op. Cit., loc. cit.*

poder e liberdade de definir crimes e penas, contudo nos limites dados pela Constituição. Dessa forma, ao fazê-lo, devem obedecer dois valores essenciais: o respeito aos direitos fundamentais do acusado, tanto no plano material, quanto no processual e os deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais dos seus integrantes. Nesse ambiente, o princípio da proporcionalidade-razoabilidade funciona além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência.⁶⁷ O magistrado acrescenta, ainda, que:

(...) a despeito de inúmeras atualizações ao longo dos anos, em relação aos crimes aqui versados – arts. 124 a 128 – ele conserva a mesma redação. Prova da defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, descriminalizando a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos. Também a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista à luz dos novos valores constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva mais cosmopolita.⁶⁸

Após essa explanação, Barroso lista três subprincípios que dão substância à proporcionalidade, de modo que a tipificação penal no caso apenas estará justificada, caso: for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo aos direitos das mulheres (necessidade); e tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito). No que diz respeito à adequação, o ministro afirma que é preciso analisar em que medida a criminalização protege a vida do feto. A partir dessa premissa, se debruça sobre um estudo, que relata que a criminalização não interfere no número de abortos realizados, mas sim, na quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, no número de lesões e mortes causadas pelo procedimento. Portanto, a conclusão que se chega é que a criminalização é incapaz de proteger a vida do feto, o que se

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Op. Cit., loc. cit.*

tem com a tipificação dessa conduta é a reprovação moral do fato, o que viola o princípio da adequação.⁶⁹

No que diz respeito ao princípio da necessidade, torna-se necessário analisar se existe outro meio alternativo à criminalização que proteja o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição ao direito das mulheres. Nesse sentido, Barroso cita os exemplos da Alemanha, Portugal, Bélgica e França onde é legalizada a interrupção da gravidez no primeiro trimestre, desde que se cumpram certos requisitos, como submissão à consulta de aconselhamento e a um período de reflexão de três dias, política pública, esta, que o magistrado considera um sucesso. Ademais, entende que o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez precoce e indesejada, cujos principais são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e drástica mudança na vida da mãe, além da falta de informação e acesso a métodos contraceptivos. Dessa forma, seria necessária a criação de uma rede de apoio à gestante e à sua família, com acesso à creche e o direito à assistência social, além de programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e de assistência especializada à grávida e educação sexual. Assim, o tipo penal em questão também não passaria no teste de necessidade.⁷⁰

Por fim, Barroso analisou o caso sob a perspectiva do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual é necessário verificar se as restrições aos direitos das mulheres são ou não compensadas pela proteção à vida do feto. O ministro reconhece que o peso concreto do direito à nascituro varia de acordo com o estágio do desenvolvimento da gestação, de maneira que o grau de proteção constitucional é ampliado na medida em que a gestação avança. Nesse contexto é feita uma comparação de como outros países lidam com o tema juridicamente:

Tal como a Suprema Corte dos EUA declarou no caso *Roe v. Wade*, o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto³¹. No mesmo sentido, a decisão da Corte Suprema de Justiça do Canadá, que declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Op. Cit., loc. cit.*

criminalizava o aborto no país, por violação à proporcionalidade³². De acordo com a Corte canadense, ao impedir que a mulher tome a decisão de interromper a gravidez em todas as suas etapas, o Legislativo teria falhado em estabelecer um standard capaz de equilibrar, de forma justa, os interesses do feto e os direitos da mulher. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.⁷¹

Dessa forma, para que não se configure uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, Barroso considera que é constitucional a tipificação penal da interrupção da gravidez a partir do momento em que o feto se encontra mais desenvolvido. O corte para tal classificação seria o primeiro trimestre, tendo em vista que, segundo estudos, nesse período, ainda, não se formou, de fato, uma expectativa de vida fora do útero materno. Por tudo isso, seria preciso aplicar interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.⁷²

A ministra Rosa Weber acompanhou o entendimento exarado pelo ministro Barroso com a justificativa de que a tipificação penal do crime de aborto em casos de interrupção da gestação até o terceiro mês é uma escolha política penal desproporcional com os direitos fundamentais da mulher no âmbito sexual, reprodutivo e de igualdade, assegurados pela Constituição Federal.⁷³

O resultado do julgamento, pela maioria dos votos, se deu, em face da Constituição, pela exclusão do âmbito dos arts. 124 e 126 do Código Penal a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro semestre de gestação.

Após a análise do julgamento pelo STF do caso em questão, chama a atenção que a questão da constitucionalidade da norma que tipifica a conduta de interrupção da gravidez no primeiro trimestre foi abordada de forma voluntária pelos julgadores, tendo em vista que a questão não foi objeto de defesa e não era indispensável para a concessão do pedido, fato que escancara o caráter ativista dos ministros do STF.

⁷¹ Idem.

⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Op. Cit., loc. Cit.*

⁷³ Idem.

Além disso, vale a pena ressaltar que a decisão não foi precedida de nenhuma audiência pública ou intervenção de entidade ou grupo social que tenham representatividade acerca do tema do aborto na figura do *amicus curiae*, além do que o tema da descriminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação foi abordada por apenas dois ministros. Ressalta-se, ainda, conforme já mencionado, que embora não tenha efeito *erga omnes*, o entendimento extraído do julgamento do Habeas Corpus pode ser objeto de fundamentação de juízes e tribunais de instâncias superiores ao tratar do tema.

Outrossim, esse julgamento constitui uma clássica inovação do texto legal pelo judiciário, tendo em vista que, segundo a legislação penam em vigor, para ser considerado crime de aborto basta a eliminação da vida do nascituro, existindo apenas dois casos previstos de excludente de ilicitude, os quais são o aborto necessário em caso de risco à vida da genitora e, quando a gestação é se deu em virtude de estupro. Portanto, resta claro, que o entendimento extraído do julgamento não está de acordo com o ordenamento jurídico vigente no país, de modo que, tanto a Constituição, quanto os dispositivos infraconstitucionais, tutelam a vida como bem maior a ser preservado, não admitindo interpretação extensiva. Dessa forma:

