



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

SIMONE RIMÁ PAIVA

**ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: PARÂMETROS PARA DEFERIR AS
DECISÕES NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E GARANTIR OS
DIREITOS FUNDAMENTAIS PROVENIENTES DA INTERPRETAÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

JOÃO PESSOA - PB

2023

SIMONE RIMÁ PAIVA

**ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: PARÂMETROS PARA DEFERIR AS
DECISÕES NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E GARANTIR OS
DIREITOS FUNDAMENTAIS PROVENIENTES DA INTERPRETAÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada à ESMA/PB –
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), como
exigência para obtenção do título de Especialista
em Prática Judicante.

Orientadora: Profa. Doutoranda Ivanoska Maria
Esperia Gomes dos Santos.

JOÃO PESSOA - PB

2023

P149a Paiva, Simone Rimá.

Ativismo judicial no Brasil [manuscrito] : parâmetros para deferir as decisões no constitucionalismo democrático e garantir os direitos fundamentais provenientes da interpretação da constituição federal / Simone Rimá Paiva. - 2024.

52 p. : il. colorido.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2024.

"Orientação : Profa. Dra. Ivanoska Maria Esperia Gomes dos Santos, Departamento de Ciências Jurídicas - CH. "

1. Ativismo judicial. 2. Direitos fundamentais. 3. Discricionariedade. 4. Autocontenção judicial. I. Título

21. ed. CDD 342.02

SIMONE RIMÁ PAIVA

ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: Parâmetros para deferir as decisões no constitucionalismo democrático e garantir os direitos fundamentais provenientes da interpretação da Constituição Federal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em parceria com a Escola Superior da Magistratura da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Especialização em Prática Judicante.

Área de concentração: Direito Público

Aprovado(a) em: 25/03/2024

Nota: 9,5

BANCA EXAMINADORA

IVANOSKA MARIA ESPERIA
GOMES DOS SANTOS:4741463

Assinado de forma digital por IVANOSKA
MARIA ESPERIA GOMES DOS SANTOS:4741463
Dados: 2024.03.25 11:42:43 -03'00'

Prof. Ma. Ivanoska Maria Espéria Gomes dos Santos (Orientadora)
Escola Superior da Magistratura da Paraíba – ESMA

**Fabrcio Meira
Macêdo**

Assinado de forma digital por
Fabrcio Meira Macêdo
Dados: 2024.04.09 11:40:55 -03'00'

Prof. Me. Fabrcio Meira Macedo (Examinador)
Escola Superior da Magistratura da Paraíba – ESMA

GRAZIELA QUEIROGA
GADELHA DE SOUSA:4716850

Assinado de forma digital por GRAZIELA
QUEIROGA GADELHA DE SOUSA:4716850
Dados: 2024.03.26 11:06:47 -03'00'

Profa. Esp. Graziela Queiroga Gadelha de Sousa (Examinadora)
Escola Superior da Magistratura da Paraíba – ESMA

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, por estar sempre presente na minha vida. À minha orientadora, Professora Doutoranda Ivanoska Maria Esperia, pelos conhecimentos transmitidos ao longo do curso e ainda por sua disposição e pelo auxílio ímpar em todos os momentos, a quem ofereço meu eterno agradecimento. Agradeço ao meu esposo Kleyton Bandeira pelo apoio de sempre. À minha mãe Raimilda por todo carinho que ela me proporciona. Enfim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente, para a realização deste trabalho.

“Buscai, pois, em primeiro lugar, o seu reino e a sua justiça, e todas estas coisas vos serão acrescentadas”. (Mateus 6:33)

RESUMO

Este trabalho tem por objeto de estudo o ativismo judicial, de forma a analisar seu comportamento no meio jurídico, em que consiste em solucionar os casos através da interpretação extensiva para dar efetividade constitucional. Para tanto, busca-se examinar os parâmetros para deferir as decisões no constitucionalismo democrático. O desenvolvimento e estudo decorrente da interpretação hermenêutica reflete as lacunas deixadas pelos outros poderes. Nessa esteira, diante das complexidades dos temas, os juízes inovam ou preenchem as omissões pela falta de direcionamento no ordenamento jurídico. Nesse trilhar, no decorrer do trabalho será abordado como a interpretação extensiva propicia a pensar na responsabilidade do ativismo e seus limites no Estado Democrático de Direito, uma possível solução seria a autocontenção? Assim, a produção do direito tem o poder de neutralizar o exercício abusivo de outros poderes, promover a justiça social ou adotar uma postura de Supremacia Judicial? Nesse interim, tudo depende de como a solução judicial é conduzida. Com efeito, esse trabalho nos conduz também a refletir sobre de que forma um possível diálogo constitucional seria umas das chaves do problema ou de que maneira a discricionariedade poderia extrapolar os limites do Poder Judiciário. Outrossim, a capacidade institucional alerta para os limites nas decisões judiciais por falta de conhecimento ou qualificação dos temas de grande responsabilidade. Por último, qual seria o papel dos princípios nas soluções judiciais? Será que existe barreira entre criar, aplicar e executar o direito na luta pela concretização dos direitos fundamentais? Esse cenário, permite analisar até que ponto o poder dos juízes e tribunais promove a satisfação do Direito e o modo de pôr fim ao processo jurisdicional.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Princípios. Discricionariedade. Autocontenção judicial.

ABSTRACT

This work has as object of study the judicial activism, in order to analyze its behavior in the legal environment, which consists in solving the cases through extensive interpretation to give constitutional effectiveness. Therefore, it seeks to examine the parameters to defer decisions in democratic constitutionalism. The development and study resulting from the hermeneutic interpretation reflects the gaps left by the other powers. In this wake, faced with the complexities of the issues, judges innovate or fill the omissions by the lack of direction in the legal system. Thus, in the course of the work will be approached as the extensive interpretation provides to think about the responsibility of activism and its limits in the Democratic State of Law, a possible solution would be self-containment? Thus, does the production of law have the power to neutralize the abusive exercise of other powers, promote social justice or adopt a position of Judicial Supremacy? In this way, everything depends on how the judicial solution is conducted. Indeed, this work also leads us to reflect on how a possible constitutional dialogue would be one of the keys to the problem or how discretion could extrapolate the limits of the judiciary. Moreover, institutional capacity warns of limits in judicial decisions due to lack of knowledge or qualification of issues of great responsibility. Finally, what would be the role of principles in judicial solutions? Is there a barrier between creating, implementing and enforcing the law in the fight for the realisation of fundamental rights? This scenario allows us to analyze to what extent the power of judges and courts promotes the satisfaction of law and the way to put an end to the judicial process.

Keywords: Judicial Activism. Principles. Discretion. Judicial self-restraint.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	METODOLOGIA.....	12
3	O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL NA BUSCA DA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL.....	13
3.1	O papel dos princípios balizadores no ativismo judicial.....	23
4	A RESPONSABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	28
4.1	A autocontenção no ativismo judicial será a solução?.....	34
5	A BARREIRA ENTRE A CRIAÇÃO, A APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DO DIREITO REALIZADA PELO ATIVISMO JUDICIAL NA LUTA PELA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	39
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
	REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão do curso aborda a questão do ativismo judicial. O Poder Judiciário no Brasil tem como objetivo garantir o acesso ao órgão jurisdicional, obter a resolução de conflitos e promover a justiça. A promulgação da Constituição de 1988 fortaleceu a democracia e a busca pela judicialização cresceu de forma avassaladora. A vulnerabilidade social, diante das lacunas dos outros poderes, restou crescente na sociedade.

Dessarte, a expressão “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos por um historiador chamado Arthur Schlesinger Jr publicada na *Fortune*, edição de janeiro de 1947, por causa da forte atuação da Corte em que juízes norte-americanos optaram por promover o bem-estar da sociedade além da lei propriamente, no Brasil acontece de forma mais intensa, nos últimos anos despertando debates na seara jurídica por constante atuação da função jurisdicional constitucional.

