



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

GIOVANNA ALICE DANTAS BARBOSA

**DECISÕES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ATIVISMO JUDICIAL E A
RELEITURA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO CONTEXTO BRASILEIRO
ATUAL**

**JOÃO PESSOA
2019**

GIOVANNA ALICE DANTAS BARBOSA

DECISÕES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ATIVISMO JUDICIAL E A
RELEITURA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO CONTEXTO BRASILEIRO
ATUAL

Trabalho de conclusão de curso de pós graduação apresentado ao programa de pós graduação em prática judicante da Universidade Estadual da Paraíba em parceria com a Escola Superior de Magistratura como requisito parcial a obtenção do título de especialista.

Orientador: Me. Hugo Gomes Zaher

JOÃO PESSOA
2019

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

B238d Barbosa, Giovanna Alice Dantas.
Decisões nos tribunais superiores [manuscrito] : ativismo judicial e a releitura da tripartição dos poderes no contexto brasileiro atual / Giovanna Alice Dantas Barbosa. - 2019.
58 p.
Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa , 2019.
"Orientação : Prof. Me. Hugo Gomes Zaher , Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa ."
1. Separação dos poderes. 2. Inércia. 3. Direitos fundamentais. 4. Ativismo judicial. 5. Arbitrariedades. I. Título
21. ed. CDD 347.014

GIOVANNA ALICE DANTAS BARBOSA


DECISÕES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: ATIVISMO JUDICIAL E A
RELEITURA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO CONTEXTO BRASILEIRO
ATUAL

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós Graduação apresentado ao programa de pós graduação em prática judicante da Universidade Estadual da Paraíba em parceria com a Escola Superior de Magistratura como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em prática judicante.

Data da avaliação: 02/5/19

Nota: 10


BANCA EXAMINADORA:



Prof. Me. Hugo Gomes Zaher (Orientador)



Prof. Me. Francisco Leite Duarte (Examinador)



Profa. Ma. Ana Angélica Moreira Ribeiro Lima (Examinadora)

AGRADECIMENTOS

Como dizia Antístenes, filósofo grego considerado o fundador da filosofia cínica, “A gratidão é a memória do coração”. Dessa forma, chegada a hora de realizar mais um sonho, não se pode olvidar de agradecer àqueles que acompanharam e contribuíram para que o caminho árduo fosse ultrapassado e a conquista fosse alcançada.

Agradeço ao meu Pai lá de cima, que sempre guiou meus passos e iluminou minha mente em todos os momentos, como também aos meus pais aqui na terra, por terem me ensinado a ser forte, sem perder a doçura, e acreditar que com luta podemos chegar onde desejamos. Pai, você é meu exemplo de profissional, sempre justo e ético, me fez querer seguir os seus passos, e um dia quero ser tão boa no que faço quanto você. Mãe, obrigada por todo carinho, preocupação e dedicação, e por me preencher com seu afeto.

Agradeço ainda à minha única irmã, Gabrielle, aos meus amigos e namorado por todo o incentivo e colaboração. Aos meus professores que foram fundamentais na minha construção acadêmica, em especial ao meu orientador Prof. Hugo Zaher, que abraçou esta orientação e, com muita responsabilidade, paciência e dedicação, acompanhou a construção deste trabalho.

Finalizo com a certeza de que o futuro dependerá só daquilo que venho construindo no presente e com o desejo de alcançar tudo que almejo.

RESUMO

O presente estudo tem como foco travar uma discussão acerca do o instituto do ativismo judicial diante da reiterada atuação incisiva por parte do Judiciário brasileiro em questões de cunho político. O interesse na abordagem do tema que ora se discute está justamente na contemporaneidade da temática, visto a reiterada inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, impedindo a efetividade dos direitos fundamentais. Desse modo, esse trabalho tem como objetivo principal analisar o fenômeno do ativismo judicial, dando ênfase as decisões proferidas por ministros das altas Cortes, destacando as benesses que a sociedade pode auferir através dessa atuação, bem como as problemáticas trazidas com a excessiva judicialização das relações políticas e sociais. Para isso, realizam-se algumas considerações do histórico do constitucionalismo e sua evolução, destacando a influência do neopositivismo no surgimento desse instituto. Em seguida, busca-se explicar a ascensão do Poder Judiciário e sua competência para tornar efetivos os preceitos constitucionais, diante da releitura da separação dos poderes no contexto brasileiro atual, ressaltando a atividade criativa dos magistrados ao proferir decisões pautadas no livre convencimento motivado e os fundamentos doutrinários que dão respaldo a esta postura ativista dos julgadores. Nesse viés, evidencia-se a problemática da usurpação das competências do demais poderes quando da prolação de decisões ativistas, questionando se a referida atuação causaria afronta a ordem democrática e ao Princípio da Separação dos Poderes, momento em que se destaca alguns exemplos de decisões ativistas, monocráticas e colegiadas, no âmbito da Suprema Corte. Por fim, o último ponto tratado na presente pesquisa recaí sobre e as críticas relacionadas ao instituto, principalmente em relação as arbitrariedades cometidas e a ausência de limites na atuação jurisdicional, apresentando as consequências provenientes dessa atuação, desde as mais óbvias e imediatas, até as mais complexas. Desse modo, tal estudo será pautado por questões relativas ao direito constitucional, sendo de cunho essencialmente teórico e qualitativo, utilizando-se o método dedutivo para descrever e explorar o tema em apreço.

Palavras-chaves: Separação dos Poderes. Inércia. Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial. Arbitrariedades.

ABSTRACT

The present study focuses on a discussion about the Institute of judicial activism in the face of repeated incisive action by the Brazilian Judiciary on issues of political nature. The interest in approaching the subject discussed here is precisely the contemporaneousness of it, given the repeated inertia of the Legislative and Executive Powers, threatening the effectiveness of fundamental rights. Thus, this work has as primary objective to analyze the phenomenon of judicial activism, emphasizing the decisions made by ministers of the High Courts, presenting the benefits that society can obtain through this action, as well as the problems brought with the excessive judicialization of political and social relations. For this, some considerations on the history of the constitutionalism and its evolution are realized, emphasizing the influence of the neopositivism in the appearance of this institute. Next, it seeks to explain the rise of the Judiciary and its competence to make constitutional precepts effective, in view of the re-reading of the separation of powers in the current Brazilian context, highlighting the creative activity of magistrates in dictating decisions based on free motivated conviction and doctrinal foundations that support those activist positions of the judges. In this bias, displays the issue involving the usurpation on the competence of other Powers when those activist decisions are made, questioning whether such action would be an affront to the democratic order and the Principle Of Separation Of Powers, at which we show some examples of activist, monocratic and collegiate decisions, within the scope of the Supreme Court. Finally, the last point dealt in this present research is the criticism related to the institute, especially related to the arbitrariness and the absence of limits in the jurisdictional act, presenting the consequences of this action, from the most obvious and immediate, to the most complex one. Thus, this study will be guided by issues related to constitutional law, being essentially theoretical and qualitative, using the deductive method to describe and explore the topic in question.

Keywords: Separation of Powers. Inertia. Fundamental Rights. Judicial activism. Arbitrariness.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	11
2.1	Evolução constitucional e o protagonismo do Poder Judiciário	11
2.2	Constitucionalismo democrático e pós-positivismo: Construção do modelo ativista	14
2.3	Ativismo judicial e a influência do modelo norte-americano	16
3	ATIVISMO JUDICIAL	19
3.1	Decisão judicial e argumentação: Legitimidade das razões	19
3.2	O poder dos juízes: Atuação política e atividade criativa	21
3.2.1	A influência de fatores externos nas ações do intérprete	24
3.2.2	Interpretação judicial como elemento de alteração constitucional	25
3.3	Ativismo judicial: Conceito	27
4	ATIVISMO JUDICIAL E MANUTENÇÃO X AMEAÇA À ORDEM DEMOCRÁTICA	31
4.1	Ativismo judicial e o Princípio da Separação dos Poderes	31
4.1.1	A Tripartição dos Poderes: Breve evolução e sua aplicação no Ordenamento Brasileiro	31
4.1.2	Ascensão do Judiciário e afronta a ordem democrática	35
4.2	A justiça da decisão judicial: Aspectos favoráveis e críticas ao ativismo judicial	39
4.3	Decisões ativistas e seus efeitos	42
4.3.1	“Efeito backlash”	46
4.4	Combate ao discricionarismo judicial	47
5	CONCLUSÃO	51
	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O debate envolvendo a postura ativa do Poder Judiciário como instrumento solucionador da inércia do poder público em adotar políticas que atendam as reais necessidades da população tem causado polêmica no contexto jurídico atual. A omissão dos Poderes Legislativo e Executivo gera diversos entraves ao exercício dos direitos fundamentais, não havendo saída senão requerê-los judicialmente.

De fato, é impossível que o legislador preveja todas as situações que poderão existir, deixando muitas vezes lacunas que inviabilizam que os direitos elencados na Constituição cheguem a todos. Ademais, por vezes, os administradores não conseguem garantir aos brasileiros a efetividade das políticas públicas consagradas na Carta Constitucional.

Entretanto, tais argumentos não podem ser vistos como desculpas para a ineficácia da aplicação dos direitos fundamentais, ao contrário, deve-se combater o que a doutrina chama de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”. Dessa forma, vácuo perpetrado pela inação dos demais Poderes, faz com que o Judiciário passe a receber tal encargo, ocupando um protagonismo, demasiado, nos dias de hoje.

O que vem acontecendo é que indagações de cunho social e político não recebem a devida atenção pelos demais poderes, verdadeiramente competentes para saná-los. Dessa forma, e atrelado a descrença por parte da população na credibilidade dos representantes do povo, o judiciário aparece como único solucionador desses quesitos.

Apesar do juiz não poder governar, este deve evitar o desgoverno, agindo eficazmente diante da ausência de exercício de preceitos constitucionais garantidos aos cidadãos, pois a ele cabe colmatar lacunas legais para aplicar o direito aos casos concretos, na forma dos artigos 140 do Código de Processo Civil e 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não podendo se eximir de decidir sob alegação de ausência ou obscuridade legal.

Destaca-se que em cada período histórico um dos poderes supramencionados ganhava destaque e, em meio à evolução constitucional e o neopositivismo, essa atenção passou a ser do Poder Judiciário que se vê às voltas com a necessidade de decidir situações que antes não eram objeto de Judicialização.

A Constituição Federal delimita em seu texto as atribuições e competências de cada órgão dos três poderes, ressaltando suas funções típicas e as que atipicamente podem exercer sem que acumulem excessivas prerrogativas, invadindo a esfera de competência dos demais.

Desse modo, a concentração de competências em sede de um só corpo coletivo ou de uma pessoa não seria compatível com um Estado Democrático de Direito, daí a imprescindibilidade do Princípio da Separação dos Poderes. Dada tal importância, o legislador originário erigiu ao citado princípio status de cláusula pétrea, conforme previsão do art. 60, §4º, III da Constituição Federal. Em sendo assim, os referidos poderes devem preservar a harmonia entre si, de forma a manter intacto os preceitos do Estado moderno.

Nesse diapasão, discute-se sobre a hipótese dessa prática de maior atuação do Poder Judiciário extrapolar os limites de atribuição previstos constitucionalmente, chegando a ferir a harmonia ditada entre os três poderes (art. 2º da CF), além da própria democracia.

Muitos estudiosos do direito alegam a problemática do poder Judiciário não ser legitimado democraticamente, já que seus membros não são escolhidos pelo voto popular, mas por concursos públicos. Desse modo, afirmam que o ativismo gera uma certa crise institucional, principalmente quando se está diante de decisões arbitrárias e que privilegiam interesses pessoais.

O que não se pode confundir, no entanto, é a simples judicialização de tais questões com o ativismo judicial. Enquanto o primeiro decorre do próprio contexto fático atual, o segundo implica no agir além do que dispõe as normas legais, os juízes e tribunais pautando-se nos princípios éticos e políticos estabelecidos na própria Lei Maior fundamentam seus entendimentos, dando azo ao demasiado voluntarismo.

Ademais, a limitação dessa prática deixa a desejar em diversos aspectos, pois o magistrado pode decidir através de seu convencimento motivado. Dessa forma, a fundamentação ganha papel de destaque, sendo o momento oportuno para que os juízes e tribunais profiram decisões que fogem da imparcialidade esperada pelos julgadores, precipuamente em meio as Cortes Superiores.

Surge então o embate da interpretação judicial neoconstitucional e seu caráter modificativo. Como sabido, o magistrado deixou de ser considerado mero aplicador da lei, o direito não se restringe mais a subsunção da norma ao caso concreto, visto a impossibilidade de previsão do pluralismo dinâmico das relações sociais.

Nesse contexto, os julgadores assumem um papel mais ativo, e porque não dizer criativo, pautados muito mais pela interpretação das normas e pela ponderação entre princípios. Essa amplitude dada ao julgador quando da aplicação da norma jurídica gera enorme empasse na doutrina, pois as mudanças repentinas de entendimento e o aparecimento frequente de mutações constitucionais afrontam diretamente à segurança jurídica.

Assim, vem à tona diversos questionamentos sobre a temática, tais como: A reiteração da prática ativista no judiciário pode vir a comprometer a permanência harmônica dos três poderes? Quais fundamentos dão respaldo à atuação ativista dos magistrados e qual limitação parece necessária a esse instituto? As decisões monocráticas nos Tribunais refletem um ativismo judicial arbitrário?