O caso prático que este trabalho se propõe a analisar o HC 124.306/2016, versa sobre relevante temática envolvendo direitos fundamentais e questões controversas no âmbito moral, filosófico e político. Na situação, há o conflito entre direitos fundamentais como o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade. Tais conflitos, em nossa realidade nacional, inevitavelmente devem ser dirimidos por meio da ponderação, obtendo assim, como resultado, entre os valores conflitantes, quais são considerados mais relevante para a sociedade, inexoravelmente ocorrendo a relativização de um deles para que o outro prevaleça. Entretanto resta a dúvida de qual órgão é legítimo para realização dessas decisões. Como trata-se de decisão de caráter político poder-se-ia sustentar que cabe ao poder Legislativo. Por versarem sobre a efetivação de direitos fundamentais teria o judiciário possui o dever de decidir com base no caso concreto, tal decisão deve estar balizada no entendimento exarado pela legislação ou pode ser fruto de uma interpretação extensiva dos julgadores, substituindo a vontade do legislador pela do julgador, resultando em decisões judiciais fundadas na discricionariedade. Considerando que toda decisão discricionária é simultaneamente arbitrária não são vistos motivos razoáveis para legar ao poder judiciário (que não possui representatividade popular) decisões de tamanha relevância social, principalmente no contexto atual, após tantas conquistas quanto a efetivação das garantias fundamentais.⁷⁴

⁷⁴ QUINTANA, Marcus Gabriel Nunes; ROSCHILDT, João Leonardo Marques. **O Ativismo Judicial Na Suprema Corte Brasileira: uma análise do habeas corpus 124.036**. Anais do Seminário. 2020, p. 5. Disponível em: (<http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/viewFile/5809/5223>) Acesso em: 31 de agosto de 2020.

A partir da análise deste julgamento, torna-se facilitado o entendimento do ativismo judicial como fenômeno jurídico, tendo em vista que se trata do exercício de jurisdição que ultrapassam os limites impostos pela própria Constituição. Nesse contexto, o judiciário inova na legislação, criando excludentes de ilicitude não previstos em lei através da interpretação extensiva de princípios e direitos fundamentais, assim se afastando do modelo de separação de poderes previstos pela Carta Magna vigente. Essa atuação pode colocar em cheque, tanto a harmonia e independência entre os poderes, quanto à legitimidade democrática:

(...) a descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação não caracteriza uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 a 126 do Código Penal, mas a criação de uma nova norma de cunho que jamais deveria ser elaborada por aquele que deveria julgar primando pela separação dos poderes proposta pelo Barão de Montesquieu o qual é citado por Streck visando demonstrar a incompatibilidade da decisão ser originária do Judiciário: “No governo republicano, é da natureza da Constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida(...)”⁷⁵

Outro caso marcante de ativismo judicial é a recente equiparação das discriminações de sexo e gênero ao crime de racismo. Primeiramente, é importante ressaltar que a análise sobre esse tema tem como objetivo apenas discutir a legitimidade do STF para tratar da criminalização de alguma conduta, e, não estabelecer nenhuma objeção a criminalização de condutas discriminatórias e violentas contra esse grupo social.

Esse tema chegou ao STF através do Mandado de Injunção 4733 movido em 2012 pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT), cuja relatoria foi do Ministro Edson Fachin e pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) movida pelo PPS (Partido Popular Socialista), em 2013, que foi relatada pelo Ministro Celso de Mello. Ambas pedem pela equiparação das discriminações de sexo e gênero ao crime de racismo, passível de pena de reclusão de 1 a 5 anos. Para isso, se baseiam no artigo 5º da Constituição Federal, que em seu inciso XLI afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e no XLII que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” Dessa maneira segue as ementas do julgamento:

⁷⁵ Idem.

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89.⁷⁶

Neste caso, o primeiro voto foi proferido pelo ministro relator da ação Celso de Mello, o qual afirmou que esses pedidos de criminalização refletem em outra dimensão dos direitos fundamentais, que legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a respeitar os direitos, mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressões praticadas por terceiros. Ademais, destacou que sempre que um modelo de pensamento fundado na exploração da ignorância e do preconceito põe em risco a preservação dos valores da dignidade humana, da igualdade e do respeito mútuo entre as pessoas, incitando a prática de discriminação dirigida contra uma comunidade exposta aos riscos de perseguição e da intolerância, mostra-se indispensável que o estado ofereça proteção adequada aos grupos hostilizados. Nesse sentido, citou equiparou tal conduta às discriminações referentes à raça e que atentem os direitos e liberdades fundamentais, presentes nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal.⁷⁷

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa da Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26** Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Disponível em: (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADO%2026&sort=score&sortBy=desc>) Acesso em 30 de agosto de 2020.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Relator Celso de Mello na ADO nº 26/DF.** Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 30 de agosto de 2020.

Em seguida, votou o Edson Fachin, que defendeu a existência de violação do princípio da igualdade em virtude da omissão do poder legislativo em proteger a chamada população LGBTQ. Dessa forma, o ministro aceitou o argumento de Celso de Mello de que a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual se encaixa na definição jurídica de racismo que o STF criou.⁷⁸

No tocante ao terceiro voto, o ministro Alexandre de Moraes afirma que a premissa básica do direito Estado constitucional é a existência de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois, enquanto a democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, editadas pelo poder 18 constituinte originário, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria. O magistrado observa que o Estado tem como função obrigatória atender os interesses da sociedade em geral, mas também efetivar a proteção dos direitos e liberdades fundamentais, entretanto, essas garantias muitas vezes são ignoradas pelo Estado constitucional. Ademais, para Alexandre de Moraes, as democracias estão em posição de risco quando as políticas públicas não atacam o problema diagnosticado. Nesse contexto, o Estado democrático de direito é aquele que atende todos e efetiva suas normas, contudo, quando isso não ocorre é dever do STF atuar na concretização desses direitos previstos constitucionalmente.⁷⁹

Luís Roberto Barroso, no quarto voto, acompanhou os demais colegas em relação à criminalização de atos discriminatórios contra homossexuais e transgêneros em consequência da orientação sexual e identificação de gênero. O ministro concluiu que a criação de leis é de competência do poder legislativo, contudo, nos casos que hajam clara omissão, a Suprema Corte precisa atuar para dar efetividade à Constituição, conforme se verifica na seguinte exposição:

⁷⁸ _____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Edson Fachin na ADO nº 26/DF**. Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 30 de agosto de 2020.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Alexandre de Moraes na ADO nº 26/DF**. Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 30 de agosto de 2020.