Em razão disso, essa expressão é discutida cada vez mais por reconhecer que o trato merece a máxima atenção. O protagonismo do Poder Judiciário tem despertado debates na academia jurídica e em toda a sociedade.

A questão enfrentada no presente trabalho, será analisada sob como o ativismo judicial poderá aplicar os direitos fundamentais na busca pela efetividade constitucional nos moldes do ordenamento jurídico, mas, sobretudo na interpretação extensiva para resolução adequada dos conflitos. Ou o magistrado deverá simplesmente aplicar a vontade da lei?

Outro ponto, é a discussão acerca da responsabilidade do ativismo judicial e seus limites no Estado Democrático de Direito. Será que há limites consideráveis diante da lacuna e inércia dos outros poderes afetando sociedade ou a atuação proativa tem relevância para garantir os direitos fundamentais?

Outrossim, importante examinar, a barreira entre a criação, aplicação e execução do direito realizada pelo ativismo judicial na luta pela concretização dos direitos fundamentais e a consequência da tomada de decisão também através dos princípios.

Portanto, é deveras a importância de discutir o referido tema proporcionando uma reflexão ao fenômeno do ativismo judicial. Assim, com esse pensamento, destaco o jurista no qual aborda de forma cirúrgica: “O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição expandindo o

seu sentido e alcance” (Barroso, 2008). Ele ressalta seu significado e nos faz refletir até que ponto a atuação de maneira proativa do Poder Judiciário soluciona os conflitos sem invadir os campos de outros poderes de maneira pertinente.

Hodiernamente, o Poder Judiciário brasileiro está cada vez mais atuante com postura ativista através do Estado Democrático de Direito, como por exemplo na vedação ao nepotismo conforme a Súmula vinculante 13, em que veda a contratação em cargos de confiança de parente até o terceiro grau nos três poderes. Vejamos:

“EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. **As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.** 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça.” (ADC 12, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20-08-2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149, grifo meu).

Nessa esteira, o julgamento extensivo teve como base o art. 37 da Constituição Federal, em que faz referência aos princípios supracitados. Assim, o Ministro Direito, aduz “Não é necessária lei formal para aplicação do princípio da moralidade” (Menezes, 2024).

Nessa toada, os capítulos serão apresentados com base na interpretação extensiva aplicada pelos Magistrados diante da posição ativista, considerando as importantes contribuições e ponderações e limites de frente aos os princípios

constitucionais e estudos sobre os critérios da postura da discricionariedade em que possa também afetar ou não a Administração Pública.

Nessa interação, a necessidade de poder dizer o direito para amparar o trabalho árduo de satisfazer e efetivar os direitos sociais seja na esfera individual ou coletiva sem ultrapassar os limites dos demais poderes pressupõe a tentativa de minimizar a carga ideológica, política, cultural e econômica. Deveras, é preciso evitar exageros, evitando a supremacia judicial para buscar o equilíbrio na tomada de decisão ou buscar a concretização dos direitos fundamentais sem pensar nos efeitos posteriores?

2 METODOLOGIA

O delineamento metodológico deste estudo caracterizou-se por uma pesquisa descritiva; de modo que, para alcançar o objetivo a que se propõe, o presente trabalho empregou o método dedutivo como método de abordagem, tendo em vista que partiu de uma abordagem genérica acerca compreensão e abordagem do ativismo judicial para promover reflexões referentes a criação e aplicação das decisões judiciais.

Por fim, em relação as técnicas de pesquisas, o presente estudo fez uso da técnica de pesquisa documental indireta. Primeiramente, foram levantados dados através da pesquisa documental, observando os documentos históricos que nossa sociedade possui acerca do assunto e pesquisa em bancos de dados públicos e privados. E finalmente, fez uso da pesquisa bibliográfica, examinando o disposto em livros, artigos científicos, teses, monografias, periódicos e sites.

3 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL NA BUSCA PELA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Para entender o ativismo judicial é necessário abordar o tema da jurisdição constitucional, existe quando há provocação para o Estado solucionar um conflito, entre as partes, preservando os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito assegurados na Constituição Federal.

Nessa esteira, explica o professor Mello Jr.:

“O processo é um instrumento da Jurisdição. Método utilizado para o exercício da Jurisdição em sua eloquência ordinária e constitucional. Segue-se daí a dicotomia necessária, dicção do direito para a solução de casos concretos, lides; e o dizer o direito, como tese, dentro de uma situação abstrata, onde se impõe a proteção das “coisas” constitucionais, em toda a sua amplitude inserida na Lei Fundamental. O processo como método para solução de conflitos, em sua qualificação intersubjetiva; e processo estrutura organizada a servir, objetivamente, à Jurisdição Constitucional. É o processo constitucional que se presta para aferição de compatibilidade das normas e atos do Poder Público frente à Constituição Federal [...]”. (Mello, 2000).

De maneira semelhante, a jurisdição, busca solucionar as incongruências em determinados graus de intensidade, diante do entendimento e compatibilidade das normas no caso concreto, em que o sistema encoraja para abertura da interpretação extensiva para dar eficácia adequada a lide processual.

À luz do caso concreto, a Constituição e seus princípios norteiam e direcionam a solução mais adequada pelo simples fato de existir lacunas e conceitos indeterminados. Assim, diante da complexidade para resolver questões que atingem outros órgãos de Poder, os magistrados precisam adotar comportamentos para suprir as insuficiências das leis diante dos casos complexos.

O mestre Cappelletti em sua obra, Juízes Legisladores, explica acerca da interpretação e criação do direito:

“O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.” (Cappelletti, 1993).

Com efeito, o ativismo dos magistrados funciona para solucionar conflitos de modo proativo e, efetivar a norma constitucional, pois trata-se de um mecanismo para

ir além da simples postura do legislador devido a sua inércia implantada no sistema político.

É nessa ordem de ideias que a Professora Ivanoska Santos em seu artigo, ressalta como a conduta proativa dos magistrados pode garantir os direitos básicos e promover a efetividade constitucional. Vejamos:

“pode-se afirmar que aparece o ativismo judicial como uma conduta proativa dos membros do Poder Judiciário, no qual estes assumem o papel criativo de decidir sem que haja base no ordenamento jurídico para suas decisões, inovando assim na ordem jurídica, e alargando as fronteiras do seu campo de atuação para além daquelas situações típicas previstas na Constituição. Qualquer que seja o sistema adotado, ele deve seguir a legalidade e garantir os direitos básicos para atingir o estado ideal de efetividade e justiça.”

Nessa toada, o ativismo judicial é “ampliação dos poderes decisórios da Corte em detrimento de outras esferas estatais” (Leite, 2021). Justamente, esse poder decisório é condicionado e impulsionado pela omissão ou correção das leis pertinentes para a concretização do Direito.

Outra interessante definição demonstrada pelo professor Elival Ramos:

“Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições **subjetivas (conflitos de interesses)** e controvérsias jurídicas de natureza **objetiva (conflitos normativos)**”. (Ramos, 2010, grifo meu).

O esforço hercúleo do Poder Judiciário em solucionar os casos vem nos últimos anos posicionando-se com vigor devido as lacunas das leis e da falta de postura dos outros poderes para suprir as demandas da sociedade, seja do Congresso ou do Executivo, em que constantemente ameaçam os direitos e garantias fundamentais. Trata-se de demandas que exigem o esforço da interpretação hermenêutica concretizado muitas vezes pelo Ativismo Judicial.

A complexidade das matérias relacionadas ao caso concreto a serem julgadas pelos Magistrados refletem um tratamento justo, considerando e ponderando os princípios que norteiam o Direito. Para tanto, os julgamentos devem estar em consonância com os precedentes conectado com o sistema jurídico. Todavia, para superar a possível lesividade do caso em concreto aplica-se a os direitos fundamentais amparados na Constituição Federal.