Nesse aspecto, o presente trabalho tem o condão de estudar o ativismo judicial e sua imprescindibilidade na garantia do exercício dos direitos individuais e coletivos, e, ao mesmo tempo, analisar o risco à permanência harmônica dos três poderes com o seu avanço, principalmente no que concerne as decisões proferidas em Órgãos Colegiados Superiores.

Para isso, no primeiro capítulo traz-se uma breve revisão histórica acerca do instituto, partindo-se de uma análise das modificações políticas e sociais havidas com o surgimento do constitucionalismo e sua evolução. Além disso, a presente pesquisa busca destacar a repercussão do modelo norte-americano na atuação ativista desenvolvida nos tribunais brasileiros.

Logo após, no segundo capítulo, busca-se entender a influência do neoconstitucionalismo e da nova hermenêutica jurídica como elementos propulsores da criatividade do intérprete quando da aplicação dos dispositivos normativos. Ademais, analisará a consequência da livre argumentação no subjetivismo presente nas decisões judiciais.

Ao final, partindo-se ao real intuito deste trabalho científico, far-se-á a distinção entre a mera judicialização e o ativismo judicial, analisando os benefícios trazidos pela atuação ativa dos julgadores, contrapondo-se com a ausência de limitação na discricionariedade que lhes é atribuída, identificando a insegurança jurídica e discussões acerca de sua legalidade como consequências.

Nesse viés, esta análise será pautada por questões relativas ao direito constitucional, além destacar os aspectos sociais que serão de grande relevância para o desenvolvimento do tema exposto. Sendo assim, em função dos seus objetivos,

esse estudo pode ser classificado como descritivo, na medida que descreverá e esclarecerá o fenômeno observado, e exploratória, vez que objetiva aprimorar essa visão, ganhando maior familiaridade com o tema, através de um estudo pautado por teorias doutrinárias e utilização de exemplos práticos para elucidar as hipóteses.

Quanto ao processo de investigação, ou seja, quais caminhos serão utilizados na pesquisa realizada, cumpre destacar, mormente, que esta se iniciará por conceitos genéricos a respeito do tema, partindo-se de uma ideia central já pré-estabelecida pela sociedade sobre seu conceito para, posteriormente, adentrar no caso específico, relatando, inclusive, suas problemáticas e questionando sua aplicabilidade.

Quanto a ciência, a pesquisa se classifica como teórica, dedicada em estudar diversas teorias e vertentes sobre a temática. No que se refere a sua natureza metodológica, por sua vez, a pesquisa pode ser considerada qualitativa, visto que busca aprofundar a percepção do tema a partir dos aspectos e ações da realidade que não podem ser quantificados.

Outrossim, esse projeto busca investigar o caráter inovador do ativismo judicial, utilizando-se de pesquisa de natureza bibliográfica, que consiste na busca de referências publicadas, analisando e discutindo as contribuições culturais e científicas do instituto. Atrelado a isso, far-se-á estudo de caso, na medida que será feita análises de decisões das Cortes Superiores, objetivando investigar a ausência de limites e seus contornos na aplicação do ativismo judicial, bem como descrever a situação do contexto em que se faz tal investigação.

Por fim destaca-se que, por se tratar de tema já abordado, não sendo, por isso, inédito, serão analisados estudos doutrinários e jurídicos relacionados a problemática, explorando casos concretos que utilizaram o ativismo como meio para o exercício de arbitrariedades e garantia de interesses particulares.

2 A EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Para iniciarmos o presente estudo, de fundamental importância é que se tenha uma visão acerca da evolução pela qual passou o instituto do ativismo judicial, como desencadeou-se tal protagonismo do Poder Judiciário e como este vem se desenvolvendo na contemporaneidade.

Dessa forma, neste primeiro capítulo será realizada uma breve revisão histórica do ativismo judicial, partindo-se de uma análise das modificações sociais e evolução constitucional, bem como, destacando-se a influência e repercussão do modelo americano na atuação ativista desenvolvida nos tribunais brasileiros.

2.1 Evolução constitucional e o protagonismo do Poder Judiciário

Há vasta discussão acerca de quando se deu o surgimento do ativismo judicial e a partir de quando esse fenômeno recebeu essa nomenclatura. A maioria dos doutrinadores remete sua aparição em 1803, nos Estados Unidos da América, por ocasião do empossamento de William Marbury como juiz de paz. Entretanto, afirma-se que a primeira vez que se falou no termo ativismo foi em 1947, também nos EUA, pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., em um artigo direcionado a comentar as linhas de atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos na época do “New Deal” (CAMPOS, 2013).

Desde então, o tema começou a repercutir de forma considerável, a ideia de maior interferência do Poder Judiciário na vida institucional ganhou destaque com o passar do tempo e, desde então, esse fenômeno tomou acepções diferentes por todo o mundo.

Nesse viés, é de extrema importância que se esclareçam as mudanças ocorridas ao longo dos séculos e sua interferência direta no modelo constitucional vigente, bem como, na aplicação do Direito.

Inicialmente, como é sabido, cada regime político representa um momento histórico diverso, em que cada um dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – ganhava destaque, assim, far-se-á um breve estudo da evolução dos Estados até entendermos como se deu o citado protagonismo do Poder Judiciário.

A criação do Estado Moderno deu-se em meio as ruínas do feudalismo e no fim da Idade Média. Nesse período o absolutismo era dominante, o poder ficava concentrado nas mãos do soberano e era ilimitado, já que era fruto da vontade de

Deus. Predominava-se a herança comum do direito romano, ainda não reunidos em diplomas legislativos sistemáticos, ou seja, a prática do direito era fundada no jusnaturalismo clássico, fundamentado na existência de um direito natural independente de qualquer direito positivo (MORAIS, 2011).

Diante do exacerbado arbítrio real e a evolução do pensamento humanista, sustentado pelo espírito revolucionário da época, houve o declínio do Estado Absolutista. Tal fenômeno foi decorrente de uma nova emolduração na ordem mundial, resultado de eventos históricos de grande importância, dando azo ao surgimento do Estado Liberal (MORAIS, 2011).

O homem buscava espaço para se desenvolver, liberdade para viver e produzir; a Revolução Industrial (1760- 1860) conclamava-o para a mercancia, assim, o Estado deveria intervir minimamente nas relações sociais. Dessa forma, a Revolução Francesa, em 1789, foi apontada como ponta pé inicial da predominância do ideário liberal e seu respectivo modelo de Estado, já que ela formatou as linhas mestras da política e da ideologia do século XIX (HOBSBAWN, 1979, p. 71).

Foi em meio ao liberalismo que se constatou a consolidação dos ideais constitucionais e sua codificação. No início do século XIX, os direitos naturais haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivo; desse modo, o jusnaturalismo atingia sua vitória no momento mesmo em que exauria sua função, daí o positivismo jurídico ascendeu e o Poder legislativo ganhava destaque em relação aos demais (BARROSO, 2013).

Destarte, o positivismo tornou-se a filosofia dos juristas, o Direito era a norma, o ato emanado pelo Estado com caráter imperativo, devendo-se fundar apenas em juízo de fato, ademais, no âmbito metodológico, destacava-se a neutralidade do magistrado perante a lei. Assim, nas palavras de Norberto Bobbio (1995, p.135):

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto em questão são os subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade.

Nesse mesmo contexto, no início do século XX, o liberalismo declina, a forte concentração de capital, atrelada aos efeitos da Primeira Guerra Mundial (1914-1919) e a crise econômica de 1929, abalaram as estruturas político-econômicas vigentes até então. Dessa forma, surgiu a necessidade da maior intervenção estatal na ordem

social e econômica, o que levou a adesão de propostas alternativas, dando margem à passagem para um modelo de Estado do Bem-Estar Social (MORAES, 2014).

O Estado, então, passa a ter que interferir na esfera individual e privada das pessoas, torna-se instrumento da sociedade para o combate das injustiças sociais e deve garantir os direitos através da prestação de serviços e políticas públicas para a população. Outrossim, sob a égide do constitucionalismo de cunho social, o poder de maior destaque foi o executivo eis sua necessária atuação para consecução de tais políticas (MORAIS, 2011).

Todavia, no final do século XX, o *welfare state*, estava sendo alvo de diversas críticas, já que não conseguia mais atingir sua eficiência, deixando a desejar tanto na prestação de serviços públicos, como na sua função de gerar e distribuir riquezas.

De outra senda, na seara da aplicação do Direito, ficou evidente que o ideal positivista, pautando a ação dos magistrados apenas na norma legal era insuscetível de se realizar, a mera tradução da legislação junto a sua aplicação de forma mecânica, através de uma subsunção, não alcançaria, fatidicamente, todas as situações do mundo concreto (BARROSO, 2013).

Atrelado a isso, a derrota do fascismo na Itália e nazismo na Alemanha foi associada à superação do positivismo, isso porque esses movimentos políticos e militares, que causaram a barbárie, tinham como justificativa a legalidade vigente. Dessa forma, passou-se a entender que o ordenamento jurídico não podia ser pautado apenas na norma formal, devendo ser sujeita a valores éticos e morais, preservando a dignidade da pessoa humana a qualquer custo (BARROSO, 2013).

Nesse diapasão, o fim da Segunda Guerra Mundial, período de ascensão do Estado social, marcou a decadência do positivismo jurídico, tendendo para a realização e a concretização de valores e princípios por meio do Direito posto pelo Estado.

Assim, o direito passa a construir um conjunto de juízos de valor acerca de uma determinada realidade, além de superar a vetusta dicotomia positivismo/jusnaturalismo para tornar o Direito mais flexível, mais humano, mais justo, tencionado a suprimir quaisquer possibilidades de validar ordens jurídicas ofensivas aos valores humanos.

O marco histórico do novo direito constitucional mundial foi o período pós-guerra, já no fim do século XX, engajado por uma redemocratização constitucional, aproximou tais conceitos, e produziu uma nova forma de organização política, qual

seja o Estado Democrático de Direito. A partir disso, a validade das leis já não era pautada apenas na forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de suas disposições com as normas constitucionais (BARROSO, 2013).

No Brasil, por sua vez, tal marco foi a Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, que pôs o fim definitivo aos governos autoritários, através de uma reconstitucionalização que promoveu sua travessia para um Estado Constitucional de Direito com políticas neoliberais.

Esse retorno de valores ganhou uma roupagem mais sofisticada; a ética estava cada vez mais próxima do direito e o modelo antigo que os afastava não mais correspondia ao estágio civilizatório e as ambições da sociedade moderna. Assim, o pós-positivismo inicia sua trajetória, preservando os ideais morais da Constituição sem desprezar o direito posto, ensejando o papel criativo da jurisprudência (BARROSO, 2013).

Dessa maneira, os holofotes se voltaram para o Poder Judiciário, já que a influência do neopositivismo e do movimento neoconstitucional gerou efetivas transformações na ciência do Direito, em especial nas decisões judiciais. A ideia de que o magistrado era mero aplicador da norma caiu por terra, o direito não se restringe mais a subsunção da lei ao caso concreto, visto a impossibilidade de previsão do pluralismo dinâmico das relações sociais, assumindo os julgadores um papel mais ativo, pautados muito mais pela interpretação das normas e pela ponderação entre princípios.

2.2 Constitucionalismo democrático e pós-positivismo: Construção do modelo ativista

Como já exposto, o período pós-guerra impulsionou o novo movimento constitucional, redefinindo o lugar da Lei Maior e aproximando as ideias de constitucionalismo e democracia. No Brasil, marcou-se a travessia de um governo autoritário e intolerante, para um Estado pautado nos valores fundamentais.

Em meio a um Estado Democrático de Direito é clara a necessidade de uma corrente epistemológico-jurídica que evidenciasse a força normativa da Constituição, capaz de encarar e interpretar o direito, na busca de um processo legítimo, eficaz e apto à efetiva tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos (RAMOS, 2010).

Assim, conforme elucida Flávio Tartuce (2018, p.21):

[...] não se pode ter um apego total à lei, sob pena de se cair nas raias do mais puro legalismo. Deve-se ter em mente que não vivemos sob o império do Estado de Legalidade, mas do Estado de Direito. Em suma, a conclusão é que a lei não é o teto para as interpretações jurídicas, mas o seu piso mínimo. De outra forma, pode-se dizer que a lei não é a chegada, mas o ponto de partida do Direito.

Nesse aspecto, o pós-positivismo se firma ainda mais, as leis já não aparecem como a única fonte normativa, há uma distinção qualitativa entre princípios e regras e os primeiros passam a ser autênticos elementos de concretização jurisdicional, ganhando centralidade no ordenamento pátrio. (BARROSO, 2013).

Dessa forma, a consolidação do constitucionalismo democrático, a expansão da jurisdição constitucional e a estabilidade do pós-positivismo provocaram um impacto na hermenêutica jurídica, que fez modificar totalmente o papel da norma e do próprio intérprete, abraçando o desenvolvimento dos princípios instrumentais adequados à interpretação da Constituição e enaltecendo a ponderação como nova técnica de interpretação (RAMOS, 2015).

Dito isto, essa nova concepção promoveu uma reconstrução na Ciência do Direito ao defender o caráter normativo dos princípios, implícitos ou explícitos, espalhados na Constituição Federal, além de promover sua aplicação aos casos concretos (BARROSO, 2013). Assim, o sistema jurídico passa a adotar o subjetivismo das decisões judiciais, permitindo a construção das normas constitucionais ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores (RAMOS, 2015).