As supremas cortes representam também um papel representativo, o de atender demandas da sociedade que não tenham sido atendidas a tempo e a hora. O que se está exercendo aqui, e que deve ser exercido em situações excepcionais, quando a história exige é o papel iluminista, de empurrar a história relativamente a determinados temas, mesmo contra vontades majoritárias, como quando da decisão desta corte sobre a união homoafetiva.⁸⁰

O ministro ressaltou, ainda, que, mesmo que a função de criar leis seja do poder legislativo, cabe ao STF a interpretação constitucional. Desse modo, ele entende que está presente a inconstitucionalidade por omissão do Congresso em criar um crime específico para violência cometida por conta da orientação sexual ou identificação de gênero da pessoa que sofreu tal ataque.

Dando continuidade ao julgamento, a ministra Rosa Weber defendeu que a discriminação de gênero e de orientação sexual é abarcada pelo conceito jurídico de racismo, ademais, destacou o direito à própria individualidade e à identidade sexual como direitos fundamentais dos cidadãos. Por fim, concluiu que o direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.⁸¹

O sexto voto ficou a cargo no ministro Luiz Fux, que julgou procedente a criminalização da homofobia. Na opinião do magistrado, a omissão legislativa é incontestável, tendo em vista que, embora existam inúmeros projetos que proponham a tipificação da homofobia como crime, a tramitação não apresenta continuidade. Dessa forma, essa demora exige que o judiciário efetive os direitos desse grupo social até que o legislativo atue sobre o tema. Fux deixa claro que o STF não está criando tipo penal, mas sim interpretando norma infraconstitucional para equiparar a homofobia ao racismo. O ministro

⁸⁰ _____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Luís Roberto Barroso na ADO nº 26/DF**. Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 2 de setembro de 2020.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto da Min. Rosa Weber na ADO nº 26/DF**. Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 2 de setembro de 2020.

afirma que racismo é crime contra qualquer ser humano, qualquer que seja sua fé ou orientação sexual.⁸²

Dando seguimento ao julgamento, Carmen Lúcia acompanhou o relator pela procedência do pedido. Ela entende que após tantas mortes e atos de ódio contra os homossexuais, não há como desconhecer a configuração da inércia legislativa, o que é inconstitucional. Cármen ainda salientou a reiteração de atentados decorrentes da homotransfobia como uma situação de verdadeira barbárie. Segunda a ministra, a singularidade de cada ser humano não é pretexto para desigualdade de direitos e dignidades e que a discriminação contra uma pessoa, seja qual for o motivo, atinge toda a sociedade.⁸³

Posteriormente, foi vez de o ministro Ricardo Lewandowski deliberar sobre o tema, para ele, apesar de ser incontestável a mora legislativa em relação à criminalização da homofobia e necessidade de dar ciência dela ao Congresso para que seja criada lei sobre o tema, o STF não pode enquadrar a homofobia e a transfobia na Lei de Racismo, já que é essencial a existência de lei para que seja viável a punição penal de determinada conduta. O ministro citou a jurisprudência da Corte nesse sentido, de maneira que a Constituição Federal somente admite a lei como fonte formal e direta de regras de direito penal.⁸⁴

O ministro Gilmar Mendes, nono a votar, acompanhou o entendimento de que é viável a equiparação da conduta discriminatória aos homossexuais ao racismo em virtude da mora legislativa. O magistrado ressaltou que a criminalização da homofobia faz-se necessária em

⁸² _____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Luiz Fux na ADO nº 26/DF**. Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 3 de setembro de 2020.

⁸³ _____. Supremo Tribunal Federal. **Voto da Min. Carmen Lúcia na ADO nº 26/DF**. Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 3 de setembro de 2020.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADO nº 26/DF**. Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 5 de setembro de 2020.

razão dos constantes atos de ódio e violência física que esse grupo é submetido, o que viola direitos e constitucionais, como dignidade da pessoa humana, das minorias e de liberdades.⁸⁵

O décimo ministro a votar foi o Marco Aurélio, que foi o único a não admitir o mandado de injunção por considerar inadequado o uso desse instrumento processual no caso. Contudo, admitiu parcialmente a procedência da ADO, de modo que não reconheceu a omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia e da transfobia. De acordo com o ministro, a Lei de Racismo não pode ser ampliada, já que o rol de condutas presentes nesta norma é taxativo. Marco Aurélio, por fim, considerou que a sinalização do STF para preponderante proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis, por si só, contribui para a mitigação do problema e preservação dos limites da separação dos poderes e da reserva legal em termos penais.⁸⁶

Último a votar, foi o presidente do plenário o ministro Dias Toffoli que acompanhou o ministro Ricardo Lewandowski pela procedência parcial dos pedidos. O ministro ressaltou que, apesar da divergência na conclusão, todos os votos proferidos repudiam a discriminação, o ódio, o preconceito e a violência por razões de orientação sexual e identidade de gênero.⁸⁷

Portanto, é possível inferir que, por maioria dos votos, o plenário aprovou a tese elaborada pelo relator da ADO, Celso de Melo, pautada em três aspectos. O primeiro prevê que o Congresso Nacional edite norma específicas para condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadrarem nos crimes previstos na Lei 7.716/2018. O segundo ponto refere à previsão de

⁸⁵ _____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Gilmar Mendes na ADO nº 26/DF**. Relator min. Celso de Melo. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 5 de setembro de 2020.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Marco Aurélio na ADO nº 26/DF**. Relator min. Celso de Melo. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 5 de setembro de 2020.

⁸⁷ _____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Dias Toffoli na ADO nº 26/DF**. Relator min. Celso de Melo. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 5 de setembro de 2020.

que não sejam submetidos a repressão penal a liberdade religiosa, desde que não configurem discursos de ódio. Já o terceiro, estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenótipos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

Essa decisão causou muita polêmica no meio jurídico, tendo em vista que, embora a partir do princípio da dignidade humana, o qual assegura o mínimo de respeito à pessoa, pois todos são iguais em valor e dignidade e tem direito a uma vida livre de preconceitos, independentemente de classe social, raça, cor ou orientação sexual, a omissão legislativa, de fato, se faz presente

Contudo, não é papel do judiciário criar leis, principalmente, em âmbito pena, no qual a reserva legal é clara na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIX⁸⁸, dispositivo que prevê expressamente que é preciso lei que criminalize uma conduta e essa lei deve ser anterior a prática de conduta criminosa. Isso significa que somente lei em sentido estrito, isto é, aquela feita pelo poder legislativo e que seguiu todas as regras do processo legislativo de forma correta, são capazes de criar crimes ou contravenções e cominar penas ou medidas de segurança. Ademais,