O desafio em alcançar a interpretação em razão da abstração das normas sopesa para um propósito que haja ponderação de valores e equilíbrio pela busca da justiça, em que causa muitas vezes uma nova interpretação ou implementação para atender os anseios da sociedade, mostra a definição das proposições jurídicas “todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza”. (Dworkin, 2014), dessas preposições surgem as divergências teóricas explicadas pelo autor em que há contraposição entre o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais para esgotar ou não os fundamentos do direito.

Por sua vez, em razão da abstração das normas ocorre nas decisões a interpretação judicial e, as mutações constitucionais em que não altera o texto, mas sim na interpretação por ela dada. Vejamos:

“...a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação do seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo.” (Barroso, 2017).

Desse modo, “Às vezes, porém, discutem a adequação de alguma palavra ou descrição porque divergem sobre a maneira correta de verificar o uso da palavra ou expressão em qualquer ocasião” (Dwork, 2014). O protagonismo do Poder Judiciário levanta debates para a forma com que o Ativismo Judicial da magistratura resolva conflitos, não se pode olvidar que há uma perspectiva positiva como também negativa.

A complexidade do tema direciona-se exatamente à importância pela busca da efetividade constitucional, pois os juízes são guardiões da Constituição. Decerto, haverá aplicação de princípios e valores para o melhor desempenho e afirmação do direito através do dinamismo em que transpira a sociedade ao redor da Constituição. Assim, nos conflitos que envolvem os direitos fundamentais, tanto nos direitos individuais como os direitos coletivos aplica-se o “método da ponderação” (Toledo, 2022).

Nesse diapasão, os direitos fundamentais interpretados pela hermenêutica jurídica incidem sobre a possibilidade fática em que o juiz ativista realiza a justiça social. O Poder Judiciário atualmente reflete sua postura e atitude pela falta de tratamento aos temas em outros poderes da República. Essa abstenção do Poder

Público poderá resultar em inconstitucionalidades, omissões ou tutelar os legítimos interesses.

Com efeito, é necessário verificar a importância da análise do caso concreto para dar a efetividade. Como exemplo, podemos citar o caso da equiparação do crime de racismo e injúria racial. Por oito votos a um, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, ficou vencido o Ministro Nunes Marques. Vejamos:

“O entendimento foi que o crime de injúria racial é espécie do gênero racismo, na forma do art. 5º, XLII, da Constituição. Portanto, em novembro de 2020, o relator do caso, ministro Edson Fachin, votou pela equiparação da injúria racial (artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal) ao crime de racismo (previsto pela Lei 7.716/1989).” (Rodas, 2021).

Assim, interpretação realizada pelo ativismo judicial garantiu a efetividade e alcançou a justiça social. Os juízes ativistas atuam de forma expansiva de acordo com a realidade social produzem a busca pela efetividade através de criação do direito, inovando ou preenchendo omissões para atender a sociedade de maneira satisfatória. O homem é dinâmico em si “o homem é a medida de todas as coisas” (Comte-Sponville, 2003). A efetividade da aplicação dos direitos fundamentais traz ao ordenamento jurídico a justificação do próprio direito em si.

Nesse interim, as condutas são direcionadas exatamente com o exame da Constituição, independente de qualquer um dos poderes. Nesse sentido, a forma de atuação do juiz em prestar a subsunção da lei ao caso concreto muitas vezes poderá ir além, expandindo sua interpretação e garantindo a supremacia da Constituição.

Importante consignar, o ativismo judicial por muitas vezes duramente criticado faz refletir em até que ponto a decisão fundamentada na interpretação constitucional para cumprir e dar efetividade aos direitos relacionados poderá sustentar e promover o bem-estar comum, sem observar as consequências jurídicas perante outras esferas como nas áreas econômica e políticas.

O dinamismo do Direito, mostra que os conceitos jurídicos ampliam sua interpretação diante do contexto social. A necessidade de interpretar a Constituição amparada pela discricionariedade por vezes pode causar excesso de subjetividades.

Segundo Lênio Streck:

“deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável ao caso. Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão, condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário compreender o que se quer

interpretar. Este “estar diante” de algo é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição.” (Streck, 2011).

Com efeito, as decisões na visão de Streck, pode trazer efeitos colaterais. Deveras, a discricionariedade judicial foi potencializada após a Constituição de 1988, assegurando os direitos fundamentais com excesso de subjetividade, todavia, a importância de observar os precedentes judiciais são necessários para a moderação aplicados pela “superação (*overruling*)- o precedente não mais se sustenta, de modo que não poderá ser aplicado ao caso em julgamento ou distinção (*distinguishing*) - utilizada para fundamentar a decisão de aplicar ou não o precedente para solucionar o caso em julgamento”, (Fensterseifer, 2016), para a própria segurança jurídica com o aspecto objetivo da estabilidade e reduzir a discricionariedade.

Não obstante, a necessidade de revisão ou inovação no contexto social é necessária para dar efetividade ao processo judicial, os juízes por vezes são estimulados por força de dizer o direito para evolução e cumprimento da justiça social. Os Tribunais constroem de forma ativa e com criatividade a ordem jurídica.

Como explica o professor Barroso, a atividade criativa do juiz potencializa o dever de fundamentar, mas para assegurar a sua legitimidade e a racionalidade de sua interpretação o intérprete deverá:

“(I) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (II) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões universais não devem ser casuísticas; (III) **levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos**”. (Barroso, 2023, grifo meu).

Dessa forma, o efeito expansivo das normas decorrente do ativismo judicial tem como interesse ampliar direitos e garantias fundamentados na Constituição para dar efetividade aos casos concreto, sendo inaplicável o *non liquet* no Poder Judiciário, preservando os direitos fundamentais do ordenamento jurídico.

No entanto, é necessário alertar para o equilíbrio na hora de analisar os direitos incidentes sobre os casos e aplicar o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, vejamos o entendimento dos doutrinadores:

“Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. [...] No conflito

entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro” (Mendes e Branco, 2023).

Com efeito, tudo depende do caso concreto para a resolução do conflito, bem como a realidade social, analisando as lacunas em que, muitas vezes deságua no ativismo jurídico, de modo a solucionar o problema de forma menos danosa. Assim, em relação ao juízo de ponderação:

“O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema (teste da adequação), que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado “teste da necessidade” (*apud* Matos, 1998, p. 18), e que passe no teste da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução” (Mendes e Branco, 2023).

Não obstante, os critérios para atender as demandas estão além da ponderação dos princípios. Exige uma participação mais ampla, há calorosos debates, interpretação extensiva e análise da Constituição. O poder do Judiciário se destaca por tamanha tarefa de colocar os direitos fundamentais como baliza para efetivar os direitos.

Historicamente, por exemplo, “recusava-se a liberdade de expressão aos servidores civis e militares, bem assim o direito de greve, que comprometeria a disciplina e o bom andamento da Administração” (Mendes e Branco, 2023). Atualmente, esse quadro mudou e evoluiu, podendo sim, exercer o direito de greve. Vejamos:

“O STF decidiu por maioria (8 votos a 3) conhecer os Mandados de Injunção 670, 708 e 712 e propor a solução para a omissão legislativa a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, até houver aprovação de lei para o setor público” (Romano, 2022).

A existência de litígios judiciais faz prevalecer que os magistrados cumpram as leis ou seja, não legisla, o que torna desafiador. Nos últimos anos, o Judiciário vem cada vez mais protagonista por força do princípio da inércia da jurisdição, despertando para a resolução dos problemas que rodeiam a sociedade submetidos ao Estado de Direito.

“O Estado de Direito em seu sentido amplo, para Raz, significa que as pessoas devem obedecer às leis e serem reguladas por elas. Porém, em uma teoria política e jurídica, ele deve ser lido de uma maneira mais estrita, no sentido de que o governo deve ser regulado pelas leis e submetido às mesmas” (Vieira, 2017).