Desse modo, aparece o ativismo judicial como manifestação do pós-positivismo, já que implica, justamente, no fato do juiz agir além do que dispõem as normas legais, pautado nos princípios éticos e políticos estabelecidos na própria Lei Maior, no sentido que considera mais adequado.

Tal atitude veio ganhando forma diante da necessidade de controlar a atividade dos demais poderes, excessos e, principalmente, omissões, visto que o vácuo perpetrado pela inação dos demais Poderes, gera ao Judiciário o encargo de efetivar os direitos constitucionais por meio de suas decisões.

É inegável que o Direito é uma realidade dinâmica e, por isso, devido a incessante mutabilidade social, é impossível que o legislador preveja todas as situações que poderão existir, deixando muitas vezes lacunas que inviabilizam que os direitos elencados na Constituição cheguem a todos os cidadãos brasileiros.

Dessa forma, conforme preleciona Maria Helena Diniz (2002, p.115), “o Direito é sempre lacunoso, mas é também, ao mesmo tempo, sem lacunas”, assim, entende-se que essas lacunas não são do Direito, mas, na essência, da lei, omissa em alguns casos. Entretanto, esse argumento não pode ser visto como justificativa para o “desgoverno”, daí defende-se a atuação demasiada do Judiciário, que será melhor esboçada no próximo capítulo.

2.3 Ativismo judicial e a influência do modelo norte-americano

Como é sabido, os Estados Unidos sempre foram um dos principais palcos de marcos históricos; no caso em apreço, representaram o berço das discussões em torno do papel dos juízes na aplicação do direito, sem falar em seu pioneirismo no uso do termo “ativismo judicial”, assim, é onde se encontram as melhores contribuições teóricas sobre o tema.

Nesse diapasão, é de fundamental importância o estudo do debate norte-americano e sua influência para a criação do ativismo judicial tal como conhecemos hoje, principalmente no contexto contemporâneo nacional.

Conforme supracitado, a doutrina reconhece que o historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. foi o primeiro a fazer uso público do termo “ativismo judicial” em janeiro de 1947, em um artigo que tratava das divisões ideológicas entre os membros da Suprema Corte de sua época, dividindo os Ministros entre “ativistas judiciais” e campeões da “autocontenção” (FELLET; PAULA; NOVELINO, 2011, p. 369).

Primordialmente, convém afirmar categoricamente que diversas decisões já tinham cunho ativista antes mesmo de sua origem terminológica, causando transformações no perfil da Suprema Corte, bem como, na própria sociedade norte-americana, marcando o que se convencionou chamar de ativismo pré-histórico (CAMPOS, 2013).

A prática da “judicial review” (declaração de inconstitucionalidade das leis) foi vista como a postura ativista da época, sendo atribuída a Marshall o início do controle de constitucionalidade das leis do parlamento, no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803 (OLIVEIRA JUNIOR; RAMOS, 2014).

De fato, a Constituição norte -americana nunca atribuiu à Suprema Corte o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis criadas pelo Parlamento. Porém, a decisão do citado *leading case* afirmou juridicamente sua competência para o controle

de constitucionalidade, no momento em que assegurou, politicamente, uma nova e importante esfera de poder. Ademais, tal caso representou o caráter multidimensional das decisões ativistas, demonstrando que o ativismo tem várias facetas além da puramente legal (OLIVEIRA JUNIOR; RAMOS, 2014).

Outrossim, a lógica usada por Marshall de que a Constituição é a Lei suprema, imodificável por meios ordinários prevalece até os dias de hoje. Entretanto, usando esse mesmo entendimento, proferiu-se a decisão mais infame de toda a história da Corte norte-americana, no caso *Dread Scott v. Sandford*, afirmando o status constitucional da escravidão.

Nesse diapasão, pode-se notar o caráter muitas vezes político e ideológico das decisões ativistas, que influenciam diretamente na formação da sociedade e vêm se apresentando de maneira cada vez mais enfática na contemporaneidade, principalmente, quando se trata de decisões monocráticas, objeto do presente estudo.

O poder de argumentar e a interpretação criativa e expansiva da Constituição caracterizam o que Schlesinger convencionou chamar de ativismo judicial. Segundo o autor estadunidense, tal termo se contrapunha à autorrestrrição, os juízes ativistas substituiriam a vontade do legislador pela própria buscando a promoção das liberdade e direitos das minorias (OLIVEIRA JUNIOR; RAMOS, 2014).

Em sentido oposto, os que defendiam a autorrestrrição afirmavam a submissão do Judiciário à vontade do legislador, não cabendo a tal Poder o papel inovador, sendo esta tarefa atribuída apenas ao legislador e ao governo, não podendo ser usurpada

Desse modo, Schlesinger deduziu que tais diferenças representavam em um verdadeiro conflito fundamental sobre a própria função do judiciário em uma democracia. Todavia, é preciso ressaltar que, bem ou mal, para se apresentar, o ativismo judicial pressupõe, ao menos, a existência de uma sociedade democrática (LAGO, 2010).

De outra senda, destaca-se ainda, a grosso modo, que apesar da grande repercussão do ativismo judicial norte-americano no modelo brasileiro, eles apresentam uma distinção fundamental quanto a sua criação.

Isso porque enquanto nos Estados Unidos o caráter sintético da Constituição e o sistema de eleição majoritário ensejaram uma postura ativista tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário, no Brasil, o sistema de eleição proporcional e o caráter analítico da Constituição têm levado a um passivismo legislativo e, em

consequência, a um ativismo judicial visando concretizar os direitos fundamentais (LAGO, 2010).

Nesse aspecto, entende-se que apesar do Brasil possuir o Direito acostado no predomínio da lei, o vácuo perpetrado pela inação dos demais Poderes, faz com que o Judiciário tenha o encargo de efetivar os direitos constitucionais por meio de suas decisões.

Sendo assim, o sistema do *judicial review* inspirou, de forma latente, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no Brasil e, mesmo este possuindo um sistema diferenciado do norte americano, onde se figura o *common law*, insiste em acentuar o papel da jurisdição, adotando, de certo modo, o modelo de destaque às jurisprudências e aos precedentes judiciais (LAGO, 2010).

3 ATIVISMO JUDICIAL

Passado o estudo acerca do surgimento do ativismo judicial, o presente capítulo será destinado a análise da moderna hermenêutica jurídica, com destaque no estudo da argumentação, sendo este o principal instrumento do subjetivismo presente nas decisões judiciais.

A partir desses elementos, ficará mais simples conceituar o ativismo judicial da atualidade e entender a importância do papel criativo do intérprete na aplicação das normas jurídicas.

3.1 Decisão judicial e argumentação: Legitimidade das razões

Nas palavras de Nagibe de Melo Jorge Neto (2017, p. 27), sob o ponto de vista do Direito Processual, “a decisão judicial pode ser definida simplesmente como a decisão que os juízes ou outros órgãos do Poder Judiciário tomam no curso de um processo judicial, civil ou penal”.

Nesse aspecto, apesar do conceito acima ter cunho genérico, pode-se afirmar que, anteriormente, a decisão judicial se apresentava de forma diversa da vertente atual, refazendo-se totalmente com a chegada do pós-positivismo e sofrendo várias modificações em razão da difusão do papel criativo do julgador.

De proêmio, convém destacar que a instauração do Estado de Direito proporcionou uma mudança essencial quanto a justificativa do poder que comanda a sociedade, passando a ser entendido como fruto da vontade dos indivíduos, retirando o seu caráter divino (CORDEIRO;GOMES, 2014).

Dessa forma, abandona-se o jusnaturalismo e, portanto, as decisões judiciais não seriam mais pautadas em conceitos éticos, divinos e morais. Ademais, o advento do Estado de Direito e a adoção do positivismo jurídico exigem que as decisões dos órgãos públicos sejam fundamentadas (CORDEIRO;GOMES, 2014).

Apesar disso, durante a ascensão do positivismo jurídico, a decisão judicial era realizada apenas através da aplicação da norma mediante operações de subsunção ao caso concreto, em que o aplicador do direito se limitaria a enquadrar os fatos, premissa menor, aos textos normativos correspondentes, premissa maior, de forma mecânica e dedutiva (RAMOS, 2010).

Sob a dogmática do positivismo, tinha-se a preponderância das fontes estatais e, em meio a tripartição dos poderes, o legislativo predominava de tal modo que a atuação dos juristas deveria ser exercida da forma mais neutra possível, destarte, aos magistrados cabia apenas aplicar, cegamente, as palavras da lei.

De toda sorte, com o passar do tempo, ficou clarividente que o legislador não era capaz de traduzir na legislação todas as situações fáticas que, porventura, poderiam surgir, assim sendo, os magistrados foram liberados, e de certa forma até obrigados, a buscar uma solução também naquelas situações de obscuridade ou de lacuna legislativa, não podendo se eximir de tal encargo.

Todavia, os julgadores ainda não detinham o poder de criar o direito, já que, estando ausente a vontade real do legislador, deveriam aferir sua vontade presumida. Essa ideia, então, perdurou por algum tempo, até cair por terra diante das críticas à tese da subsunção automática, referendadas, principalmente, pelo próprio “pai do positivismo”, Hans Kelsen (RAMOS, 2010).

Desse modo, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o formato da decisão judicial começou a ser alterado, reduzir o processo decisório à construção silogística não era mais uma opção, visto os múltiplos fatores que norteiam a adequada aplicação do Direito ao caso concreto, dando aso a aplicação de operações mais sofisticadas do que a mera subsunção.

Por conseguinte, a argumentação tornou-se a principal chave do julgador, a motivação ou fundamentação teria o condão de legitimar a realização do direito pelo juiz, sendo essencial para exposição das suas razões de decidir (ALVES JUNIOR, 2015). Assim, o magistrado passa a utilizar a técnica argumentativa como meio de persuadir os receptores do provimento judicial, justificando que o seu entendimento é o mais apropriado ao caso concreto.

Nesse sentido, afirma Margarida Maria Lacombe Camargo (2011, p. 8):

A compreensão requerida pelo direito poderá ser realizada e apresentada concretamente, mediante o recurso técnico da argumentação, enquanto a argumentação, como instância dialógica, permite o exercício da liberdade, do confronto e do amadurecimento de idéias, em direção a uma solução jurídica nem certa nem errada, mas razoável (sic).

De outra senda, para alguns doutrinadores, a decisão judicial continua sendo vista, de certa forma, como um silogismo jurídico, uma vez que representa uma síntese entre a tese apresentada pelo autor e a antítese ofertada pelo réu. Assim, o

silogismo apenas fornece uma moldura para a exposição dos motivos que gerarão a aplicação do Direito (CORDEIRO;GOMES, 2014).

Nesse diapasão, a conformidade da decisão com os anseios da sociedade e com os objetivos gerais do Direito só será possível através da interpretação dinâmica dos fatos à luz de regras e de princípios jurídicos, fundamentais para resolução de casos mais complexos (*hard cases*).

Ressalta-se, inclusive, que, diante da ausência normativa, o magistrado deveria usar fontes alternativas para suprir a omissão legislativa, aplicando o direito aos casos concretos, na forma dos artigos 140 do Código de Processo Civil e 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (ALVES JUNIOR, 2015).

Destarte, como já pontuado, a decisão judicial não deriva diretamente das normas jurídicas existentes, restando ao juiz utilizar de todo o seu arcabouço jurídico para colmatar as lacunas legais e solucionar as lides. Diante disso, o magistrado deve utilizar de argumentos racionais razoáveis que legitimem seu convencimento e demonstrem a plausibilidade de sua conclusão, já que a fundamentação deve ser destinada para todo e qualquer cidadão, visto ser dever de todos fiscalizar o Poder Judiciário.

Dessa forma, a argumentação jurídica é um instrumento do neopositivismo, fundada na nova interpretação constitucional e na superação dos mecanismos tradicionais da hermenêutica jurídica na busca de Justiça. Assim, a Teoria da Argumentação Jurídica reafirma o Estado Democrático de Direito e a obrigação de motivar as decisões significa algo mais do que efetuar uma simples operação dedutiva.

Nesse formato, o Estado permite que o poder judiciário assumam um papel de poder político, sendo necessário, diante dessa nova perspectiva, a atuação mais criativa do juiz, conforme será evidenciado no próximo tópico.

3.2 O poder dos juízes: Atuação política e atividade criativa

Conforme já enfatizado, o Estado Democrático de Direito contemporâneo trouxe consigo o ideal neoconstitucional, que consagrou a força normativa da constituição, e ampliou a atuação do Poder Judiciário. Através do novo paradigma firmado, cabe a este Poder velar pela garantia dos direitos fundamentais, além de

inaugurar uma nova forma de interpretação jurídica, qual seja a interpretação constitucional.

Outrossim, as pessoas passaram a recorrer cada vez mais ao Judiciário em busca da satisfação dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente. Sendo assim, muitas vezes buscam a tutela jurisdicional de pretensões sobre as quais o Judiciário não se debruçaria, seja porque são objetos de políticas públicas, ou porque sua discussão deveria realizar-se no âmbito do processo político majoritário.