Portanto, resta claro que a medida tomada pelo STF é um caso claro de ativismo judicial, pelo qual Corte expande a sua atuação além dos limites previstos pela Constituição para dar efetividade às normas e princípios da mesma. Nesse sentido, a criminalização da homofobia é um ato que gera ótima repercussão prática e escancara a falta de ação do Legislativo em relação ao tema. Contudo, o meio em que essa criminalização foi construída acarreta na necessidade de discussão acerca do protagonismo do judiciário nas grandes decisões do país. Ressalta-se, ainda, que o judiciário precisa ser provocado para se envolver nessas searas, o que demonstra que a sociedade e grupos representativos não se sentem

⁸⁸ BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Centro Gráfico, 1988, p.2. Disponível em:(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 7 de setembro de 2020.

contemplados com o atual cenário político representativo, os quais, muitas vezes são omissos no que concerne a discussões extremamente relevantes na sociedade, o que faz com essas pessoas recorram ao judiciário para ter os direitos materializados. Esse panorama tende a resultar em cada vez maiores debates acerca do sistema político representativo que o país adotou desde a sua redemocratização, conforme pode ser percebido a partir do seguinte fragmento:

Quando se fala em separação de poderes, também se fala em funções que são típicas a cada deles e o fato de o STF ter se posicionado, criminalizando uma conduta até que sobrevenha a lei específica, pode ser caracterizado como usurpação de uma função do Poder Legislativo. (...) Atualmente muitos direitos são judicializados, seja pela inércia do legislativo, seja pela descrença da sociedade nos representantes eleitos, fazendo com que recorram ao judiciário, independentemente do motivo, o poder judiciário é chamado, nas mais diversas causas, para se posicionar de forma a garantir direitos. São várias as questões que levam a referida situação, muitas delas já mencionadas no presente trabalho. Assim, o sistema como é hoje, talvez deva ser repensado ou até mesmo reorganizado, para que omissões não continuem a acontecer e que um único poder não se destaque sobre os demais⁸⁹.

3.2 O Debate acerca do ativismo judicial no Brasil

Como já visto neste trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, a diferenciação entre a efetivação de direitos previstos na constituição e a invasão à prerrogativa definidas constitucionalmente aos outros poderes é extremamente difícil, de modo que há constantes posicionamentos divergentes no meio acadêmico. Nesse sentido, torna-se interessante apresentá-los para que seja possível extrair um entendimento melhor sobre esse tema tão relevante para o futuro institucional do país.

3.2.1 Posicionamentos contrários

⁸⁹ PORTILHO, Jordão Grazielle et al. O ativismo judicial do supremo tribunal federal na criminalização da homofobia e transfobia (ado 26/df). **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**. Brasília, DF, vol. 40, n. 40, 2020, p. 13. Disponível em : (<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/183-25-510-4-10-20200710.pdf>) Acesso em 9 de setembro de 2020.

A análise crítica a respeito do ativismo judicial se dá em vários fatores, a principal delas é o estabelecimento de um ponto de controle da atuação do judiciário na função de guardião da Constituição, que é muito vista como detentora da última palavra, de maneira que esse poder, muitas vezes, se aproveitando dessa prerrogativa, interfere em decisões de competências típicas do executivo e do legislativo através de fundamentações abstratas com base em princípios constitucionais, contudo a real base para o julgamento se dá pelas convicções pessoais do juiz de direito. Nesse sentido, Streck considera que:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de panprincipiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa? Há até um princípio denominado de moderação, utilizado para reduzir honorários. [...] A era dos princípios não veio para transformar o Direito em um império de decisões baseadas na consciência individual de cada julgador. Princípios têm a função de resgatar o mundo prático no Direito. Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais — mormente o STJ e o STF — acabam entulhados de processos. No fundo, a repercussão geral e as súmulas são uma resposta darwiniana a uma espécie de estado de natureza hermenêutico que criamos. Veja só: se fundamentarmos cada decisão até o limite, teremos uma maior accountability [prestação de contas em cada decisão]. Mais: se anulássemos decisões mal fundamentadas, não teríamos essa proliferação de embargos declaratórios. Sugiro, portanto, que cumpramos o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal [estabelece que os julgamentos têm que ser públicos e as decisões, fundamentadas] que, antes de ser um direito, é um dever fundamental do juiz.⁹⁰

A autora Gisele Cittadino questiona até que ponto os magistrados possuem legitimidade para contrariar a deliberação pública de uma instituição autônoma. Segundo ela, oferecer esse tipo de prerrogativa aos juízes significa autorizar os tribunais, especialmente

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Ativismo Judicial Não É Bom Para a Democracia**. Consultor Jurídico. 2009. Entrevista concedida a Aline Pinheiro. Disponível em: (<https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>) Acesso em 20 de setembro de 2020.

as cortes supremas, a atuarem como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional”.⁹¹

Nessa mesma perspectiva, Carlos Araújo de Carvalho (2009) pergunta: “Neste ponto há que se questionar: em que medida o ativismo judicial promove ou afronta a democracia? Qual é o risco de se fundar um aristocrático governo de juízes, uma juristocracia, exercida sob o falacioso manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação normativa?”⁹²

Os casos concretos relatados no tópico anterior mostram claramente a supressão da vontade da classe política, aquela que foi eleita democraticamente e, portanto, dota de legitimidade democrática e possui o dever de prestar contas à população, pela vontade dos integrantes da Suprema Corte, os quais não estão sujeitos ao escrutínio popular.

Dessa forma, nos casos citados o poder legislativo foi completamente absorvido pelo judiciário, o que gera insegurança jurídica e enfraquecimento da democracia, sendo um potencial meio para se praticar arbitrariedades, mesmo que sob o pretexto serem por causas nobres, como a mitigação das injustiças, entre outras, tendo em vista que a boa intenção depende do ponto de vista de quem está analisando, em virtude disso foi criado justamente o poder legislativo para ser o representante do povo e responsável pela resolução dessas questões, de modo que o julgamento popular deve recair sobre os políticos e não sobre os juízes. Nesse contexto, Tesheiner afirma que:

O forte da crítica à Montesquieu assenta na existência possível de várias interpretações de um texto legal, donde a possibilidade de extrair-se, de um texto velho, uma norma nova, mais consentânea com a atualidade. Trata-se, em suma, da criação jurisprudencial do Direito, que constitui uma antítese do princípio da legalidade, baseado na supremacia da lei. Atento à essa crítica, o legislador brasileiro vem buscando um ponto de equilíbrio entre o automatismo e a livre