Assim, na visão do professor “para Raz, seria impossível governar apenas com normas gerais; qualquer sistema concreto deve ser composto por normas gerais e outras específicas, que em contrapartida devem ser consistentes com as primeiras” (Vieira, 2017).

Diante das regras gerais carente de regras específicas, ou seja, omissões legislativas, há o desafio de se apoiar na Carta Magna, criando um parâmetro sem ultrapassar os limites a fim de assegurar os recursos a que se destina. Essa é a perspectiva do ativismo judicial, tentar promover a satisfação do Direito perante a sociedade e evitar o uso arbitrário do poder.

O uso arbitrário do poder provoca reações e efeitos em toda a sociedade. Streck, afirma “Juízes devem julgar por princípio e não por moral ou política ou por análise econômica. Não é a sua função. É o Direito que deve filtrar a subjetividade, a moral, os desejos políticos e as idiosincrasias dos juízes”. É preciso cautela e evitar o excesso de subjetividade no ativismo judicial.

O professor Streck, destaca em seu artigo “*o STF tem um papel importante no Brasil*, que é um pouco de fazer avançar alguns determinados processos sociais, eu diria até fazer avançar com algumas doses de iluminismo em domínios onde ele ainda não chegou” (Streck, 2016). Sua crítica mencionada destaca-se para ligar o alerta na moderação das decisões judiciais.

Nesse sentido, o ativismo dos magistrados não pode deixar de analisar as consequências, bem como combater o subjetivismo para não ultrapassar as linhas de julgador para legislador. No entanto, a extensão da interpretação que os juízes vêm aplicando reflete através da discricionariedade a necessidade para efetivar o direito, fruto dos conflitos judiciais aclamadas pela sociedade.

A fundamentação das decisões decorre para assegurar as ações resultantes dos conflitos judiciais, visto que, os desdobramentos de uma lei poderão, por vezes, resultar em adaptação das circunstâncias por mutação através das interpretações que os torna plena e eficaz. “[...] considero dever desta Corte adotar uma interpretação eficaz, que seja compatível com um pouco de bom senso e com o bem-estar público (Dworkin, 2014).

Para verificar os argumentos das decisões judiciais, Toledo aborda em como Habermas expõe a composição dos argumentos práticos:

“a) Argumentos pragmáticos – relacionados com a escolha de técnicas e estratégias de ação, especialmente com base em critérios de eficiência e utilidade, de acordo com uma relação de meio-fim; b) Argumentos éticos - relacionados com a tradição que dá identidade (autocompreensão cultural e política) a um determinado indivíduo ou sociedade, ou seja, argumentos pelos quais os membros de uma sociedade procuram esclarecer o modo de vida em comum; c) Argumentos morais – referem-se ao “interesse simétrico de todos” e apresentam a forma semântica de imperativos categóricos, sendo relacionados com o princípio da universalização. Uma norma só é universalmente justa quando todos podem querer que seja cumprida por qualquer pessoa que se encontra numa situação semelhante.” (Toledo, 2022).

Não obstante, Toledo, aborda outro tipo de discurso, o empírico, conforme Alexy “o discurso empírico descreve a realidade, por meio de argumentos referentes a fatos concretos e dados científicos” (Toledo, 2022). Assim, tudo depende do caso concreto para que a decisão realizada através do ativismo judicial não extrapole demais os limites institucionais.

Como se vê, a prudência nas decisões relativas ao ativismo judicial contribui para o equilíbrio das instituições, mas sem deixar de seguir os parâmetros estabelecidos pela Constituição. Ressalta-se que o próprio legislador constituinte escolheu aprimorar e salvaguardar o Poder Judiciário, mas na contramão, vemos que o legislador também inclui em seus textos cláusulas gerais ou omissões, criando oportunidades para os juízes criarem jurisprudências.

Importante destacar, o Poder Judiciário tem a função de além de garantir os direitos fundamentais, conter não só seus excessos, mas também os exercidos por outros poderes. A efetivação dos direitos possibilita ao mesmo tempo analisar os critérios da sua aplicabilidade perante a Constituição Federal com a subsunção do fato a norma no julgamento contencioso e assegurar a segurança jurídica, através da ponderação dos princípios para concretização dos direitos fundamentais no direito positivo.

Para tanto, dependendo da densidade das normas constitucionais, a solução é a “adequação das normas às novas necessidades de cada tempo”, um exemplo são as normas pragmáticas, pois elas são normas de eficácia limitada (Mendes, 2023).

Assim, os magistrados são estimulados a interpretar e aplicar os direitos através da discricionariedade que, por muitas vezes para garantir a sua efetividade

pode ultrapassar a esfera jurídica e invadir outros cenários. Interessante, a constante judicialização decorrente da política, através dos partidos políticos, recebe cada vez mais demandas que por vezes, seria atribuída ao próprio poder Legislativo, sendo o último degrau para a solução dos conflitos.

Desse modo, “O verdadeiro perigo a prevenir não está, portanto, em que os juízes sejam criadores do direito e como tais se apresentem, mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o “modo” do processo jurisdicional” (Capelletti, 1993). Ele sustentava que o juiz deve sempre observar os limites não só do direito material, mas como também processual.

Portanto, a função jurisdicional é atividade estatal e tem como objetivo tutelar os direitos subjetivos violados. “A jurisdição é o poder-dever e atividade do Estado, que por meio do *jus imperii* e do processo, decide conflitos de interesse, impondo seu resultado aos litigantes, na função de dizer e realizar o direito” (Vieira, 2010).

Nesse trilhar, aplicar as normas jurídicas decorrente da interpretação dos princípios e regras e, ainda da sociedade dinâmica, nos faz refletir que não é atoa que existe a independência no Poder Judiciário, para buscar critérios distantes das existentes na política. Aplaudidos em toda comunidade jurídica para garantir a efetividade constitucional.

Quando há no ordenamento jurídico conceitos mais amplos analisada por meio do controle de constitucionalidade das leis, através Ação Direta de Constitucionalidade ou na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, verifica-se a importância de interpretar a norma com mais cautela baseada em parâmetros, por exemplo, a utilidade e seus efeitos, dependendo, por vezes, de uma postura criativa.

Com esse pensamento “A produção do direito ou criatividade jurisdicional nos faz refletir sobre a crucial questão: o juiz seria mero intérprete-aplicador do Direito ou se participa *in lato sensu*, da atividade legislativa, da criação do Direito” (Leite, 2018). Trata-se de uma elevada avocação para solucionar as demandas devido a necessidade de preencher as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, fortalecendo a democracia.

Inclusive, somente por conta da democracia e a independência do Poder Judiciário é que possível interpretar a lei, assegurado pela Constituição Federal do Brasil. As garantias institucionais à magistratura é que garante o seu pleno exercício, inclusive por meio da interpretação jurídica. Barroso conceitua claramente sobre a interpretação jurídica:

“A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o ser ao dever-ser. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão” (Barroso, 2023).

Na interpretação das normas, quando há maior grau de complexidade, surge as construções hermenêuticas que dão formas com as decisões ativistas. Essas decisões ocorrem por causa da judicialização da política. Assim, “é certo que a escolha do método de interpretar a constituição tem um vínculo muito próximo e é determinante para identificar graus de ativismo judicial” (Campos, 2012).

A judicialização da política faz refletir em quanto mais for complexa a causa, mais o grau de ativismo judicial poderá ser maximizado conforme o exercício do poder. O interessante é que o juiz pode e deve atuar dentro da limitação conforme o método de ponderação.

Todavia, a complexidade hermenêutica pode ocasionar colisão entre direitos fundamentais, mas tudo depende do caso concreto. Os parâmetros para então, equalizar a diversidade dos fatores como nas áreas da economia, política ou jurídica, advém da interpretação constitucional.