Assim, a amplitude constitucional, aliada ao irrestrito acesso à justiça, ocasionaram a atuação política do Poder Judiciário, que passou a resolver definitivamente questões de cunho moral, social e político, questões essas que fogem da esfera de atuação do Judiciário, instaurando o que se convencionou chamar de “judicialização da política” (MENESES, 2015).

Fato é que a cada dia surgem situações novas e singulares a serem resolvidas pelo Judiciário, as mudanças sociais vêm ocorrendo em um ritmo cada vez mais frenético, exigindo algo distante do que a lei preleciona, requerendo, portanto, uma interpretação tal qual os anseios sociais exigem (SOUSA, 2017).

Assim, a nova interpretação constitucional surge para referendar os ditames dos direitos fundamentais, garantindo que as decisões judiciais sejam proferidas respeitando os valores aos quais as normas estão arraigadas.

Sobre o tema, Barroso afirma que o juiz figura como “coparticipante” do processo de criação do Direito à medida que completa o trabalho do legislador no sentido de valorar as denominadas cláusulas abertas e realizar a escolha entre as soluções possíveis, dessa forma, vai além de um papel meramente técnico (BARROSO, 2013).

Nesse sentido, afirma Rafael Rezende Oliveira (2015, p. 242):

O papel do intérprete do Direito não envolve mera declaração da intenção do legislador. Ao contrário, trata-se de atividade constitutiva na medida em que produz as normas jurídicas que serão aplicadas aos casos concretos ou hipotéticos. O papel construtivo da interpretação fica evidenciado pela necessidade de aplicar os textos legais ao fato.

O pós-positivismo traz a ideia de que a solução de um determinado caso deve oferecer uma resposta constitucionalmente adequada. Sendo assim, os valores compartilhados por toda a comunidade passaram a ser reconhecidos e integraram o

sistema jurídico na forma de princípios, condicionando a atividade do intérprete (MENESES, 2014).

Nesse viés, Humberto Ávila (2018) traz uma análise acerca da teoria proposta por Dworkin, em que afirma a divisão das normas em regras e princípios, vejamos:

A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípio (*principles*). Para ele as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimensiono f weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

Assim, entende-se que as regras são disjuntivas, se destinam ou não ao caso concreto, desse modo, quando em conflito, onde uma se aplica, a outra não será aplicada. Porém, tratando-se de princípios, não há hierarquia entre eles, um não exclui o outro; há uma ponderação, permitindo um modelo mais aberto de argumentação por parte do julgador, que demonstrará o porquê tal princípio prevaleceu (ÁVILA, 2018).

Destarte, entende Celso Antônio Bandeira de Melo (2002 apud ALEXANDRE, 2017, p. 129) que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Vislumbra-se, portanto, que os princípios ascenderam no ordenamento jurídico pátrio, e diante de sua imensa carga axiológica, angariou-se uma maior atuação dos julgadores, já que tais normas não indicam consequências jurídicas automáticas, cabendo aos magistrados proferirem uma decisão particular a depender do caso concreto.

A partir disso, abriu-se espaço para a atividade criativa do intérprete e, porque não dizer, para o seu subjetivismo. Nesse contexto, pode-se afirmar que a jurisdição, por si só, é função criativa. Quando se decide deve-se interpretar o próprio ordenamento jurídico e trazer uma solução diferente à mercê do caso. Interpretar também é criar. Dessa forma, o órgão julgador tem o poder criativo para evitar o *non liquet*.

Nesse seguimento, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 51) afirmam que:

Gerindo o Estado a administração da própria justiça, evitando com isso que nós anuentes do Pacto Social, façamos justiça com as próprias mãos, não pode aquele se omitir (*non liquet*). Tem o dever de agir, cabendo-nos o direito público subjetivo de obter uma decisão acerca do fato objeto do processo.

Ademais, entende-se que até mesmo o legislador encampa a ideia da criatividade judicial na medida que elabora leis contendo cláusulas gerais ou conceitos juridicamente indeterminados, sem falar na linguagem ambígua e aberta de alguns textos normativos, que, inevitavelmente, serão destrinchados pelas valorações dos intérpretes (MESSIAS, 2013).

3.2.1 A influência de fatores externos nas ações do intérprete

No modelo ideal, o princípio do juiz natural predomina na essência processual. Tal princípio, salvaguardado constitucionalmente no rol do art. 5º (Incisos XXXVII e LIII), prevê a utilização de regras objetivas de competência jurisdicional para garantir independência e a imparcialidade do órgão julgador (BRASIL, 1988). Assim, o juiz é previamente encarregado, na forma da lei, como competente para o julgamento de determinada lide, evitando os chamados “Tribunais de Exceção”.

Nessa perspectiva, o direito seria imune às influências da política e o julgador livre de interferências externas. Porém, de fato, essa ideia é puramente utópica, o magistrado pode até ser considerado imparcial, na medida em que não deve ter qualquer interesse em relação às partes do processo, entretanto, jamais poderá ser neutro. O conceito de neutralidade está ligado à indiferença, já que para ser neutro o indivíduo devia que se fechar para qualquer seguimento ideológico e subjetivo (GOMES, 2009).

Segundo Barroso, aquela falsa ideia advinha do formalismo jurídico, já ultrapassado, abrindo lugar ao realismo, em que prega a existência de decisões judiciais que refletem as preferências e os valores pessoais e ideológicos do juiz. De certa forma, é inevitável que o julgador utilize os seus ideários ao proferir decisões, principalmente diante de *casos difíceis* (BARROSO, 2013).

O texto normativo não é unívoco, sempre há ambiguidades e contradições que terão sentidos diferentes a depender de quem o observa. Assim, em uma multiplicidade de hipóteses, é o intérprete que dirá a escolha do sentido, e fará isso baseado em suas vivências, personalidade, intuições e preferências.

Apesar disso, como já referendado no presente estudo, diante do grande poder que lhe é atribuído, os julgadores possuem o ônus de fundamentar suas decisões para legitimar suas razões. De tal forma, segue o livre convencimento motivado, em que aplicará todo o seu poder argumentativo para justificar seu posicionamento, utilizando de um discurso inculpido de neutralidade e baseado no ordenamento jurídico.

Nesse passo, ganha forma os novos contornos do fenômeno conhecido como ativismo judicial, já que, nos dias atuais, o subjetivismo atribuído às decisões vem repercutindo ainda mais para a difusão desse instituto.

3.2.2 Interpretação judicial como elemento de alteração constitucional

Com a consolidação do entendimento de que fato e norma são elementos complementares na formação do fenômeno constitucional, afirma-se que o conteúdo normativo advém da carga semântica empregada pelo legislador em seu texto, atrelado a interpretação, à luz da ordem constitucional, realizada pelo julgador na sua aplicação.

Sabe-se que toda ordem constitucional tem vocação de permanência, ou seja, pretende permanecer intacta pelo maior tempo possível, nada obstante isso, o próprio constituinte admite a possibilidade de reforma diante da certeza de inevitáveis equívocos, principalmente em face a acelerada evolução social, que torna as mudanças cada vez mais necessárias (BARROSO, 2013).

Nesse contexto, é de extrema valia que o texto da norma reflita os anseios sociais, estando a par de suas necessidades. Para isso, deve-se encontrar um equilíbrio entre a permanência da carta constitucional e as mudanças, visto que, ao

mesmo tempo que a estabilidade traz benefícios ao próprio sistema normativo, as transformações sociais impõem modificações jurídicas (GOULART, 2014).

Como sabido, a Constituição traz mecanismos para sua alteração, todavia essa não é a única hipótese de mudança do conteúdo normativo. Com efeito, essas alterações podem ser realizadas por meio de processo formal e informal. No primeiro caso estamos diante das modificações tradicionais, frutos do poder constituinte reformador, que prevê a revisão e a figura das emendas constitucionais para reformular os dispositivos constitucionais (FREITAS, 2016).

Há ainda outro método de alteração da constituição, produzido pela atuação do poder constituinte difuso, conhecido como *mutação constitucional* que, apesar de não encontrar previsão expressa no texto constitucional, é corriqueiramente utilizado, já que confere um novo sentido as normas sem ensejar qualquer alteração de seu texto.

Nas palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p.9), mutação constitucional seria:

[...] alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

Dessa maneira, aponta que a mutação constitucional dar-se-á por um processo natural de progresso e evolução na realidade social, alterando compreensões valorativas pré-estabelecidas, perfazendo uma releitura do que é considerado justo e ético, que acabam por interferir diretamente nos preceitos jurídicos e constitucionais traçados (BARROSO, 2013).

Compreendida essa ideia, tem-se que a mutação pode dar-se por ações estatais ou comportamentos sociais, porém, ambas deverão observância às possibilidades semânticas do relato da norma, bem como, a preservação dos princípios fundamentais.

Assim, a doutrina majoritária aponta os costumes constitucionais e a interpretação constitucional como seus mecanismos de atuação. Nesse viés, pode-se afirmar que este último recebe maior destaque, visto ser a via mais comum de atualização das normas.

A interpretação mais uma vez aparece como instrumento de criação da norma, sendo este mecanismo o principal instrumento da mutação constitucional, haja vista que dentro da nova hermenêutica constitucional, e considerando a plasticidade das normas constitucionais, o intérprete está autorizado a alargar o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional (GOULART, 2014).

Conforme trata Barroso (2013), a mutação constitucional por meio da interpretação judicial, consiste na alteração do sentido da norma, em entrechoque com o entendimento preexistente, seja pela mudança da realidade social ou por via de uma nova percepção do Direito. Ademais, cita como exemplo emblemático, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, em que este entendeu que o foro privilegiado não mais subsistia para o agente público que deixou o cargo ou função.

Outro caso citado como exemplo de mutação por interpretação judicial é a discussão envolvendo a possibilidade ou não de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, diante da variação na jurisprudência do STF sobre o tema. Essa temática, bastante em voga na atualidade, ganhou ainda mais repercussão após a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que se encontra preso após a última decisão proferida pela Corte, que considerou possível a execução provisória da pena em interpretação aos dizeres do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Atualmente, percebe-se que cada vez mais os Tribunais têm utilizado da interpretação constitucional judicial como mecanismo de alteração informal da constituição, fazendo adaptações à Carta Magna. Desse modo, levando em conta que os integrantes do poder judiciário não são eleitos pelo povo, questionam-se os limites do intérprete judicial em desenvolver, precisar, complementar, restringir ou dar contornos aos preceitos contidos na Constituição.

3.3 O Ativismo Judicial: Conceito

É inegável o destaque do Poder Judiciário nos dias atuais, seu protagonismo vem crescendo em grandes proporções e tende a aumentar cada dia mais. Justifica-se esse engrandecimento, visto a grande demanda por Justiça. A sociedade clama pela solução de seus conflitos e pela efetividade de seus direitos. Assim, mesmo diante de omissões de norma legal regulamentadora de preceito constitucional por parte das

casas legislativas, haverá necessidade de atuação por parte do Poder Público para o exercício desses direitos.

Nesse contexto, a crescente judicialização da política e das relações sociais é um dado objetivo e surgiu naturalmente diante do próprio desenho institucional, caracterizado pelos amplos poderes e competências conferidos, pelos agentes políticos, ao Poder Judiciário (GRANJA, 2013).

Tal temática vem ganhando repercussão e discussões são travadas a seu respeito, principalmente no tocante ao conceito de ativismo, já que a maioria da sociedade confunde os conceitos de ativismo e judicialização. No entanto, por mais que, efetivamente, haja uma conexão entre tais institutos, é fatídica a existência de diferenças.

Fazendo uma breve retrospectiva histórica, como já tratada no presente estudo, percebe-se que o Poder Judiciário tem seu papel enaltecido com o surgimento do Estado Constitucional de Direito. Após a segunda guerra mundial, bem como na década de 70, os novos modelos de constituições adotados no mundo caracterizam o marco histórico do novo Direito Constitucional (BARROSO, 2013).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi marcada pela transição política da ditadura militar para a redemocratização, transparecendo, agora, uma preocupação muito maior com os postulados democráticos e a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2013).

Ademais, no que se refere ao neoconstitucionalismo no Brasil, podemos infirmar a releitura da tripartição dos poderes no atual contexto nacional dando protagonismo ao Poder Judiciário. Há, inclusive, pacífico entendimento na doutrina de que diante do exercício do que se convencionou chamar de constitucionalismo liberal, de fins do século XVIII e início do século XIX, o Poder legislativo era destaque em relação aos demais.

Outrossim, sob a égide do constitucionalismo de cunho social, no fim da Primeira Guerra Mundial, o poder de maior destaque foi o executivo eis que necessária sua atuação para consecução de políticas Públicas e, nos dias de hoje, como supracitado, as atenções estão voltadas ao Judiciário (SALOMÃO, 2018).

Como decorrência lógica da redemocratização e da busca incessante pelos direitos ora garantidos, muitas questões antes decididas pelos poderes Legislativo e Executivo passaram a ser objeto de tutela jurisdicional. Assim, política e justiça

começaram a se misturar dando ensejo ao fenômeno denominado de judicialização (SALOMÃO, 2018).

Decerto, a judicialização surge espontaneamente. É um fato decorrente do panorama institucional e constitucional, refletindo as competências e poderes conferidos ao Poder Judiciário, não se confundindo com ativismo judicial. Este último, porém, não tem uma definição clara e específica.