⁹¹ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário E Democracia. **Revista da Faculdade Direito, Rio de Janeiro**, n. 3, 2002, p. 142 Disponível em: (<https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>) Acesso em: 21 de setembro de 2020

⁹² CARVALHO, Carlos Araújo de. Ativismo Judicial Em Crise. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2137, 2009. Disponível em: (<https://jus.com.br/artigos/12781/ativismo-judicial-em-crise>) . Acesso em: 21 de setembro de 2020.

interpretação na aplicação da lei. Admite a criação judicial do Direito, mas pelos tribunais superiores, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, donde os institutos da súmula vinculante, da repercussão geral e da eficácia erga omnes no controle concentrado de constitucionalidade. Certo, a lei, porque geral e abstrata, não se ajusta a todas as situações de fato, motivo por que, em casos excepcionais, deve-se admitir o afastamento de uma regra legal. Na generalidade dos casos, porém, deve, sim, o juiz, ser a boca da lei, decidindo de conformidade com o sistema jurídico, e não de acordo com seus sentimentos ou sua ideologia, em suma, de acordo com a sua vontade. Trata-se, pois, de exigir-se objetividade, e não subjetividade, na aplicação do Direito.⁹³

Portanto, tem-se claro que a principal crítica em relação ao ativismo judicial se dá em função da subjetividade das fundamentações dos magistrados, os quais se utilizam dos princípios constitucionais para aplicar a lei conforme as convicções políticas ideológicas e não a partir da vontade exposta através do dispositivo legal pelo poder legislativo.

3.2.2 Posições favoráveis

Em função de o ativismo judicial representar uma forma de interpretação jurídica mais ativa e expansiva das normas constitucionais, os seus defensores entendem que essa prática possibilita suprir a inércia do legislador, de modo a estabelecer um consenso em situações que não foram completamente resolvidas pelo poder legislativo. Tal posicionamento se contrapõe ao engessamento das questões que podem proporcionar a inaplicabilidade de dispositivos constitucionais e seus princípios. O poder judiciário, dessa forma, a partir dessa hermenêutica garantiria os direitos fundamentais aos cidadãos impedidos de se beneficiar dessas normas em virtude da omissão legislativa.

Luís Roberto Barroso, já amplamente citado como um dos entusiastas do ativismo judicial, inclusive sendo principal personagem do caso relativo ao aborto citado anteriormente, entende que esse fenômeno possui uma face positiva que é o atendimento à demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas no Congresso em temas centrais como

⁹³ TESHEINER, José Maria Rosa. Juiz Bouche De La Loi – Em Defesa de Montesquieu. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 8, nº 788, 23 de junho de 2008, p. 1. Disponível em: (<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/64-artigos-jun-2008/5975-juiz-bouche-de-la-loi--em-defesa-de-montesquieu>) Acesso em: 22 de setembro de 2020.

greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O ministro aponta outro fator positivo do ativismo judicial, que se dá em relação às minorais:

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. 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. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios⁸ – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.⁹⁴

Além disso, Barroso também vislumbra, através de uma interpretação mais proativa e expansiva da Constituição, assegurar os direitos dos indefesos, que não possuem poder de representatividade na via política, exercendo um papel contramajoritário, conforme se verifica no trecho abaixo transcrito da lavra do Ministro Luís Felipe Salomão na relatoria do Recurso Especial nº. 1.183.378/RS:

“Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.”⁹⁵

Ademais, outro fato preponderante para o crescimento do ativismo judicial no Brasil é a crise de representatividade que sofre o poder legislativo, ao passo que o judiciário acaba suprimindo essa inércia propiciada, para Barroso:

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit., loc. cit.*

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Voto do Ministro e Relator Luís Felipe Salomão na RE nº 1183.378/DF**. Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Disponível em: (<https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/STJRecursoEspecial1183378RS.pdf>) Acesso em: 24 de setembro de 2020.

“O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.”⁹⁶

Por fim, quanto à crítica relativa ao princípio da separação dos poderes, muitos juristas questionam a concepção de independência total entre os poderes e entendem que tal organização sofreu mudanças ao longo do tempo e a evolução da sociedade, conforme é possível perceber no seguinte trecho:

“Neste sentido, consideramos que há uma crise de paradigma da separação de poderes com seus contornos originais. Entendemos que o princípio continua sendo fundamental para o Estado Democrático de Direito, mas como as circunstâncias históricas e teóricas que o rodeiam não são as mesmas e os ideais que pretendem alcançar são distintos, não resta outra caminho senão o de concluir que seu significado é novo. Por isso, passamos a abordar três aspectos para a configuração da nova face da separação de poderes: a especialização funcional deve converter-se em busca por profissionalismo e consideração de capacidades institucionais; o controle recíproco que visava o repouso deve transformar-se em vinculação positiva dos Poderes e no controle com vistas à ação; há que se abandonar a noção de fracionamento e há que se buscar o diálogo e cooperação entre os órgãos do Poder.”⁹⁷

Assim, resta claro que a corrente favorável ao ativismo judicial justifica a sua posição na possibilidade de dar concretude a direitos previstos na constituição que não eram possíveis de ser aproveitados pela inércia do legislador em regulamentá-los, preservar o direito de minorias, que com a chamada “ditadura da maioria” não se vêem representados na atual conjuntura política e na superação da idéia de separação de poderes como algo totalmente independentes uns dos outros, mas sim, como órgãos que atuem em cooperação e diálogo.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit., loc. cit.*

⁹⁷ MORGADO, Cintia. A Nova Face De Separação Dos Poderes- capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. **Revista Direito Processual Geral**. Rio de Janeiro, n. 66, 2011, p. 79-80. Disponível em: (<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE%2C%2C>) Acesso em 25 de setembro de 2020.

3.3 Implicações do ativismo judicial no Brasil

Há convergência entre os constitucionalistas de que doutrina estabelece limitações à premissa que coloca o judiciário como a última palavra das decisões. De modo, que a capacidade inerente à característica de cada instituição deve pautar quais realmente terão poder decisório sobre determinado fato. Por exemplo, tema cuja decisão versa sobre domínio de conhecimento técnico ou científico podem não apresentar no magistrado o resultado esperado pela sociedade em virtude da falta de conhecimento específico ou técnico. Existe também a preocupação de que uma decisão jurídica acarrete em efeitos colaterais incontornáveis quanto aos aspectos econômicos, ou, até mesmo, à prestação de serviço público, isso pode ocorrer devido à impossibilidade do juiz de direito prever os impactos de certa decisão, tendo em vista outras instituições possuem o domínio técnico e intelectual da área a ser objeto de julgamento.