Nesse ponto, “Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem [...] são mandados de otimização [...]” (Mendes e Branco, 2023). Assim, a interpretação consubstanciada nos princípios, contribuem para a melhor solução.

Em que pese, no conflito entre princípios no caso concreto, o cuidado ao analisá-los é essencial para não transgredir nas decisões com o ativismo judicial e gerar faísca entre os poderes, quando se trata de dar efetividade além do campo jurídico para o social. A realização do direito gerado pelos magistrados, requer parcimônia, atentando-se aos efeitos em cadeia, pois os mecanismos dependem da possibilidade de garantir os direitos fundamentais, não apenas com a simples aplicação da norma, mas em toda conjectura para dar efetividade constitucional e real.

Logo, diante da interpretação extensiva, será que o ativismo judicial gera um exercício ilegítimo de suas funções? Ou apenas cumpre com o dever dar solução à

questão objeto da judicialização? Deveras, o debate sobre o ativismo é exatamente compreender como a “norma decisão (regra concreta que decide a questão)”, poderá contribuir ou interferir diante do Princípio da Separação dos Poderes.

Há necessidade de compreender que a força e o poder dos magistrados atingem e faz cumprir os direitos além de direcioná-las, no sentido de promover a justiça social, mas de forma a examinar até que ponto poderá avançar, sem prejudicar a sociedade.

3.1 O papel dos princípios balizadores no ativismo judicial

As questões, de fato, são complexas, por isso, a importância de analisar a discussão acerca do ativismo judicial, considerando os desdobramentos que sempre surgem. Em razão disso, a racionalidade surge como importante fator de contribuição, vejamos:

“Racionalidade entendida como resolução de um problema jurídico por meio da razão, por força do melhor argumento. Ou seja, como a produção de um juízo jurídico individual (resposta judicial) correto (justo) e ao mesmo tempo assentado no quadro da ordem jurídica vigente.” (Pardo, 2002).

O uso dos princípios surge como balizadores, um ponto de equilíbrio. “Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração” (Mendes, 2023).

Nessa esteira, as normas constitucionais são especificadas da seguinte forma:

“As normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político. [...], os princípios instrumentais de interpretação constitucional, constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta.” (Barroso, 2022).

Por consequência, atentemos para o apontamento sobre o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, amparada pelo Art. 2.º, VI, da Lei n. 9.784/99. Expõe a doutrina acerca da colisão entre valores:

[...] Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos: necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legítima

se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa; adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição” (Lenza, 2023).

Outro ponto, indispensável, é observar o princípio da vedação ao retrocesso. Ingo Wolfgang, aponta:

“Tanto a doutrina, quanto, ainda que muito paulatinamente, a jurisprudência, vêm reconhecendo a vigência, como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso social, a coibir medidas que, mediante a revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal e de direitos fundamentais nela consagrados” (Sarlet e Marinoni, 2022).

Com relação ao trecho supracitado, tem por objetivo evitar que os direitos fundamentais conquistados sejam modificados ou abolidos para não prejudicar a sociedade brasileira. Por conseguinte, o modo proativo do Poder Judiciário é deveras importante em não negar por exemplo, um tratamento de saúde, como, por várias vezes, é negado pelo poder público, porém com cautela.

Nesse contexto, no entanto, em relação ao princípio da igualdade, vamos recordar essa lição:

“Tenho tentado mostrar esse grau de autonomia do direito. Ele não pode ser corrigido por subjetivismos, seja com que roupagem for, se éticas ou morais ou moralizantes — por exemplo, **a autorização de julgamento por equidade, presente também no projeto do novo CPC, jamais poderá significar um alibi para que o juiz se afaste do sistema de direito e julgue conforme critérios morais, econômicos, políticos, etc.** Nessa linha, tenho utilizado algumas ilustrações. Confesso, ilustrações duras e até antipáticas. Mas bastante didáticas e isto ninguém pode negar! Por exemplo, um aluno de medicina ou biologia alega objeção de consciência para não frequentar a cadeira de anatomia, onde são feitos exercícios com animais (dissecação). Entra em juízo e pede que a Universidade lhe proporcione um curriculum alternativo. O judiciário concede a ordem. Qual é o problema dessa decisão? Sem dúvida, a decisão é equivocada. Sem discutir o direito dos animais (essa é outra questão), não parece constitucional que o restante da sociedade transfira recursos para proporcionar o bem-estar da consciência moral do nosso pretendente a esculápio. O juiz terá que responder a algumas perguntas, como: há um direito fundamental a cursar medicina? Se não há, o pleito não vinga. Segundo: a conduta é universalizável? Um estudante de direito pode alegar problemas morais e não cursar direito penal, por exemplo? E na engenharia, pode o estudante exigir um currículo próprio? E a isonomia,

a igualdade, a república, etc. onde ficam? E os recursos, que são de todos, podem ser desviados em favor de um?" (Streck, 2014, grifo meu).

Nesse trilhar, O art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988 prevê: "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*", isso implica que as normas deverão ser aplicadas sem indiferença, de maneira uniforme para amparar todos aqueles que anseiam e precisam ser acolhidos pelo poder da decisão.

Com efeito, após destaques de alguns princípios que balizam o ativismo judicial, a atividade jurisdicional ao dizer o direito, observa-se o nível de intensidade em que o magistrado deve aplicar. O problema é, pensar como a promoção dos direitos fundamentais se afirme nos limites entre a competência e sua executoriedade judicial.

Assevera-se, as soluções de causas complexas direcionadas aos casos concretos, deve sempre atentar para a segurança jurídica de forma que o legislador tenha tempo para fazer os ajustes necessários para dar efetividade constitucional.

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, por exemplo, é sempre um sistema de alerta por ter reconhecimentos das lesões. Da aplicação para a executoriedade, causa desconforto entre os poderes. Assim, vejamos o ensinamento do Barroso:

"[...] juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia." (Barroso, 2009).

Nesse contexto, o exercício de sua competência está atribuído nos seguintes propósitos, sendo um deles instituir para assegurar e proteger os direitos fundamentais do povo, de forma que, a Constituição é a base de tudo, para direcionar, organizar e assegurar os direitos fundamentais do povo, bem como respeitar as regras da democracia.

É bem certo que o ativismo judicial com sua postura proativa, tem como objetivo maior atender aos anseios da sociedade diante da Constituição Federal. Naturalmente, entre a criação para reconhecer um direito, aplicação e execução como objetivo de assegurar os direitos fundamentais haverá riscos variáveis para o cumprimento das decisões judiciais.

A ascensão na tomada de atitude ao qual incube aos magistrados o poder de decisão, faz surgir as jurisprudências por causa da produção de suas normas em que vinculam o Poder Judiciário. Vejamos:

“[...] assim, é fácil perceber que no sistema que adota o precedente, a função do Judiciário confunde-se muito com a do Legislativo, razão pela qual fica difícil identificar o que seria uma atuação ativista do juiz, pois a produção de boa parte das normas também compete aos tribunais, que possuem papel extremamente ativo no processo de formação do direito e, principalmente, no processo de adaptação dos precedentes diante de novas exigências sociais e axiológicas.” (Ramos, 2010).

Frisa-se, a segurança jurídica advém justamente da sua função jurisdicional, da capacidade de resolver os diversos conflitos sincronizados com a Constituição Federal do Brasil. No entanto, quando há uma hipótese de “inadequação” da solução do problema por afrontar, causar atrito e ultrapassar os limites constitucionais dos outros poderes, busca-se então, aos estudiosos, traçar possíveis parâmetros manter o equilíbrio entre os poderes.

Nesse interim, os princípios, pilares que sustentam o Direito, têm o papel fundamental em proteger e garantir a efetivação dos direitos fundamentais basilares na Carta Magna. O grau de interpretação é que define a intensidade nas decisões no ativismo judicial.