Nas palavras de BARROSO (2013, p. 25-26), ativismo significa a 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. Ou seja, é uma espécie de discricionariedade, em que o judiciário poderá agir por contra própria.

O jurista Elival da Silva Ramos (2010), por sua vez, define o ativismo judicial como:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos desinteresses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do poder judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Em outras palavras, pode-se afirmar que o ativismo judicial está ligado a interpretação ampla da norma, a própria atuação criativa do julgador, ou seja, está relacionado muito mais ao modo em que as competências atribuídas ao Poder Judiciário são exercidas.

Dessa forma, não é pelo simples fato de haver a necessidade de uma maior atuação do Poder Judiciário, que o julgador deverá se portar de forma ativista.

Destarte, o ativismo é fruto da inércia dos demais poderes, atrelado ao excesso de atuação criativa do julgador, vindo, a proferir decisões satisfazendo seu posicionamento político e moral, a seu bel prazer.

Importante mencionar ainda que na doutrina de Luiz Flávio Gomes há a distinção de duas espécies de ativismo judicial: o ativismo judicial inovador e o ativismo judicial revelador. O primeiro remete a criação pelo juiz de uma norma ou direito, de forma nova ou original, já quando se trata do ativismo revelador refere-se à

criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa (GOMES, 2009).

No Brasil, o Judiciário tem demonstrado uma posição bastante ativista, principalmente em sua versão inovadora, sejam nas decisões monocráticas, em todas as instâncias, ou colegiadas no âmbito dos Tribunais, fazendo surgir cada vez mais críticas em face desse fenômeno.

Acerca dessa ideia, preleciona Elival da Silva Ramos (2010. P. 129):

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Nesse diapasão, questiona-se se o ativismo incorre na usurpação de competência dos demais poderes, atropelando o espaço destinado a estes na Constituição e gerando uma verdadeira crise institucional. Essa discussão, então, será objeto de estudo do próximo capítulo.

4 ATIVISMO JUDICIAL E MANUTENÇÃO X AMEAÇA À ORDEM DEMOCRÁTICA

O presente capítulo irá trazer as principais ideias inerentes ao ativismo judicial, explicitando os seus aspectos favoráveis e as críticas a seu respeito. Ademais, o estudo recairá na interferência desse fenômeno na tripartição dos poderes, ressaltando a demasiada atuação do Judiciário e a possibilidade de ofensa à própria ordem democrática.

Serão analisados ainda decisões dos tribunais superiores repletas de cunho político e ideológico do interprete, caracterizando exemplos clássicos de ativismo judicial. Nesse contexto, demonstrar-se-á a ausência de limites a este instituto, remetendo à proposta de Lênio Streck no combate à discricionariedade judicial.

4.1 Ativismo judicial e o Princípio da Separação dos Poderes

O exercício do poder pelo Estado se divide em três funções bastante conhecidas, a legislativa, a administrativa e a jurisdicional. Essa divisão mostrou-se essencial no combate ao excesso de poder nas mãos de um só indivíduo, e se mantém até hoje.

No Brasil, o Princípio da Separação dos Poderes está consagrado como princípio institucional desde as primeiras constituições, velando pela distribuição equânime e harmônica dos poderes. Dessa forma, esse equilíbrio deve necessariamente ser mantido, sob pena de gerar uma desordem institucional.

Nesse aspecto, a ampliação desmesurada das atribuições de algum dos poderes mostra-se cada vez mais perigosa, ferindo o ideal para que foi criada a separação dos poderes. Assim, esse tópico será destinado a estudar, justamente, a demasiada atuação do Poder Judiciário e sua ameaça à Tripartição dos Poderes.

4.1.1 A Tripartição dos Poderes: Breve evolução e sua aplicação no Ordenamento Brasileiro

Conforme amplamente demonstrado no primeiro capítulo, o Estado já sofreu diversas alterações no decorrer dos séculos, não sendo possível, até hoje, defini-lo com exatidão (JACKOBSON, 2017). Entretanto, segundo Ferreira Filho (2011, p.127),

há consenso de que a existência do Estado está subordinada à existência de poder, e é sobre este que iremos nos ater.

Tomas Hobbes, em sua obra “Leviatã”, afirma que o Estado provém de um contrato, um contrato social. Narra que diante da prevalência da disputa, do egoísmo e da rivalidade entre os homens, houve a necessidade de encontrar a paz social, priorizando a segurança e a proteção. Nas palavras de Hobbes (1999, p.143) “se não for instituído um poder suficientemente grande para a nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas na sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros”.

Assim, na perspectiva da teoria contratualista, por vontade do homem surge o Estado, que cede seu direito em troca de proteção e da realização do bem comum, impedindo que cada um faça justiça com as próprias mãos. Dessa forma, o ente político denominado Estado passa a deter todo o poder, tendo o ônus de organizar a sociedade e impedir a desordem (MERENDI, 2005).

De fato, o poder do Estado é considerado uno e indivisível, porém é organizado de forma tripartida, distribuído entre órgãos que exercem funções típicas distintas, permitindo uma melhor governabilidade. Essa ideia advém do Princípio da Separação dos Poderes, que ganhou repercussão na obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu, em 1748, entretanto, este autor não foi o primeiro a propor a divisão do poder (JACKOBSON, 2017).

A doutrina indica que Aristóteles encabeçou essa concepção na obra “A Política”, ao alertar o perigo da concentração do poder a um só homem e propor a divisão de tarefas e atribuições no âmbito da *polis*, através de diferentes funções, quais sejam: a função deliberativa; a função executiva e a função judicial (PIRES, 2015).

Outro precursor da tripartição dos poderes foi o filósofo inglês John Locke, que tratou do assunto em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”. Segundo o autor, existiriam três poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo, entretanto, o governo estava nas mãos da comunidade que ele chamava de maioria (MERENDI, 2005).

Por conseguinte, afirmava que não existia autonomia entre os poderes, mas submissão de um sobre outro, já que um deteria mais poderes que os demais. Para o ideólogo do liberalismo, o Legislativo era o poder supremo, hierarquicamente superior

aos demais, devido seu encargo de criar leis, assim, “aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior” (PIRES, 2015).

Nesse contexto, afirma Pedro Lenza (2016, p.402) que, durante a ascensão do Estado Liberal burguês, a teoria de Aristóteles teria sido aprimorada por Montesquieu. Este desenvolveu a ideia de que os poderes eram equivalentes, e as funções deveriam ser exercidas por órgãos diferentes e independentes entre si, sendo assim, funcionariam como verdadeiros fiscais um dos outros (MERENDI, 2005).

Sendo assim, apesar do princípio da separação dos poderes ter sido sugerido por Aristóteles, John Locke e também por Rousseau, só ganhou notoriedade com Montesquieu, como já mencionado. Ademais, foi consagrado quando da sua positivação na Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, tornando-se, com a Revolução Francesa, dogma constitucional na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 (JAKOBSON, 2017).

O princípio da separação dos poderes está previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 2º, ao dispor que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Em sua concepção atual, cada um dos poderes exercerá funções que lhe são inerentes, chamadas típicas, como também funções atípicas, ou seja, aquelas que, em tese, não seriam de sua competência.

Ao poder Legislativo caberá a função legiferante de elaborar as leis, além de deter a função fiscalizatória. Por sua vez, ao Executivo cabe a função de administração, bem como, a de governo, sendo assim, administra a nação ao mesmo tempo em que implementa políticas públicas essenciais ao desenvolvimento nacional. Ademais, cabe ao Poder Executivo, na figura do seu Chefe de Estado, no Brasil o Presidente da República, manter as relações internacionais. Já ao Poder Judiciário cabe a prestação jurisdicional, ou seja, a interpretação e aplicação das normas aos casos concretos, visando resolver as lides (SOUZA, 2014).

Dessa forma, como se pode perceber, todos os poderes possuem suas funções descritas no texto constitucional, de modo que a regra é a harmonia entre eles, sem ultrapassar as funções precípua que o legislador lhes compete, a não ser as já previstas constitucionalmente. Essa garantia é determinada pelo sistema de *checks and balances*, sistema de freios e contrapesos, que evita a usurpação de um poder em outro e mantêm um controle mútuo, gerando verdadeiro equilíbrio entre eles (COUCEIRO, 2011).

Sendo assim, a doutrina do *checks and balances* traz um caráter relativo ao princípio da separação dos poderes, já que cada Poder além de exercer as funções típicas, correspondentes ao seu nome, também praticam funções que, em princípio, são inerentes aos outros Poderes (OLIVEIRA, 2015).

Acerca do tema, afirma José Afonso da Silva (2006, p.109 -110):

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Ainda sobre o mecanismo de freios e contrapesos, discorre Alexandre de Moraes (2007, p. 388 apud COUCEIRO, 2011) em sua obra *Direito Constitucional*:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

Dessa forma, o texto normativo descreve ações próprias para cada poder que objetivam evitar tal sobreposição. Como exemplo típico podemos citar o veto realizado pelo Executivo nas propostas de leis aprovadas pelo parlamento. Sendo assim, pretende-se evitar o arbítrio e a supremacia de um poder sobre os demais (SOUZA, 2014).

Outro ponto de destaque é que a separação dos poderes foi positivada como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, além de estar prevista expressamente como cláusula pétrea no rol do artigo 60, § 4º, da CF, sendo resguardado seu conteúdo nuclear de qualquer tentativa de mudança na Constituição que venha a feri-lo.

Nessa perspectiva, o status de cláusula pétrea evidencia tamanha importância e cuidado que o legislador constituinte originário teve ao estabelecer os fundamentos deste princípio na Constituição Federal de 1988 (COUCEIRO, 2011).

Nota-se, todavia, que é imprescindível ter uma nova visão da separação dos poderes proposta na sua origem, sendo essencial sua releitura diante dos imperativos teóricos que suscitam a realidade brasileira atual.

Compreender o momento histórico e as modificações sociais faz-se necessário para entender a relativização havida em meio a tal princípio, já que não há mais como entender a completa independência dos órgãos institucionais, mas sim o verdadeiro equilíbrio na atuação deles, alterando inevitavelmente a tese clássica lançada na obra *Do Espírito das Leis* (ÁVILA, 2018).

4.1.2 Ascensão do Judiciário e afronta a ordem democrática

Após o término da segunda grande guerra, passou-se a privilegiar os valores e normas de natureza constitucional, sendo estas o principal foco de todo o sistema jurídico, que serviriam de parâmetro para todos os demais atos normativos de classe inferior. A Constituição como norma fundamental também irradiou mudanças na hermenêutica clássica, já que o sentido e a interpretação das normas eram atribuídos a partir dos ditames previstos na Carta Magna (FERNANDES, 2010).

Esse cenário de significativas transformações na arquitetura jurídica estatal, desencadeando o modelo hermenêutico constitucional, atrelado ao sistema democrático, permitiu uma concreta expansão do Poder Judiciário. Isso porque a implementação de novas políticas públicas em uma grande maioria dos países ocidentais, em especial o Brasil, durante o pós-guerra, fomentaram um acelerado crescimento tanto no campo econômico como social (FERNANDES, 2010).

A partir disso, o poder legislativo também deveria atuar em grande monta, já que necessária a aferição de reformas legislativas. Sendo assim, visando impedir eventuais abusos dos demais poderes, resguardando a ordem democrática e o exercício dos direitos fundamentais, aferiu-se ao judiciário a sua maior participação no âmbito político (FERNANDES, 2010).

Não obstante isso, o ativismo judicial encontra terreno mais propício para seu crescimento com o enfraquecimento dos outros poderes, posto que a má execução

de funções por um poder ou sua omissão, abre espaço a ser preenchido por outro. Assim, a própria ausência de manifestação do executivo e legislativo, muitas vezes temendo a opinião pública, deixa para o judiciário a solução de assuntos graves e que precisam de solução.

Ademais, sabe-se que, em tese, os Tribunais não podem interferir na realização dos trabalhos legislativos, mas poderão declarar a norma inconstitucional, deixando de aplicá-la. Dessa forma, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade também é mais suscetível a criação jurisdicional, visto a possibilidade de solução de problemas de constitucionalidade das leis por meio dos controles difuso e concentrado (VALE, 2015).

Ressalta-se que o controle abstrato destaca ainda mais a influência política da Suprema Corte Brasileira, pois através dele tem, sistematicamente, decidido sobre questões de diversas naturezas, seja quanto a autorização do aborto de feto anencéfalo, a equiparação com a regulação para a iniciativa privada do direito de greve no serviço público, ou até na imposição da fidelidade partidária (VALE, 2015).

Dessa forma, o protagonismo do judiciário se deu naturalmente, em decorrência da própria transformação estatal e social. Entretanto, o propósito de garantir a justiça a todo custo através da atuação dos magistrados, tem se tornado um dos maiores temores dos estudiosos do Direito, visto que a ampliação desordenada desse comportamento pode ensejar verdadeira crise política.

De um lado, parece ser inevitável, e até mesmo essencial, que os julgadores desempenhem uma atividade mais ativa para solucionar problemas sociais, prezando pelo exercício dos direitos fundamentais, em conformidade com o que positiva o artigo 5º, XXXV, da CF/88, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (BRASIL, 1988).

Em sendo assim, o STF já decidiu em diversas oportunidades que a atuação do Poder Judiciário em determinar a implementação de políticas públicas não gera qualquer afronta ao princípio da Separação dos poderes. Nesse seguimento:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da

separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. 2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. 3. Na presença de instrumentos do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01) para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares. 4. Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 908144 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 24-08-2018 PUBLIC 27-08-2018) **(grifo nosso)**.