Segundo Barroso, o ativismo judicial gera três tipos de questionamentos, o primeiro se refere à questão político ideológica, na qual o problema deriva da falta de legitimidade do magistrado de sobrepor decisões da classe política, tendo em vista que os juízes não foram alçados a sua posição por meio do batismo popular, ou, seja, não foram eleitos, ademais, quando o judiciário invalida ou impõe algum ato aos demais poderes, ele estaria atuando de forma, inevitavelmente, política. Ademais, há críticas de cunho ideológico, que entendem que a atuação expansiva do judiciário é uma forma de frear o avanço da participação popular. A segunda, já mencionada no parágrafo anterior, consiste no questionamento à capacidade institucional do judiciário de ser a última voz em casos de divergência. A capacidade institucional significa observar qual poder está mais habilitado para produzir a melhor decisão possível em determinado caso concreto. Essa habilitação consiste tanto na capacidade técnica ou científica específica para a resolução do conflito e na possibilidade de criar efeitos indesejáveis imprevisíveis em matérias importantes, como em relação a segmentos econômicos e serviços públicos. Essa situação acontece devido ao juiz estar preparado, por treinamento e vocação, para avaliar apenas o caso concreto sem levar em conta muitas vezes o impacto da sua decisão em maior âmbito. Por fim, o terceiro se dá pela limitação ao debate, tendo em vista que a partir do momento em que todas as discussões importantes da sociedade são decididas no judiciário, o debate se restringe a aqueles que dominam a linguagem e a

técnica jurídica. Institutos como *amicus curiae* e direito de propositura de sociedade civil atenuam, entretanto não resolvem o problema. Na outra face da moeda, a migração do debate público do judiciário acarreta na politização demasiada dos tribunais, o que prejudica a tecnicidade e favorece as tomadas de decisões com base nas convicções pessoais do juiz, ademais os magistrados passam a tomar conta das páginas jornalísticas e seus debates acalorados como se fossem parlamentares ganham cada vez mais destaque.⁹⁸ Ponto de vista corroborado pela autora Ana Paula Barcellos:

Outra crítica direcionada ao controle judicial de políticas públicas consiste na suposta incapacidade do Poder Judiciário em compreender e em lidar com o contexto global de tais políticas, o que acabaria gerando distorções na efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque o juiz, na grande maioria das vezes, está preocupado com a solução dos casos concretos que lhe são apresentados e não dispõe, nas demandas individuais, de elementos para avaliar a ação estatal como um todo. Essa é a crítica mais consistente a respeito da judicialização das políticas públicas. Ao Judiciário geralmente são apresentadas apenas as demandas individuais, vindas daquela pequena parcela da população que dispõe de informação e recursos para acionar o Estado judicialmente¹⁴. E os juízes, mesmo aqueles que tem consciência de que a implementação dos direitos sociais deve se dar de maneira geral e coletiva – macrojustiça – sob risco de violação do princípio da isonomia, na hora de decidir os casos que lhes são postos não negam aos autores aquilo que subjetivamente lhes garante a Constituição – microjustiça.⁹⁹

Nesse sentido, há uma percepção de que não há claro critério nas escolhas dos magistrados por parte do público e da mídia, ao passo que é divulgado e percebido pela sociedade que as decisões, uma hora são tomadas com base em convicções pessoais do juiz, uma hora em pensamentos políticos partidários ou por pressões de grupos sociais influentes nos mais diversos seguimentos.

Em razão da dificuldade de se uniformizar um parâmetro de atuação do judiciário quando é provocado para suprir omissões dos demais poderes, é importante trazer a tona o entendimento do ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Preceito Fundamental n. 45, no qual defendeu que:

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia E Supremacia Judicial: direito e política no brasil contemporâneo. **Revista Pensar**, Fortaleza, Vol. 8, n° 3, 2013, p. 876-879. Disponível em: (<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2813-9167-1-PB.pdf>) Acesso em 11 de setembro de 2020.

⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização Das Políticas Públicas Em Matéria De Direitos Fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 118.

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.¹⁰⁰

Portanto, tem-se claro que a linha entre a materialização dos direitos previstos na Constituição Federal e a invasão às prerrogativas dos poderes legislativo e executivo é, de fato, tênue. Ao passo que faz-se necessária haver um real entendimento entre os poderes da República, de maneira que se crie uma crise institucional interminável, na qual as maiores prejudicadas são a democracia e a representatividade democrática.

CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho foi traçado um panorama histórico da evolução do princípio da separação dos poderes, no qual foi elaborado com o intuito de suprimir a concentração do poder estatal nas mãos de um único déspota. Tal conceito foi iniciado por Aristóteles, depois com Locke, até que foi consolidado por Montesquieu e passou a ser o norteador das estruturas democráticas liberais.

Ao longo do tempo, a concepção liberal, que pregava apenas a não interferência do Estado na vida dos cidadãos, passou a ser considerada insuficiente, tendo vista que o povo passou a pleitear mais direitos e melhor condição de vida. Dessa forma, o Estado Liberal deu lugar ao Estado Social, que passou a atuar de forma positiva a fim de garantir tais demandas sociais, o que necessitou de mais leis e, conseqüentemente, tornou o ordenamento jurídico mais complexo.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Informativo STF n. 345/2004. Disponível em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3451439>). Acesso em: 20 de junho de 2020.

Dessa forma, apesar de ter sido um grande influenciador das democracias liberais, o princípio da separação de poderes sofreu inúmeras mudanças ao longo do tempo, principalmente a idéia de um judiciário como mero garantidor das leis criadas pelo legislativo. Nesse sentido, o desenvolvimento das relações sociais foi tornando os ordenamentos jurídicos cada vez mais complexos e contraditórios entre si, de maneira que a atividade jurisdicional passou a demandar cada vez mais um modo de interpretação mais subjetivo. Além disso, a doutrina enterrou o conceito de separação de poderes, tendo em vista que o poder é uno e indivisível e passou a adotar a idéia de separação de funções.

Após a análise do princípio da separação dos poderes, se iniciou a abordagem do ativismo judicial, primeiramente se aprofundando em sua origem e evolução. A primeira consideração necessária feita é a de que no sistema *common Law*, que coloca o juiz como grande personagem no processo de formação do direito, tendo em vista que as decisões judiciais são criadas através de casos julgados, função totalmente decisiva no processo de formação do direito que é criado a partir de casos julgados, o que interfere na forma que juízes e tribunais aplicam o direito legislado, dessa forma o ativismo judicial se manifestaria no desrespeito aos precedentes formados.