O fato é, para o legislador, a tarefa de regulamentar todos os problemas sociais que surgem demandam tempo, e muita discussão para regulamentação, atendendo muitas vezes aos interesses implícitos e puramente políticos. Nessa esteira, a densidade normativa causa preocupação por conta da sua subjetividade. Vejamos a explicação de Gilmar Mendes:

“[...] a abertura e densidade das normas constitucionais afeta o grau da sua exequibilidade por si mesmas, [...] a classe das normas constitucionais de eficácia limitada (ou reduzida) produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo, a cargo dos poderes constituídos. A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa.” (Mendes e Branco, 2023).

A crítica em relação a judicialização da política ressalta muitas vezes que as decisões não representam a maioria, por isso, deságua as questões no Poder Judiciário, “Nesse processo de formação, troca e empréstimo de força política, as

questões que frequentemente aparecem não dizem respeito a decisões majoritárias” (Shapiro, 1996).

Evidentemente, o poder de criar ou reformar, faz dos magistrados, protagonistas pela sua interpretação, quando provocados para dar a possível solução. Ao juiz, quando decide com base principalmente no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, deverá atentar para os limites baseados em casos concretos que não leve riscos iminentes, de modo que atinjam todo o sistema realizando a justiça social.

4 A RESPONSABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A importância do ativismo judicial reflete que o magistrado não é mais somente “boca da lei” como argumentava Montesquieu, é permitido não só no Brasil, mas em outros países como os Estados Unidos, interpretar a norma constitucional exigindo uma postura de equilíbrio para as decisões, de acordo com a realidade social.

Preceitua na Constituição Federal a competência da guarda atuando para aplicar o Direito às lides decorrentes da jurisdição constitucional. Reconhecendo o fenômeno do ativismo judicial, este, tem o dever de suprir as lacunas da legislação causada pela omissão de outros Poderes ou liga-se o alerta para impor limites ao dever de atender os anseios da sociedade?

A complexidade decorre das relações sociais nos conflitos que outrora são resolvidos no Poder Judiciário, a questão é, que as técnicas muitas vezes são colocadas de forma política-institucional. Por isso, será que ultrapassar os limites fere o Princípio da Separação dos Poderes, disposto no art. 2º da Carta Magna?

O acesso à justiça decorre da função típica do Poder Judiciário de resolver conflitos para garantir os direitos individuais e coletivos, com o objetivo de interpretar e aplicar a lei em cada caso concreto, mas com o passar dos anos houve consideravelmente o enfoque na função atípica com a criatividade dos magistrados em solucionar casos complexos. O interesse em suprir as lacunas que pairavam sobre a função jurisdicional, despertou, então, para refletir em até que ponto os magistrados e tribunais poderiam “legislar” sem interferir de forma agressiva nos outros Poderes.

Interessante como a resolução dos conflitos acaba estimulando o ativismo judicial por causa das lacunas ou reformas transformando em soluções adequadas para a sociedade. Por essa preocupação, surgiu a Teoria da separação dos Poderes para tentar frear as medidas tomadas em todos os Poderes. Cappelletti, nos ensina com essa máxima “*ubi non est actio, ibi non est jurisdiction*” ou seja, diferente do que ocorre nos Poderes Legislativo e Executivo, a jurisdição é inerte, passiva, no qual, o juiz não pode atuar de ofício.

Acertadamente, a Teoria da Separação dos Poderes conhecida, também, como Sistema de Freios e Contrapesos, foi consagrada pelo pensador francês *Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu*, na sua obra:

“O Espírito das leis”, com base nas obras de Aristóteles (Política) e de John Locke (Segundo Tratado do Governo Civil), no período da Revolução Francesa. Montesquieu permeando as ideias desses pensadores e, com isso, explica, amplia e sistematiza, com grande percuciência, a divisão dos poderes. A ideia da divisão de poderes seria para evitar a concentração absoluta do poder nas mãos do soberano, comum no Estado absoluto, que precede as revoluções burguesas, buscando evitar o abuso de poder e garantir a liberdade dos indivíduos. Nesse sentido, Montesquieu pensou a separação de poderes como um mecanismo para evitar esta concentração de poderes e estabelecer uma espécie de controle mútuo” (Barbosa e Saracho, 2018).

Quando há tipificação abstrata ou omissão da norma, é levada aos magistrados o poder de decisão, o que faz do Poder Judiciário também um poder político. Dessa forma, a relação entre os poderes amparada pelo princípio da separação dos poderes, consagrada no art. 2º da Constituição Federal, "Art. 2. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.", é pertinente de acordo com o Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte:

“o sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de **Estado Democrático** e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são **atos gerais** ou são **especiais**. Os **atos gerais**, que só podem ser praticados pelo **poder legislativo**, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de **atos especiais**. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a **ação fiscalizadora do poder judiciário**, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência” (Dallari, 1985, grifo meu).

Nesse sentido, vejamos o entendimento do STF, no julgamento da MS 23.452:

“EMENTA: [...]. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação dos poderes, poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. **Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos**

cometidos em qualquer das esferas governamentais [...]. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário, *DJ* de 12.05.2000, grifo meu).

Vale ressaltar o ensinamento de Camargo (2016, p. 237) em de que além da teoria clássica da separação dos poderes, há outros papéis atribuídos como “controlar os demais poderes, pois é a essência da repartição a limitação do poder e, buscar a defesa e a concretização dos direitos fundamentais”.

Assim, percebe-se que o Direito e a Política andam juntos e as decisões são fundamentadas através da hermenêutica possuindo um caráter axiológico amparada pelo neoconstitucionalismo. Segundo Lenza:

“O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito”. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positividade e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva” (Lenza, 2019).

Na perspectiva em que o Direito e a Política andam juntos, há necessidade de abordar a diferença entre a racionalidade jurídica e a racionalidade política:

“Se a racionalidade jurídica possui um quadro normativo determinado dentro do qual está orientada à realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, o mesmo não ocorre com a racionalidade política: esta encontra diversos setores da sociedade que possuem bens próprios, frequentemente conflitantes com os bens de outros setores concorrentes, e dependem da escolha política para fazer valer seus interesses.” (Teixeira, 2012).

Deveras, não basta o encorajamento de certas posturas estar solidificado diante das garantias constitucionais como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos em que fortalece os magistrados. O problema é que a postura dos juízes ativistas inerente à orientação da Constituição Federal pode muitas vezes ultrapassar do que deve ser ao que não poderia ser.

Para atender um caso concreto com um fim específico, caberá uma avaliação dos impactos, ou seja, é preciso atentar aos efeitos que por muitas vezes é causada pela transferência de responsabilidade diante da inercia dos outros poderes. Por exemplo, o efeito backlash.

Marmelstein, conceitua o efeito *backlash* como “uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um *contra-ataque* político ao resultado de uma deliberação judicial” (Marmelstein, 2016).

Nessa esteira, o Ministro Celso de Mello, referente a discussão sobre o Congresso querer mudar regras internas do STF por meio da PEC, aponta “o poder reformador do Congresso Nacional não autoriza nem legitima o desrespeito às cláusulas pétreas ou cláusulas de salvaguarda do núcleo irreformável da Constituição”. Celso continua a discorrer “É, portanto, a própria Constituição que delimita o campo de incidência da atividade legislativa, vedando ao Congresso Nacional a edição de normas que visem a disciplinar matéria que a Constituição reservou, com exclusividade, à competência normativa dos tribunais” (Casal, 2023).

Assim sendo, é notório que a tomada de decisão com fins ideológicos não atende os interesses próprios da sociedade e sim aos “jogos políticos” prejudicando a defesa dos direitos fundamentais. A complexidade das questões quando atinge outros órgãos de Poder, ocorre quando há confronto ao princípio da separação dos poderes.

Contudo, importante salientar, as lides processuais existem para a implementação dos direitos ampliados pela interpretação extensiva. Não poderá haver abstenção, tanto que a discricionariedade praticada pelos magistrados através do ativismo judicial nas últimas décadas, desperta holofotes por causar desconforto nos outros Poderes.