Noutra senda, porquanto o novo modelo hermenêutico possibilite, de certa forma, o reconhecimento da legitimidade do Judiciário quanto à criação do direito, é mister salientar que ao determinar a função dos três Poderes, a Constituição não deu ao Judiciário a opção de mudar o seu texto, o que vem aparecendo em demasia no contexto atual (STRECK, 2017).

Contrariamente, apesar da expansão dada a atividade jurisdicional, principalmente, com o advento e vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015, em que o juiz deve agir ativamente no sentido de buscar a verdade real no processo e a justiça, tal ofício continua sendo um ato vinculado, o juiz não pode simplesmente agir sem limite algum, ou seja, tal atividade não é discricionária (PINTO, 2013).

Como já exposto, o julgador pode sim seguir seu convencimento, até criando concepções que se compatibilizem com o contexto social atual, desde que, certamente, argumente e exponha as razões de entender daquela forma. Todavia, isso jamais significará que estará totalmente despreendido de limitações.

Assim afirmam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 57):

Vale registrar que o Novo CPC suprime o termo “livre” quando alude ao princípio do “convencimento motivado” (art. 371, NCPC) ao assentar que o juiz dará razões de seu convencimento que, por sua vez, deve ser exposto de forma clara e precisa. O legislador quer dizer que o juiz tem limites para fundamentar. Não pode se arrimar de argumentos fora do sistema jurídico. Isso quer dizer que a “liberdade” do magistrado para motivar o julgado é regrada, ou seja, deve ter reconhecimento do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, mais uma vez retornamos à distinção entre judicialização e ativismo. Não se pode confundir a simples garantia do acesso ao judiciário, que a todos é permitido, contra qualquer lesão ou ameaça a um direito com uma espécie de intromissão do Judiciário na função legislativa ou executiva (GOMES, 2009).

Sobre o assunto, preleciona Lênio Streck (2009, p. 15):

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos (*sic*).

O intérprete deve estar adstrito aos preceitos constitucionais, baseando sua decisão em princípios claros que mesmo não escritos na Constituição estão nela subentendidos. Deve o julgador utilizar-se de uma interpretação democrática, elevando o papel dos valores constitucionais sem usurpar a função legislativa. Nesse caso, não haveria problema algum no ativismo, já que ele estaria sendo revelador e não inovador.

O ideal é que não se fuja dos caminhos traçados pelo legislador constituinte, que se incentive a cultura de precedentes, evitando justamente a instabilidade, e prezando manutenção da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, não é taxativo afirmar que o ativismo vai de encontro com a ordem democrática, tampouco que viola a separação dos poderes, posto que muitas decisões ativistas serviram justamente para consagrar a legitimidade democrática. Assim, tal prática, para alguns, teria cunho tão essencial, que nem as problemáticas trazidas com ela teriam o cunho de infirmar sua importância, nessa perspectiva entente o ministro Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2012).

4.2 A justiça da decisão judicial: Aspectos favoráveis e críticas ao ativismo judicial

Muito se questiona sobre a dimensão dos benefícios trazidos pela atuação ativista dos julgadores, dado que a ausência de limitação na discricionariedade que lhes é atribuída gera diversas consequências à ordem social. Como todo instituto, o ativismo também possui pontos negativos e positivos, resta saber qual deles prevalece.

Outrora o ativismo judicial aparecia com timidez, sua configuração parecia impensável ante as limitações impostas pela separação dos poderes, no entanto, atualmente, tendo em vista as necessidades prementes das sociedades, tal instituto se mostra cada vez mais difundido (PINTO, 2013).

O ambiente atual induz a provocação constante do Poder Judiciário, sendo este chamado a decidir questões de alta complexidade, bem assim a interferir de certo modo nas políticas públicas. Decerto, aos Juízes e Tribunais cabe manifestar-se em relação às deliberações dos poderes que representam as maiorias políticas, o Legislativo e o Executivo, impondo ou invalidando suas ações (PINTO, 2013).

Desta senda, sempre que o Judiciário estiver atuando para tutelar um direito fundamental previsto na nossa Carta Magna ou para dar cumprimento a alguma lei existente, entende-se que ele terá legitimidade para agir, na medida em que é provocado para sanar ameaça ou lesão a direito (PINTO, 2013).

O ponto positivo mais lembrado acerca do ativismo é justamente a possibilidade de o Poder Judiciário atender os anseios sociais, diante da omissão ou incompetência dos demais poderes, demonstrando verdadeiro compromisso com a realização dos direitos fundamentais.

Os defensores do ativismo alicerçam sua ideia sob argumento de que a Constituição garante a legitimidade dos membros do Poder Judiciário em sua ação proativa. Para eles, os juízes atuam de acordo com a lei e com autorização da própria constituição. Deste modo, ao aplicarem as normas nas suas decisões estariam consolidando a vontade da maioria, resguardando a democracia. Além disso, assentam que o princípio da separação dos poderes sofreu remodelações com o passar do tempo, permitindo flexibilizações, estando ausente qualquer violação em sua substância quando da atuação ativista. (GOMES, 2015).

Entretanto, a defesa da relevância do ativismo não é partilhada por toda a doutrina. O ativismo não vem sendo utilizado apenas positivamente. Sua atuação aparece, cada dia mais, de forma deturpada, indo de encontro a seu objetivo primordial, visto que vem ferindo a ordem democrática, bem como a segurança jurídica. Ademais, a atuação exacerbada e ilimitada do ativismo o torna ilegítimo, dando azo ao aparecimento de críticas por todos os lados.

A primeira delas recai quanto a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário. De fato, os membros do Judiciário não são escolhidos democraticamente, tampouco, estariam atuando mediante a vontade do povo. Aos juízes é atribuído a competência de buscar a harmonização social sempre que for provocado, e essa competência lhe é dada após aprovação em concurso público e sua devida investidura.

Dessa forma, questiona-se a possibilidade de juízes e tribunais insurgirem-se contra atos instituídos pelos poderes eleitos pelo povo. Ao desconstituir, ir de encontro ou vestir o papel dos demais poderes, não estaria o judiciário agindo contrariamente à vontade do povo?

Nesse diapasão, aponta Barroso que o principal risco do ativismo seria a politização dos tribunais. Assim, afirma que a liberdade de expressão de quem pensa com a maioria deve ser mais protegida do que a de quem pensa com a minoria (ITO, 2009).

Outra questão que leva ainda mais a discussão a fundo é o fato dos ministros das cortes superiores serem escolhidos pessoalmente pelo Chefe do Poder Executivo. Este ato não seria clara e essencialmente um ato político? Tal questionamento nos leva ainda mais a refletir se as decisões ativistas têm o cunho de satisfazer interesses particulares.

Outra crítica bastante frequente remonta à alegação de interferência do Poder Judiciários nos demais poderes, ofendendo diretamente o princípio da separação dos poderes. Sobre ela já tratamos anteriormente, ficando pacificado que o ativismo por si só não enseja usurpação de competência, sequer, a afronta a separação dos poderes, caso seja realizado com moderação.

Entretanto, seu uso inconsequente afeta não só a democracia e a separação dos poderes, como também gera uma crise institucional e o declínio da segurança jurídica. A partir do momento em que o judiciário ofusca a atuação do legislativo e

executivo agindo a seu bel-prazer, traz à tona competências que não lhe cabem (GOMES, 2015).

Decerto, os julgadores devem estar aptos a resolver quaisquer questões, mesmo que envolvam matérias que não tenham conhecimento. Daí pode-se citar ações envolvendo questões médicas, tecnológicas, mecânicas e de diversos outros universos além do jurídico. Isso quer dizer que em todos os campos ou esferas da vida podem haver conflitos a serem decididos através de uma decisão judicial.

No entanto, quando cabe a outro poder solucionar àquela questão, deve ao próprio juiz avaliar se deve ou não decidir. Segundo Barroso, “O juiz deve avaliar se ele é, naquelas circunstâncias, a pessoa capaz de produzir a melhor avaliação e decisão naquela matéria”. Discorre que talvez o juiz não seja a autoridade mais qualificada para decidir naquele contexto (BARROSO, 2008).

Outro fator importante foi a dificuldade de implementação da cultura dos precedentes judiciais no processo brasileiro, o que gerava ainda mais problemáticas em se tratando de segurança jurídica. Nas palavras de Ricardo Alexandre (2017, p. 153):

A segurança jurídica é, ao lado da justiça, um dos objetivos fundamentais do direito. É fundamento para vários institutos no ordenamento jurídico brasileiro, como o do direito adquirido, o do ato jurídico perfeito, o da coisa julgada, o da prescrição, o da decadência etc. A ideia sempre presente é a da certeza do direito, da certeza de que as situações consolidadas pelo passar do tempo também estarão juridicamente asseguradas

Dessa forma, não quer dizer que o Direito deva ser imutável, o que obviamente jamais seria possível diante da própria dinâmica social; entretanto, a mudança repentina e constante de entendimentos desnatura o princípio da segurança jurídica, que preza pela condição de previsibilidade, de estabilização e de confiança nas ações estatais (MAFFINI, 2017).

Nesse sentido, seria inviável que as alterações de entendimento desconsiderassem aquelas expectativas dignas de proteção, resguardando o denominado *princípio da proteção da confiança legítima* (MAFFINI, 2017).

Prezando por tal confiança, o Novo Código de Processo Civil trouxe como inovação a possibilidade do precedente, e não só a jurisprudência, ser considerado fonte do direito. Dessa forma, o CPC/15 elenca diversas situações em que os

precedentes terão força obrigatória, evitando a existência de decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

Assim, diminuiu significativamente a possibilidade de haver manifestações contraditórias no âmbito de um mesmo órgão, manifestações estas bastante frequentes diante de posicionamentos políticos e concepções pessoais de cada julgador.

Talvez outra crítica que aparece com frequência seja em relação a chamada “reserva do possível”, que trata da falta de previsão orçamentária na instituição de certas políticas públicas ou garantia de direitos a partir de decisões judiciais.

O Estado muitas vezes alega a insuficiência ou ausência de recursos para garantir tais direitos, justificando sua omissão ou a má prestação de algum serviço essencial. Ocorre que, a falta de previsão orçamentária e/ou ausência de provisão de fundos não podem ser considerados barreiras para a satisfação dos direitos fundamentais (PINTO, 2013).

Nesse seguimento, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática na ADPF 45 asseverou que o Poder Público não pode alegar a reserva do possível para se eximir de qualquer obrigação na efetivação dos direitos fundamentais, tendo o Judiciário legitimidade para apreciar e julgar os casos concretos (PINTO, 2013).

Dessa forma, o ativismo judicial divide opiniões, o que para alguns possui caráter imprescindível, para outros causa graves problemas institucionais. Fato é que, em que pese as críticas, a ação afirmativa do judiciário busca alcançar a igualdade social e garantir o mínimo existencial, diante do papel da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento pátrio.

Porém, também é certo que tal ação não pode ser descontrolada, devendo ser utilizada apenas quando realmente for clara a omissão ou retardamento por partes dos outros poderes, em prol da sociedade, sem nenhuma perspectiva política que enseje favorecimentos pessoais.

Diante de tal panorama, o embate só aumenta, muitos autores são contra essa atuação e até citam a autocontenção como ideário a ser seguido; inversamente, outros doutrinadores reafirmam a sua necessidade. Assim, o ativismo continua sendo palco de relevantes discussões entre os estudiosos do Direito.

4.3 Decisões ativistas e seus efeitos

Pode-se citar verdadeiros casos emblemáticos em que a Corte Suprema agiu distintamente da sua função propriamente jurídica, em prol dos direitos assegurados pela ordem institucional. Nesses casos, identificar-se-á primordialmente o ativismo através de decisões colegiadas que chamaram a atenção pela interpretação para além do texto constitucional, o que leva a refletir se ele não estaria atuando na esfera do Poder Legislativo.

Após decisão do STF acerca da possibilidade de realização do aborto de fetos anencéfalos (Plenário. ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12/4/2012), outra questão envolvendo o aborto passou a ser debatida perante a Corte Suprema. Dessa vez, a questão envolvia a licitude do aborto no primeiro trimestre da gestação, que se iniciou através do julgamento do Habeas Corpus 124306, impetrado por dois médicos que foram presos em flagrante no momento em que supostamente estariam realizando um aborto com o consentimento da gestante (MARTINS, 2016).

A decisão foi tomada pela 1ª Turma do STF, entendendo não haver pressupostos suficientes para a prisão preventiva dos referidos médicos. Porém, o ministro Roberto Barroso, após pedir vista do processo, apresentou em seu voto a tese da possibilidade de se admitir uma quarta exceção da criminalização do aborto: a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação provocado pela própria gestante. Assim, esta decisão representou um indicativo do que o STF poderia decidir caso seja provocado de forma específica sobre o tema, como já aconteceu, diante da ADPF 442 impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL (MARTINS, 2016).

Acontece que, apesar de decidida quando do julgamento de um remédio constitucional, com efeito, em tese, *inter partes*, vem sendo usado como precedente, como se a prática já fosse legalizada e possuísse efeito vinculante e *erga omnes*, o que de fato ainda não ocorreu.