O ativismo judicial teve origem nos EUA, o qual após ser utilizado através de prestações negativas do Estado através de decisões judiciais, o ativismo judicial se consolidou como garantidor dos direitos dos povos americanos historicamente segregados. No Brasil, o ativismo judicial ganhou notoriedade com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988, que possibilitou ao poder judiciário o exercício do controle de constitucionalidade abstrato ou misto, ou seja, oponível em qualquer instância. Nesse sentido, após uma primeira fase que os juristas se mantiveram com o mesmo comportamento do período ditatorial, quando pendulavam muito mais para a mera aplicação dos dispositivos, fatores como o surgimento de uma nova geração de juristas inspirados pelo processo que se passou na Europa nas décadas de 70 e 80, o anseio da população pela materialização de direitos previstos constitucionais, o constitucionalismo passou a ser adotado como dogmática principal do judiciário brasileiro.

Dessa forma, a Constituição deixou de ter mero valor retórico e de inspiração política e passou a ter força normativa, de maneira os direitos fundamentais e os princípios previstos constitucionalmente passaram cada vez mais a serem aplicados aos casos concretos e à aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais. Essa mudança resultou no crescimento do ativismo judicial, o qual, como já mencionado, significa a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes.

Contudo, a discussão em relação a essa atuação mais expansiva se dá pelo fato dessa função não ser típica do judiciário, mesmo que, de fato, há a previsão desse poder atuar de forma atípica na supressão de omissão e lacunas legais em casos concretos. Esse exercício da jurisdição proativa e ilimitada culminou na judicialização da política, na qual a esfera judicial deixa de ser a última saída para a construção de direitos que se entendem exequíveis e passar a ser a primeira opção, não apenas para a resolução de demandas, mas também para a criação do próprio direito.

Esse cenário levou ao acúmulo insustentável das demandas judiciais, que acaba tendo que lidar com uma gama de processos que não é capaz de operar, de modo a comprometer a celeridade, eficácia e, até mesmo, a qualidade das decisões a serem tomadas. Ademais, o protagonismo do judiciário nas questões de alta relevância na sociedade, exercendo o papel que era para ser do legislativo como o centro dos debates e, principalmente, na criação do direito material acarreta em uma série de implicações lesivas ao próprio órgão, como a sua perda de credibilidade, tendo em vista que assumindo esse papel de definidor dos temas que antes eram definidos pela classe política acabam adquirindo um tom cada vez mais politizado, muitas vezes com juízes julgando, não com base na letra legal, mas sim, nas próprias convicções ideológicas.

Tal quadro deve ser visto também do ponto de vista do poder legislativo e sua importância para o alcance pleno da democracia representativa. Tendo em vista que o seu enfraquecimento também é o enfraquecimento da participação popular nas decisões centrais

do país, o que é algo a ser urgentemente debatido no país. Nesse contexto, a população a partir de um Congresso que não a representa acaba recorrendo ao judiciário e tornando esse quadro um ciclo vicioso.

Portanto, embora o ativismo judicial tenha resultado em grandes avanços do ponto de vista de materialização dos direitos fundamentais previstos na Constituição e na garantia dos direitos das minorias, que antes não se viam representadas no cenário político, tem-se claro que é preciso repensar a dinâmica atual e resgatar a regra constitucional de que as normas devem ser aplicadas por órgãos diferentes dos que as produzem, ou, pleno funcionamento da democracia representativa estará sob risco.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 127 p.

BANDEIRA, V. N. O. B. **A Separação de Poderes e o Sistema de freios e Contrapesos na Constituição Federal**. Conteúdo Jurídico, Brasília, Df, 03 março 2020. 4-7. Disponível em: (<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54283/a-separao-dos-poderes-e-o-sistema-de-freios-e-contrapesos-na-constituio-federal>) Acesso em 28 de setembro de 2020.

BARCELLOS, A. P. **Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, p. 14, 2006. Disponível em: (<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/11641-39877-1-SM.pdf>) Acesso em: 18 de junho de 2020.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 92 p.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Liberdade Democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 5, p. 25, 2012. Disponível em: (<https://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/viewFile/7433/5388) Acesso em 16 de junho de 2020.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Pensar**, Fortaleza, Vol. 8, n° 3, p. 876-879, 2013. Disponível em: (<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2813-9167-1-PB.pdf>) Acesso em 11 de setembro de 2020.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 342 p.

BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. 2 p. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 30 de junho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ementa do Habeas Corpus nº 124.036**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 09/08/2016. Disponível em: (https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&ministro_facet=ROBERTO%20BARROSO&page=1&pageSize=10&queryString=Aborto&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em: 25 de julho de 2020.

_____. **Voto do Min. Luís Roberto Barroso no HC nº 124.036/DF**. Relator Min. Marco Aurélio Melo. Julgamento em 09/08/2016. Disponível em: (<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>) Acesso em: 25 de julho de 2020.

_____. **Ementa da Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26** Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Disponível em: (https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADO%2026&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em 30 de agosto de 2020.

_____. **Voto do Min. Relator Celso de Mello na ADO nº 26/DF**. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em:

(<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 30 de agosto de 2020.

_____. **Voto do Min. Edson Fachin na ADO nº 26/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 30 de agosto de 2020.

_____. **Voto do Min. Alexandre de Moraes na ADO nº 26/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 30 de agosto de 2020.

_____. **Voto do Min. Luís Roberto Barroso na ADO nº 26/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 2 de setembro de 2020.

_____. **Voto da Min. Rosa Weber na ADO nº 26/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 2 de setembro de 2020.

_____. **Voto do Min. Luiz Fux na ADO nº 26/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 3 de setembro de 2020.

_____. **Voto da Min. Carmen Lúcia na ADO nº 26/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 3 de setembro de 2020.

_____. **Voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADO nº 26/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 5 de setembro de 2020.

_____. **Voto do Min. Gilmar Mendes na ADO nº 26/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em:

(<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 5 de setembro de 2020.

_____. **Voto do Min. Marco Aurélio na ADO nº 26/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 5 de setembro de 2020.