A simples decisão mediante a subsunção do fato a norma, não garante mais que a aplicação do Direito seja atribuída ao caso concreto, sendo aperfeiçoado através da interpretação extensiva. Assim, Kelsen explica: “É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo, especialmente pelos tribunais de última instância” (Kelsen, 1994).

O fato é, criar Direito novo, poderá ultrapassar os limites do Poder Judiciário, mas põe fim ao conflito judicial. Para isso, ter cautela por vezes solucionando um caso concreto, seria uma forma de não abalar o Estado Democrático de Direito. O dever de promover os direitos fundamentais sem limites gera oposição ao ativismo. Essa forma de oposição, fruto de insatisfação, por ocorrer questões de grande complexidade e ocasionar desconfiança do legislador, entretanto, a revisão ou aprimoramento das decisões está amparada na supremacia da constituição.

Comprovada as omissões pela Administração Pública e acionada os conflitos no Poder Judiciário, somente a função jurisdicional tem o poder de criar, dizer e garantir o direito. Nesse sentido, afirma Britto:

“[...] o Judiciário, com as suas contradições e acertos que não cabem aqui aprofundar, se tornou o último responsável pela ratificação executória de toda política pública, federal, estadual ou municipal. Basta que se observe que fora o Judiciário quem definiu a secular questão indígena, a autorização para as pesquisas com as células-tronco embrionárias, a quebra do monopólio da PETROBRÁS sobre o exploração e refino do petróleo, a amplitude da liberdade de imprensa, a proibição do nepotismo, a transformação do refúgio político em simples ato administrativo, o asilo em ato judicialmente controlável, a tortura em crime banal, a fidelidade partidária como impositivo constitucional, os limites legais e éticos das campanhas eleitorais, o papel dos correios e das agências reguladoras, as restrições ao constitucional direito de greve [...]” (Britto, 2010).

O que desperta o Poder Judiciário a ter atitudes além da aplicação das normas, é justamente a autonomia que a função jurisdicional tem, por não ser submetida a nenhum outro poder. Não obstante, a responsabilidade das decisões dos magistrados aumenta quando há grandes questões complexas como morais, culturais, sociais, econômicas e principalmente políticas.

No cenário atual, a busca pela judicialização por questão que talvez não precise ser discutida no poder judiciário, acontece muitas vezes por falta de diálogo institucional. Indaga-se: as normas são moldadas de acordo com a vida em sociedade ou a vida em sociedade é moldada de acordo com as normas?

Nesse trilhar, as normas jurídicas são criadas, observando a dinâmica que envolve a sociedade, providenciando e direcionando os fins a quem se destina a depender do caso concreto.

É preciso atentar que, a resolução de determinados conflitos, nem sempre será amparada pela capacidade institucional do Poder Judiciário e mesmo que amparada poderá ocasionar em consequências que dificultam efetividade das decisões. Alguns temas envolvem especificidades que exigem habilidades científicas, dificultando o poder de decisão ou solucionando de forma prejudicial, por isso surge o diálogo institucional para que as dúvidas sejam sanadas em determinados assuntos.

Desse modo, a importância de conter a discricionariedade praticada pelos magistrados, como interpretadores da Constituição, e direcionar as demandas sociais mais complexas para o diálogo entre as instituições, talvez, seja um dos critérios essenciais para evitar excesso de críticas ao ativismo judicial e efeitos inesperados.

O diálogo institucional, tem por objetivo abordar questões constitucionais complexas por meio de debates e de forma transparente amparados pelo Estado Democrático de Direito. Assim, defende Godoy e Filho:

“A utilização meramente retórica da noção de diálogos apagou por completo a dimensão crítica da proposta, desconsiderando-se que em paralelo à defesa da independência da jurisdição constitucional **estava o exercício de sua competência em direção à promoção da democracia deliberativa. Assim, a ideia de diálogos não significa a mera defesa da separação de funções, e sim também o aprimoramento da jurisdição**” (Godoy e Machado Filho, 2022, grifo meu).

Dessa forma, o exercício do funcionalismo democrático contribui para que os três Poderes possam interagir e interpretar para decidir a melhor forma de aplicação e efetivação da norma constitucional. Um importante instrumento com previsão legal são as audiências públicas.

Uma situação em que se buscou uma expertise no assunto foi diante das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde. Mendes menciona:

“A existência de um número significativo de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde motivou a convocação, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, de uma audiência pública sobre o tema. Entre os dias 27-29 de abril e 4-7 de maio de 2009, a Corte transformou-se em um verdadeiro fórum para reflexão e argumentação, mediante a realização de uma audiência pública sobre saúde [...], o objetivo específico foi esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde e o SUS. [...] os dados coletados na Audiência Pública subsidiaram a decisão da Presidência do Tribunal na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, que fixou alguns parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde como tentativa de dar resposta ao protagonismo judicial crescente na matéria.” (Mendes e Branco, 2023).

O desempenho através do diálogo das instituições, apesar de haver conflitos principalmente na escolha dos interesses políticos, para a compreensão e elaboração da solução mais apropriada pela função técnica, poderá resultar em construir pontes com os demais Poderes.

Agir com responsabilidade em dar efetividade ao direito social amparado na Constituição, no entanto, resulta em muitas vezes com posturas incondizentes ao tratamento para julgar grandes questões problemáticas. Averiguemos essa observação:

“Roberto Gargarella chama atenção para o fato de que nossa cultura e nosso sistema institucional não estão acostumados ou desenhados para essa interação tão necessária [...]. Segundo Gargarella, isso acontece porque vigora em boa parte dos países da América Latina: “(I) uma concepção pluralista de democracia; (II) um sistema de freios e contrapesos destinado a evitar a guerra (ao invés de destinado a promover a cooperação entre os Poderes); e (III) uma distância entre o povo, seus representantes e as instituições.” (Godoy e Filho, 2022).

Em que pese, na história do Brasil, o ativismo judicial ganha destaque justamente por outros Poderes simplesmente deixarem lacunas. Nessa esteira, os Poderes vêm com o passar dos tempos, cada vez mais discutindo a possibilidade de uma maior interação para tomar a melhor decisão, de modo a promover a cooperação, notemos o julgamento sobre a Desaposentação, O Ministro Rel. Min. Roberto Barroso, no RE 661.256, em 09 de outubro de 2014 afirmou que:

“Por fim, a decisão aqui lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, **fez questão de abrir um diálogo institucional e respeitar a separação de Poderes**. A solução aqui alvitada decorre da interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação, mas é certamente inovadora, na medida em que supre uma lacuna referente ao tratamento jurídico da desaposentação. **Nessa linha, fixou-se um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o início de sua aplicação, facultando-se ao Legislativo e ao Executivo prover acerca da matéria, sanando a lacuna de maneira diversa, se assim entenderem**” (Grifo meu).

Dessa maneira, é deveras a importância para os magistrados tratar as questões mais complexas com o dinamismo, atuando por diálogos institucionais para justificar os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, sem a necessidade de ultrapassar os limites previstos na Constituição para preservar a democracia.

4.1 A autocontenção no ativismo judicial será a solução?

Atualmente, vê-se o ativismo judicial como prejudicial aos olhos do Poder Legislativo, na realidade política há em tramitação um projeto de lei em que restringe as decisões monocráticas dos ministros do Supremo Tribunal Federal, proibindo decisões que suspendam a eficácia de uma lei. Projeto em que poderá afetar a democracia, tratando os direitos fundamentais com descaso perante a sociedade.

Nesse cenário, o ativismo judicial busca dar efetividade do Direito ao aplicar os direitos na defesa dos interesses da sociedade, mas como evitar que a eficácia não

cause efeitos desastrosos nos outros poderes? O autocontrole ou autocontenção judicial (*self restraint*), seria ideal ou destruiria as possibilidades jurídicas de garantir o direito fundamental fundamentado na interpretação da Constituição?