Ademais, nesse exemplo mesmo havendo lei regulamentando o aborto e indicando as exceções em que essa prática não é punida, de acordo com os artigos 124 e 125 do Código Penal, o Judiciário interviu. Assim, mostra-se claro que, muitas vezes, apesar de existir lei regulamentando situações, os tribunais se veem obrigados a intervir, utilizando da interpretação judicial para melhor representar a sociedades e seus interesses.

Outro caso que ganhou destaque na mídia e chamou a atenção da população foi a possibilidade de um réu em ação penal substituir o presidente da República.

Refere-se ao caso envolvendo a permanência de Renan Calheiros na presidência do Senado Federal mesmo sendo réu em processo criminal.

Apesar de a época do julgamento a ADPF 402 que definiria se um réu poderia estar ou não na linha de substituição do presidente da República ainda encontrar-se em trâmite, o plenário do STF decidiu por 6 votos a 3 por uma “solução alternativa”, manter Calheiros na presidência do senado, mas afastando-o da linha sucessória da presidência.

Mais uma vez nota-se a prevalência da interpretação dos ditames constitucionais para além de sua literalidade, destacando o cunho político e casuístico da decisão, o que por diversas vezes demanda críticas contundentes ao instituto do ativismo.

Em contrapartida, há situações que sofrem com a omissão do legislativo e mesmo não tendo capacidade institucional para decidir, o judiciário tem que se posicionar, pois a sociedade demanda por uma solução. Nesse aspecto, situações existentes na sociedade simplesmente não tinham qualquer regulamentação e, por isso, não possuíam status jurídico adequado.

Nesse sentido, pode-se citar o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, decidida pelo STF em 2011 através do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277. As uniões entre pessoas do mesmo sexo eram tratadas como verdadeiras “sociedades de fato” e, por isso, não tinham a proteção dada destinada à união estável (MIRANDA, 2011).

Assim, apenas após o julgamento foi possível estender os direitos fundamentais até então negados a esses casais, resguardando a proteção a quaisquer tipos de discriminação, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da intimidade e privacidade (MIRANDA, 2011).

No que tange as decisões monocráticas proferidas pelos ministros das Altas Cortes, pode-se dizer que é onde mais se evidencia o caráter político com fito de satisfazer interesses particulares, conforme também será demonstrado a seguir.

A mais recente decisão monocrática que repercutiu enormemente em todo o noticiário nacional envolveu a famosa discussão a respeito do princípio da presunção de inocência e da prisão após a condenação do réu em segunda instância. Inicialmente, em análise do habeas corpus preventivo impetrado pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, a Corte suprema confirmou o entendimento, através de

decisão colegiada do pleno, por 6 votos a 5, de que a prisão após segunda instância não fere o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5, inciso LVII, da CF.

Tal questão rendeu vários debates no âmbito jurídico, já que a própria constituição é clara ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Entretanto, de 2016 para cá o plenário do STF já decidiu em três ocasiões distintas, além da citada, a possibilidade da prisão após decisão condenatória em segunda instância, entendendo que caso o Tribunal de segunda instância mantenha a condenação do juiz de Primeiro Grau, não haveria mais que se falar em reanálise meritória pelas Superiores instâncias. Desse modo, o réu já seria considerado culpado, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não havendo óbice para sua prisão (GANEM, 2018).

Ocorre que, mesmo tendo julgamento do Tribunal Pleno em sentido contrário, o ministro Marco Aurélio concedeu liminar, atendendo ao pedido realizado na Ação Declaratória de Constitucionalidade impetrada pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) em dezembro de 2018, determinando a soltura de todos os presos cuja condenação ainda não havia transitado em julgado (CIPRIANI, 2018).

Tal decisão individual foi proferida as vésperas do recesso forense do STF, tendo sido apontada como verdadeira manobra política, já que abriu margem para a libertar o ex-presidente Lula que pediu alvará de soltura cerca de 48 minutos após da decisão exarada pelo ministro. Ademais, foi vista como verdadeiro instrumento de impunidade e de afronta a segurança jurídica, por ir de encontro com os próprios precedentes da Corte (CIPRIANI, 2018).

Com mais esse fato fica claro a facilidade que os julgadores têm em proferir decisões calcadas em seus próprios entendimentos, tendo por base o poder de argumentação e interpretação dos ditames legais. Entretanto, como apontado no presente estudo a prevalência da segurança jurídica e a manutenção da integridade e igualdade do sistema deve prevalecer, sempre em busca da ordem pública.

Nesse sentido, o presidente do STF, José Antônio Dias Toffoli, suspendeu a liminar concedida por Marco Aurélio, zelando pela manutenção da decisão soberana tomada pelo pleno, além da que tal assunto, dada sua importância, ter dada marcada para decisão final, que será em 10 de abril do corrente ano (BETIM, 2018).

Ao fim e ao cabo, nota-se que através dos mecanismos de provocação do judiciário, ações de controle de constitucionalidade e até mesmo o mandado de injunção, os magistrados têm usado sua posição para criar novas regras

constitucionais, ultrapassando totalmente os limites que lhe são impostos (PEREIRA JR.; MORAU, 2019).

Nesse diapasão, o STF aparece não só como último juiz, já que não tem nenhum órgão superior para contestar suas ações, mas como legislador, o que de fato pode ir contra o bom funcionamento da República (PEREIRA JR.; MORAU, 2019).

4.3.1 “Efeito backlash”

Ao tomar uma posição mais progressista ou mais conservadora, o STF traz diversas consequências políticas na sociedade. Sendo assim, aparece, como principal problemática ao ativismo judicial, o efeito *backlash*, verdadeiro efeito colateral da atuação ativa dos magistrados que pode gerar dúvidas sobre os reais benefícios da jurisdição constitucional na luta pela implementação de direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2015).

Mas o que se entende por *efeito backlash*? Podemos citar como exemplos para melhor explicitá-lo a liberação da maconha, o projeto Escola Sem Partido ou, até mesmo, o recente debate que surgiu no âmbito do STF em criminalizar a homofobia, que mostram claramente as sequelas que o ativismo pode proporcionar.

Isso porque o efeito *backslash* consiste na reação gerada em um grupo de pessoas diante de uma decisão judicial que envolve temas polêmicos, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão. Assim, ao se proferir uma decisão política não consolidada na sociedade, sempre existirá uma disputa ideológica, um lado contra e outro a favor, desse modo, a parte desfavorecida por tal *decisum* tentará ao máximo reprimir sua força jurídica (MARMELSTEIN, 2015).

O grupo contrário então ascende politicamente e luta para aprovar medidas políticas que visem reverter a situação, tornando-a ainda pior, podendo gerar inclusive um retrocesso. Nas palavras de George Marmelstein (2015):

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão

judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Nessa perspectiva, vem à tona o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), e do Mandado de Injunção nº 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, discutindo acerca da criminalização da homofobia e transfobia.

Isso porque uma vez decidindo favoravelmente, o STF estará usurpando a competência do Congresso Nacional, ao arrepio da própria Constituição, além de causar justamente o crescimento da militância conservadora, fazendo surgir o efeito *backlash* (MORAU; PEREIRA JR, 2019).

No caso em tela, o Supremo estaria verdadeiramente inovando, criando tipos penais, sem ter qualquer legitimidade para tal fim. Dessa forma, estaria ferindo a Carta Maior, principalmente no que tange os incisos II e XXXIX do artigo 5º, que resguardam o princípio da legalidade e a necessidade de reserva legal para a definição de crimes, além de reprimir os direitos de liberdade religiosa e de expressão (MORAU; PEREIRA JR., 2019).

Tais fatores demonstram que questões de alta gravidade e repercussão para o país vem sendo tomadas por pessoas que teriam legitimidade para resolver conflitos, mas não para alterar os atos normativos, ocupando terrenos que não lhes compete. Ademais, o aumento dessas ações está circundando para uma desarmonia republicana, sem falar na inevitável afronta à ordem institucional do país.

4.4 Combate ao discricionarismo judicial

Sob última análise, trataremos da limitação ao exacerbado decisionismo e os mecanismos de combate às arbitrariedades. Na órbita do que propõe o respeitado jurista Lênio Luiz Streck, a superação da discricionariedade só terá lugar se a decisão judicial estiver acostada em pressupostos democráticos; assim buscou enfrentar o protagonismo dos juízes e tribunais (STRECK, 2014).

De fato, pode-se dizer que nos dias de hoje a descrença dos cidadãos brasileiros em face dos poderes representativos só vem crescendo. Denúncias envolvendo corrupção, ineficiência e diversos outros escândalos entorno aos representantes do povo fazem com que o sistema de representatividade não corresponda mais aos anseios sociais (SILVA, 2014).

Desse modo, o Judiciário passa a ser considerado a única e última esperança para sanar os problemas sociais de forma íntegra e proba; entretanto, tal agigantamento gera diversas consequências, principalmente no âmago dos julgadores, que se sentem cada vez mais legitimados a decidir sobre qualquer assunto e do jeito que bem entendem, recaindo ao inevitável voluntarismo.

De certo, a figura do juiz mero aplicador da literalidade do texto normativo não tem mais espaço na atualidade; conquanto, o agir sem limites também está longe de ser legitimado. Nesse viés, em meio a esse voluntarismo exercido pelos juízes na aplicação do direito, o CPC/15 trouxe, em seu artigo 926, o dever atribuído aos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, visando combater a ampla subjetividade e discricionariedade.

Nesse sentido, Streck faz uma análise da carga conceitual das palavras “integridade” e “coerência”. Para ele, não basta a estabilidade da jurisprudência, é preciso proporcionar a garantia da aplicação isonômica dos preceitos e princípios em se tratando de situações idênticas, assim teríamos a coerência. Falando-se em integridade, afirma a exigência de argumentos integrados ao conjunto do direito quando da fundamentação das decisões, evitando as arbitrariedades interpretativas e o pan-principiologismo (STRECK, 2014).

Assim, impede-se que o julgador simplesmente siga sua consciência e decida como bem queira. Isso porque a decisão não é escolha subjetiva de um juiz, os direitos dos homens não podem ficar à mercê do voluntarismo e de escolhas pessoais de nenhum magistrado. Unindo-se a integridade e a coerência o aplicador do direito deve argumentar sem fugir do padrão de decisões proferidas, desde que respeite a igualdade (STRECK, 2014).

Nesse sentido, defende que os julgadores precisam observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, contudo, não haveria razão em respeitar tais vetores principiológicos se não atentar para a integralidade (STRECK, 2014).

Desse modo, pode-se constatar que todo o contexto que engloba a decisão judicial rodeia os princípios constitucionais. Não se pode ir além nem aquém dos ditames constitucionais. A atuação estatal, seja qual for, estará pautada nesses ditames e deverá ter o intuito de garanti-los.

Por esse ângulo, afirma Rafael Rezende Oliveira (2015, p. 251) que em razão:

(...) da centralidade dos direitos fundamentais, entendemos que seria mais adequado afirmar que o fundamento de toda e qualquer ação estatal deve ser a promoção e a proteção dos direitos fundamentais. Em consequência, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais exercem uma dupla função em relação à ação estatal: fundamentam e limitam o exercício das prerrogativas públicas.

As garantias de acesso à justiça, de obter um provimento jurisdicional célere, de ser julgado por um juiz competente e imparcial que siga os preceitos legais e constitucionais também são direitos inerentes a todos e que devem ser resguardados. Dessa maneira, nos parece cada vez mais claro que a limitação da atuação dos juízes dar-se-á pela própria influência dos direitos fundamentais.

No entanto, o que se deve entender é que, por vezes, há sobejadas razões para o legislativo não agir, até mesmo políticas, não cabendo ao judiciário simplesmente trazer sua opinião sobre o tema polêmico e, a partir disso, “legislar”. Porém, há que saber diferenciar essas hipóteses da efetiva omissão inconstitucional.

Em que pese tais afirmações, o próprio fim de concretizar direitos pela via judicial acaba por ser contaminada por atitudes antidemocráticas por parte dos julgadores, relacionadas à discricionariedade das decisões judiciais. Os intérpretes não somente retiram a essência da norma, mais que isso, eles estão atribuindo-lhe sentido e, portanto, criando o direito (CORRÊA, 2016).

Em sendo assim, acredita-se ser necessária uma mudança de pensamento quanto a aplicação do direito. Dessa forma, o problema estaria ligado a uma crise hermenêutica do direito moderno, que “deu” poderes ilimitados ao intérprete através da força da linguagem/argumentação.

Ademais, é de extrema valia o crescimento da vontade política para que os direitos contidos na Constituição sejam efetivados e implementados por meio de adequadas políticas públicas de quem de fato tem essa competência.

O Judiciário deve sim superar bloqueios políticos e institucionais, mas apenas quando inevitável, sem afastar, os demais poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias (CORRÊA, 2016). Dessa forma, ao usurpar as funções atribuídas constitucionalmente, caberia aos parlamentares legislar para suprimir ou, ao menos, atenuar os efeitos de decisões tomadas por autoridades incompetentes, o que pode dar ensejo ao já citado efeito *backlash*.

Ou seja, nota-se que o ativismo não pode ser lançado como prática cotidiana em meio as decisões judiciais, pois gera efeitos irreparáveis a ordem pública e social, indo de encontro com os ditames democráticos e a harmonia dos poderes da República.