_____. **Voto do Min. Dias Toffoli na ADO nº 26/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Acesso em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>) Acesso em 5 de setembro de 2020.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF.** Relator: Ministro Celso de Mello. Informativo STF n. 345/2004. Disponível em: (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3451439>). Acesso em: 20 de junho de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Voto do Ministro e Relator Luís Felipe Salomão na RE nº 1183.378/DF.** Relator min. Celso de Mello. Julgamento em 13/06/2019. Disponível em: (<https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/STJRecursoEspecial1183378RS.pdf>) Acesso em: 24 de setembro de 2020.

CARVALHO, C. A. D. **Ativismo Judicial Em Crise. Jus Navigandi,** Teresina, ano 13, n. 2137, 2009. Disponível em: (<https://jus.com.br/artigos/12781/ativismo-judicial-em-crise>) . Acesso em: 21 de setembro de 2020.

CITTADINO, G. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário E Democracia. **Revista da Faculdade Direito, Rio de Janeiro,** n. 3, 2002, p. 142 Disponível em: (<https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>) Acesso em: 21 de setembro de 2020

CLEVE, C. M. **Atividade Legislativa do Poder Executivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, R. V. D. C. **Ativismo Judicial: Por uma delimitação Conceitual à Brasileira.** Direitos Culturais, Santo ângelo, p. 259, 2012. Disponível em: (<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/389/415>) Acesso em 18 de junho de 2020.

FRANCO, A. F.; FILHO, J. D. O. C. Pode o Judiciário Agir Concretamente Além dos limites de sua Competência - Ativismo Judicial e Judicialização da Política. **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, v. 12, p. 157, 2015.

GARCIA, E. Princípio da Separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e a concretização dos direitos sociais. **Revista Jurídica do Ministério Público de Goiás.**, p. 56, 2008. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/175/principio%20da%20separa%C3%A7ao%20poderes_Garcia.pdf?sequence=1) Acesso em 28 de junho de 2020.

GRANJA, C. A. O Ativismo Judicial no Brasil como Mecanismo para Concretizar Direitos Fundamentais Sociais. **RIDB**, São Paulo, p. 3467, 2014. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03463_03490.pdf) Acesso em 16 de junho de 2020.

GUEDES, M. P.; FIGUEIRA, H. L. M. John Locke e o Liberalismo Político: uma análise do direito de propriedade e da separação dos poderes em "dois tratados do governo civil. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado**, v. 4, p. 01-17, Janeiro 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/4009-13198-1-PB.pdf>) Acesso em: 26 de junho de 2020.

GUEDES, N. **Professor Canotilho e sua Constituição Dirigente**. Consultor Jurídico, p. 67, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-12/constituicao-poder-professor-canotilho-constituicao-dirigente>) Acesso em 2 de julho de 2020.

KMIEC, D. K. The Origin and Current Meaning of Judicial Activism. **California Law Review**, California, v. 92, 2004. 1446 p. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fulltext.pdf>) Acesso em: 23 de junho de 2020.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 407 p. Disponível em: <https://biblioteca.isced.ac.mz/bitstream/123456789/231/1/Direito%20Constitucional%20Esquemat%20-%20Pedro%20Lenza.pdf>) Acesso em: 15 de junho de 2020.

LOCKE, J. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes, 2003. 115 p. Disponível em: ([http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo tratado Sobre O Governo.pdf](http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo%20tratado%20Sobre%20O%20Governo.pdf)) Acesso em 25 de junho de 2020.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONSTESQUIEU, C.- L. D. S. **O Espírito das Leis**. Tradução de Crisitina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 179 p. Disponível em: ([https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis completo.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf)) Acesso em 31 de junho de 2020.

MORAES, A. D. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORGADO, C. A Nova Face de Separação dos Poderes - Capacidades Institucionais, Vinculação dos Poderes e Constitucionalismo Cooperativo. **Revista Direito Processual**, p. 79-80, 2011. Disponível em: (<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE%2C%2C>) Acesso em 25 de setembro de 2020.

NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. 356 p.

PORTILHO, J. G.; GONÇALVES, J. R.; CALDAS, P. G. B. O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal na Criminalização da Homofobia e Transfobia (ADO 26/DF). **Revista Processus de Estudos de Gestão Jurídicos e Financeiros**, p. 13, 2020. Disponível em : (<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/183-25-510-4-10-20200710.pdf>) Acesso em 9 de setembro de 2020.

QUINTANA, M. G. N.; ROSCHILDT, J. L. M. **O Ativismo Judicial Na Suprema Corte Brasileira: Uma Nálise do Habeas Corpus 124.036**. Anais do Seminário, p. 5, 2020. Disponível em: (<http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/viewFile/5809/5223>) Acesso em: 31 de agosto de 2020.

RAMOS, E. D. S. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. 110 p.

RUIVO, F. **Aparelho Judicial, Estado e Legitimação**. São Paulo: Atlas, 1997.

SARMENTO, D. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 116 p.

SILVA, J. A. D. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 109 p. Disponível em: (<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3239/jos-afonso-da-silva-curso-de-direito-constitucional.pdf>) Acesso em: 27 de maio de 2020.

STRECK, L. L. **A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em "Terra Brasilis"**. Sequência, p. 86, 2014. Disponível em: ([file:///C:/Users/Usuario/Downloads/35975-121547-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/35975-121547-1-PB%20(1).pdf)) Acesso em 30 de junho de 2020.

_____. **Ativismo Judicial Não É Bom Para A Democracia**. Consultor Jurídico. 2009. Entrevista concedida a Aline Pinheiro. Disponível em: (<https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>) Acesso em 20 de setembro de 2020.

TASSINARI, C. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites de Atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Disponível em: (<https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=4EhWDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=clarissa+tassinari+ativismo+judicial&ots=jWTjESx&sig=kjja2hFpbqRIfXeb3b5UealgQWyAg#v=onepage&q=clarissa%20tassinari%20ativismo%20judicial&f=false>) Acesso em: 21 de junho de 2020.

TEIXEIRA, A. **Ativismo Judicial: Nos limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política**. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 38, 2012. Disponível em: (<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>) Acesso em: 23 de junho de 2020

TESHEINER, J. M. R. **Juiz Bouche de la loi - Em Defesa de Montesquieu**. **Revista Páginas de Direito**, p. 1, 2008. Disponível em: (<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/64-artigos-jun-2008/5975-juiz-bouche-de-la-loi--em-defesa-de-montesquieu>) Acesso em: 22 de setembro de 2020.

TRINDADE, A. K.; MORAIS, F. S. D. Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, p. 142, 2011. Disponível em: (<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/30764/19872>) Acesso em: 27 de junho de 2020.

VALLE, V. R. L. D. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. 22 p.