Os juízes e tribunais, em especial o Supremo, devem ter consciência das consequências do exacerbado decisionismo, posto que este jamais deve ser sinônimo de subjetividade e voluntarismo. Assim, espera-se que o ativismo seja visto como elemento excepcional no direito brasileiro e, para isso, é imprescindível a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, zelando pelo equilíbrio institucional

5 CONCLUSÃO

A tripartição dos poderes, seja em se tratando do modelo clássico ou no contexto atual, sempre teve como finalidade o combate a tirania do poder em virtude da concentração de funções típicas nas mãos de uma pessoa ou de apenas um corpo político.

Nesse viés, o constituinte originário da Constituição brasileira em vigor consagrou o Princípio da Separação dos Poderes como cláusula pétrea e estabeleceu o equilíbrio entre tais poderes, desenhando um modelo de independência e harmonia recíproco. Entretanto, tal equilíbrio tem sido ameaçado diante do protagonismo do Poder Judiciário.

Como visto, em cada momento histórico houve a ascensão de um dos Poderes da República; ato contínuo, a separação dos poderes sofre transformações visando adequar-se a tais evoluções. No momento atual, evidencia-se que o Poder Público não vem acompanhando as demandas sociais, recaindo ao Judiciário a prerrogativa de tratar sobre temas polêmicos fruto da inercia legislativa, bem como, da concretização dos direitos fundamentais.

Em meio a omissão na resolução dos problemas sociais, a sociedade clama pela solução de seus conflitos e pela efetividade de seus direitos. Os magistrados, então, são chamados a decidir diante da busca incessante por justiça, mesmo que, por vezes, não seja o verdadeiro legitimado para exercer tais funções. Assim, é cada vez mais comum a judicialização de questões políticas e, atrelado a isso, o voluntarismo estampado nas decisões judiciais.

Ademais, após a segunda guerra mundial, bem como na década de 70, os novos modelos de constituições adotados no mundo caracterizam o marco histórico do novo Direito Constitucional. No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi marcada pela transição política da ditadura militar para a redemocratização,

transparecendo, agora, uma preocupação muito maior com os postulados democráticos e a dignidade da pessoa humana.

Assim, frente a universalização dos direitos fundamentais e a adoção da doutrina neoconstitucional, as normas constitucionais, sejam regras ou princípios, ganharam ainda mais força normativa, sendo obrigatória sua observância e concretização.

Entretanto, diante da novel hermenêutica, a aplicação discricionária do texto constitucional, com esteio no livre convencimento motivado, vem sofrendo severas críticas pelos estudiosos do Direito, em especial pelo grande jurista Lênio Streck. O fato dos juízes e Tribunais decidirem os conflitos com base na sua vontade e levando em conta determinações pessoais gera uma enorme instabilidade jurídica e social, ameaçando a ordem democrática.

Nesse contexto, o ativismo judicial aparece como instrumento essencial a concretização dos ditames emanados pela Lei Maior, em especial a dignidade da pessoa humana. Porém, é certo que a máxima de que os fins justificam os meios não pode ser interpretada ao pé da letra. É imperioso que o Judiciário deve atuar dentro dos limites impostos pela Constituição, sem usurpar das competências atribuídas ao Legislativo e Executivo, tampouco, utilizar-se de interpretações tendenciosas e baseadas em anseios particulares.

Mas quais seriam tais limites? O fato de não existir um limite bem definido em categorizar até onde o Judiciário pode ir com a atividade intensificada, causa enorme dificuldade em afirmar a legalidade de tal prática, pois a cada caso concreto é analisado o pesar de decidir em confronto ou a favor do ideal imposto pela Carta Magna e os princípios no ordenamento jurídico brasileiro na interpretação de cada julgador.

As decisões monocráticas denunciam, cada vez mais, o cunho político do judiciário e o fito de satisfazer interesses particulares. Nesse diapasão, deve haver uma delimitação concreta da atuação dos magistrados e Tribunais, em especial da Suprema Corte, que vem tomando para si atribuições cada vez mais complexas e que fogem às suas funções.

A sociedade deve clamar pela maior atuação política dos poderes legitimados democraticamente, só assim será possível a diminuição da atuação proativa do Judiciário e do seu decisionismo.

Pode-se afirmar, portanto, que o ativismo não rompe o princípio da separação dos poderes, porém não pode ser usado em demasia. Os julgadores necessitam ter consciência do quanto a atuação voluntarista prejudica o próprio sistema normativo, em afronta a segurança jurídica; sua criação quando da aplicação das normas devem se limitar aos dizeres do legislador que é considerada a verdadeira vontade popular.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 11. ed. rev., atual e ampl., Salvador: Juspodivm, 2017, p. 129.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALVES JÚNIOR, Rafael Ribeiro. A lógica e a argumentação jurídicas como fatores de controle e legitimação das decisões judiciais. **JUS**. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/39670/a-logica-e-a-argumentacao-juridicas-como-fatores-de-controle-e-legitimacao-das-decisoes-judiciais> > Acesso em: 01 Dez. 2018.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Consultor Jurídico**, 2008. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica > Acesso em: 12 Jan. 2019.

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

_____. Decreto- Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm > Acesso em: 02 ago. 2018.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 908144 AGR/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, 17/08/2018. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748040905>
Acesso em: 03 Mar. 2019.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135-145.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. **Hermenêutica e Argumentação**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 3ª tiragem. 2011, p.8.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As dificuldades em se quantificar o qualitativo. **Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-04/carlos-campos-as-dificuldades-quantificar-qualitativo>> Acesso em: 15 Fev. 2019.

CIPRIANI, Juliana. Ministro suspende prisão em 2ª instância e abre caminho para a liberdade de Lula. **Em.com.br**. Belo Horizonte, 19/12/2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/12/19/interna_politica,1014696/ministro-suspende-prisao-em-2-instancia-abre-caminho-para-soltar-lula.shtml> Acesso em: 21 Fev. 2019.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. **Motivação das decisões judiciais e argumentação jurídica como fatores legitimantes da prestação jurisdicional**. 2014. Disponível em: <file:///D:/Documentos/Downloads/196-243-1-SM%20(1).pdf > Acesso em: 17 Fev. 2019.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 03 Fev. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115.

FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 360-401.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo**. Uberlândia, 2010. 313 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) –Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Minas Gerais, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13175/1/Diss%20Ricardo.pdf>> Acesso em: 13 Fev. 2019.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Miqueias José Teles. **Ativismo judicial e a sua aplicação no atual cenário político-jurídico brasileiro: possibilidades e limites**. 2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/64706/ativiz,smo-judicial-e-a-sua-aplicacao-no-atual-cenario-politico-juridico-brasileiro-possibilidades-e-limites> > Acesso em: 01 Ago. 2018.

FREITAS, Hélber. A mutação constitucional. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <<https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/343489533/a-mutacao-constitucional>> Acesso em: 24 Jan. 2019.

GANEM, Pedro Magalhães. A possibilidade de prisão em segunda instância, a decisão do STF e o caso Lula. **Jusbrasil**. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/564825815/a-possibilidade-de-prisao-em-segunda-instancia-a-decisao-do-stf-e-o-caso-lula>> Acesso em: 24 Fev. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Há diferença entre neutralidade e imparcialidade do juiz? **Jusbrasil**. 2008. Disponível em: < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/99939/ha-diferenca-entre-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz> > Acesso em: 01 Dez. 2018.

_____. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **JUS**. 2009. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes> > Acesso em: 12 Jan. 2019.

GOULART, Daiene Vaz Carvalho. Mutações constitucionais e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **JUS**. 2014. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/29327/mutacao-constitucional-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro#_ftn16 > Acesso em: 23 Jan. 2019.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 12 Fev. 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: Ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Brasília: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1999, p. 143.

HOBBS, Eric J. **A era das revoluções**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 71.

ITO, Mariana. “Judicialização é fato, ativismo é atitude”. **Consultor Jurídico**. 2009. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista> > Acesso em: 10 Jan. 2019.

JAKOBSON, Einar. Ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes. **Jusbrasil**. 2017. Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/einar-jakobson/artigos/ativismo-judicial-e-o-principio-da-separacao-dos-poderes-3636> > Acesso em: 17 Fev. 2019.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma Teoria da Decisão Judicial: Fundamentação, legitimidade e justiça**. 1. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 27.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil: uma história em construção**. 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-jurisdicao-constitucional-no-brasil-uma-historia-em-construcao>> Acesso em: 14 Dez. 2019.

MAFFINI, Rafael. Princípio da proteção da confiança legítima. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/120/edicao-1/principio-da-protECAo-da-confianca-legitima>> Acesso em: 23 Fev. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. Ed. São Paulo : Atlas, 2003.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. **Direitos Fundamentais.net**. 2015. Disponível em: < <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/> > Acesso em: 19 Fev. 2019.

MARTINS, Kamila Mendes Martins. Com casos recentes de ativismo judicial, STF estaria passando dos limites. **Gazeta do povo**. 09/12/2016. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654jksklj3ricw3gxexjn4/>> Acesso em: 23 Fev. 2019.

MENESES, Natália Juliana Oliveira. Do estado-juiz ao juiz-estado: neoconstitucionalismo, ativismo judicial e segurança jurídica no direito brasileiro. **JUS**. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/44112/do-estado-juiz-ao-juiz-estado-neoconstitucionalismo-ativismo-judicial-e-seguranca-juridica-no-direito-brasileiro> > Acesso em: 17 Jan. 2019.

MERENDI, Tatiana Peghim. O poder do Estado. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 22, ago 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=331> Acesso em: 04 Jan. 2019.

MESSIAS, João Lucas Souto Gil. **Notas sobre a jurisdição como função criativa do juiz**. 2013. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/notas-sobre-jurisdic%C3%A7%C3%A3o-como-fun%C3%A7%C3%A3o-criativa-do-juiz> > Acesso em: 15 Jan. 2019.

MIRANDA, Cíntia Morais de. Consequências de direito após o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal. **JUS**. 2011. Disponível

em: <<https://jus.com.br/artigos/20380/consequencias-de-direito-apos-o-reconhecimento-da-uniao-estavel-homoafetiva-pelo-supremo-tribunal-federal>>
Acesso em: 23 Fev. 2019

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **De l'esprit des lois**. Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. L'orthographe a été modernisée et la ponctuation légèrement, mais non la graphie. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995, pp. 112-113. Disponível em: <http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf>. Acesso em: 06 Jan. 2019.

MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf> Acesso em: 05 Jan. 2019.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado. Do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito. **Jus**. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831/sobre-a-evolucao-do-estado>> Acesso em: 20 Dez. 2018.

OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira. **Revista de Informação legislativa**. n. 204. p. 25/42. Out/dez. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p25.pdf> Acesso em: 11 jan. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2015, p. 242.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; MORAU, Caio. O despótico STF e a desarmonia na República. **Estadão**. 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-despotico-stf-e-a-desarmonia-na-republica/>> Acesso em: 23 Fev. 2019.

PINTO, Marcos José. Uma visão crítica sobre o ativismo judicial no Brasil. **Jus**. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24991/uma-visao-critica-sobre-o-ativismo-judicial-no-brasil>> Acesso em: 28 Jan. 2019.

PIRES, Ana Carolina Fernandes. Conceito histórico da Separação dos Poderes. **Jusbrasil**. 2015. Disponível em: <<https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>> Acesso em: 15 Jan. 2019.

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

SILVA, Eduardo Farias. O pós-positivismo e o ativismo judicial. **Conteúdo Jurídico**. 2010. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-pos-positivismo-e-o-ativismo-judicial,29307.html> > Acesso em: 20 Fev. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106 – 115.

SILVA, Luciano Luis Almeida. Considerações sobre decisionismo e poder judiciário brasileiro: exagero hermenêutico e interpretativo. **JUS**. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/37628/consideracoes-sobre-decisionismo-e-poder-judiciario-brasileiro-exagero-hermeutico-e-interpretativo> > Acesso em: 19 Fev. 2019.

SOUSA, Gabriela Ribeiro de. O Neoconstitucionalismo e a atuação do Poder Judiciário: um paradigma e os riscos à estabilidade das relações jurídicas. **Conteúdo Jurídico**. 2017. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-neoconstitucionalismo-e-a-atuacao-do-poder-judiciario-um-paradigma-e-os-riscos-a-estabilidade-das-relacoes-j,590002.html> > Acesso em: 22 Dez. 2018.

SOUZA, José Alves de. O Princípio da separação de poderes/funções na Constituição 1988. **Conteúdo Jurídico**. 2014. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-separacao-de-poderesfuncoes-na-constituicao-de-1988,47764.html> > Acesso em: 14 Jan. 2019.

STRECK, Luiz Lênio. “Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia”. **Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo> > Acesso em: 18 Fev. 2019.

_____. Ativismo judicial não é bom para a democracia. **Consultor jurídico**. 2009. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul> > Acesso em: 24 Fev. 2019.

_____. Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer? **Consultor Jurídico**. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo> > Acesso em: 20 Fev. 2019.

_____. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? **Consultor Jurídico**. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades> > Acesso em: 19 Fev. 2019.

_____. O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros> > Acesso em: 19 Jan. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8. Ed. São Paulo: Método, 2018, p. 21.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11 ed, ver., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

VALE, Ionilton Pereira do. O ativismo judicial: conceitos e formas de interpretação. **JusBrasil**. 2015. Disponível em:

<<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>> Acesso em: 11 Fev. 2019.