A autocontenção judicial, como explica Grostein é “uma redução do poder normativamente estabelecido aos órgãos judiciais pelo ordenamento jurídico-positivado. O comportamento autocontido é, em suma, um fenômeno redutor da atuação judicial”.

No entanto, o julgador ao limitar sua atuação jurisdicional consistente no princípio da separação dos poderes, deixaria de resolver as lacunas deixadas pelo poder legislativo e resultaria em frustração por não apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos.

Com efeito, assevera o ilustre Professor:

“A defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessário uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas. Entretanto, a defesa de posturas substancialistas e concretistas acerca da utilização da jurisdição constitucional – que implica inexorável avanço em relação às tradicionais posturas *self restraining* – não pode ser confundida com decisionismos e atitudes pragmati(cis)tas, em que o Judiciário se substitui ao legislador [...], Deve-se evitar aquilo que se denomina de “ativismo”. Ou seja, deve-se ter bem clara a distinção entre judicialização, que é contingencial e produto de (in)competências na relação entre os Poderes, e ativismo, que é sempre decorrente de um problema solipsista-comportamental.” (Streck, 2011).

Nesse contexto, o repúdio à discricionariedade do poder público apontado por alguns juristas é revelado como um confronto ao Estado Democrático de Direito, mas o magistrado, não pode se esquivar dos deveres de analisar o caso concreto. Todavia, Cappelletti aborda brilhantemente, “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias” (Cappelletti, 1999).

Conter a jurisdição constitucional advindo do ativismo judicial em que se trata não só de assuntos jurídicos, mas também assuntos políticos, revela-se um desafio ao tentar manter o equilíbrio institucional entre os poderes, mas essa forma de autolimitação judicial nos remete ao jurista Grostein, em sua Tese, cita a expressão minimalismo judicial marcado pela limitação e superficialidade das questões judiciais. Percebamos a sua fundamentação:

“O minimalismo está fundado em duas razões: (I) a de que ele favorece a democracia (abrindo margem para a deliberação política sobretudo nas questões mais sensíveis socialmente) e (II) a da constatação de que o judiciário pode tomar decisões equivocadas, ineficientes ou criar novos problemas ao julgar questões de alta complexidade sobre as quais ele não detém todas as informações ou ferramentas necessárias (Grostein, 2020).

A questão de que não detém todas as informações ou ferramentas necessárias como forma de adotar uma postura de autocontenção seria uma forma temerária para “favorecer a democracia” e evitar novos conflitos ou uma forma de respeitar o princípio da separação dos poderes? Por isso, há necessidade de debater essas questões judiciais e alertar que o ativismo judicial enfrenta o dever de dar efetividade à Constituição sem ofuscar os demais poderes, bem como proteger e prevalecer os direitos aos necessitados.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, encontra-se no rol dos direitos fundamentais em seu art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, além disso, também está consagrado no Código de Processo Civil na redação do art. 3º, segundo o qual “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Dessa forma, seria interessante o Poder Judiciário limitar o uso da sua força para não resultar em supremacia judicial? A ponderação ao tomar decisões complexas realmente resolveria os problemas sociais ou atenderia os interesses da elite brasileira?

Apesar do Direito não regular por completo todas os problemas complexos existentes na sociedade, quando chega no Poder Judiciário, o magistrado não pode abster-se de solucioná-los, porém, terá que motivar suas decisões, na inteligência do art. 93, inciso IX da Constituição. Nesse sentido, ainda que solucione o problema com a hermenêutica jurídica, “surge a necessidade de estabelecer parâmetros objetivos e critérios firmes de interpretação” (Lenza, 2019).

Convenhamos, é possível sim reconhecer que as necessidades surgem e são modificadas a cada tempo, mas a importância dos juízes ao exercer o ativismo judicial não compromete o princípio da separação dos poderes, mas sim colabora por muitas vezes para a promoção da justiça social.

Todavia, de acordo com Barroso, o Judiciário deve equalizar as decisões através da autocontenção judicial, como forma de reduzir a interferência nas ações de outros Poderes. Vejamos:

“Por essa linha, juízes e tribunais a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.” (Barroso, 2012).

Entretanto, nem sempre as questões são tratadas dessa forma, é preciso no ativismo judicial ao tratar as questões amparadas pela Constituição buscar limites e tratar com responsabilidade na solução dos conflitos judiciais.

Nesse aspecto, explica o doutrinador:

“[...] o Judiciário não pode permanecer sem reação perante claras violações da Constituição pelos legisladores. Essa seria uma postura passivista que faria o juiz abdicar de seu papel. Por outro lado, o juiz tampouco deve ser ativista, intervindo demasiadamente em problemas políticos julgados pelo legislador [...]” (Dimoulis e Lunardi, 2011).

O Poder Judiciário tem o dever de tratar as omissões decorrentes dos demais Poderes, de modo que, as atitudes do magistrado são deveras importantes para a sociedade quanto a sua expectativa do direito almejado, aplicando os direitos fundamentais asseguradas pela Constituição. Assim, por muitas vezes, como forma de promover equilíbrio.

Não se pode olvidar, o controle de constitucionalidade é fator propulsante para o fenômeno do ativismo judicial, por isso a solução dos conflitos judiciais causa tantas discussões a depender do grau de tratamento dado. Entretanto, ao avaliar até onde haverá limites, o que se deve realmente evitar é a instabilidade jurídica.

Nessa celeuma, o professor Luiz Araújo, explica como a interpretação evolutiva e sua adaptabilidade com cautela, poderá contribuir para a autocontenção nas decisões judiciais:

“A interpretação evolutiva (ou incrementalista) permite a adaptabilidade da constituição às novas realidades sociais, mas sem sobressaltos, sem movimentos abruptos e sim, ao contrário, por alterações minimalistas e prudentes, em que o exercício da discricionariedade judicial é medido e cauteloso”. (Araújo, 2018).

Assim, há necessidade de avaliar com responsabilidade a tomada de decisão para atender as necessidades básicas da sociedade a ser fundamentado com racionalidade para a garantir a efetividade dos direitos fundamentais. “Quando se fala em racionalidade da decisão judicial, deve-se fazer referência não só à certeza do Direito (segurança jurídica), mas também à correção da resposta judicial (aceitabilidade racional ou justiça da decisão judicial).” (Pardo, 2002).

O juiz contemporâneo enfrenta desafios diante de questões complexas advindos da modernidade, por isso, a missão de interpretar não é fácil quando se trata de conceitos jurídicos indeterminados. Luiza Rozas explica:

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de núcleo conceitual. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado. De um lado, há a zona de certeza positiva, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a zona de certeza negativa, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito. Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de zona de incerteza ou halo conceitual (Rozas, 2019).

Por termos tantos conceitos indeterminados, o juiz necessita de outras fontes, além das fontes diretas como as leis e princípios gerais do direito, as fontes indiretas, ou seja, as jurisprudências, doutrinas e equidade para produzir e solucionar os conflitos judiciais, atuando muitas vezes de forma proativa para sua concretização.

Com efeito, o poder discricionário tratado no ativismo judicial, é explorado para tratar da realidade dos fatos, no caso concreto. Entretanto, é preciso determinar o seu alcance para evitar os efeitos cascatas em todo o sistema brasileiro.

5 A BARREIRA ENTRE A CRIAÇÃO, A APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DO DIREITO REALIZADA PELO ATIVISMO JUDICIAL NA LUTA PELA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As normas da Constituição Federal servem de apoio a todo o ordenamento jurídico, com isso, quando há um reconhecimento da lesão, torna-se exigível, principalmente em relação aos direitos sociais. Interessante analisar a forma com Bobbio afirma, que não há como regular todo o contexto social em que vivemos transformando em lei “é inconcebível um ordenamento que regule todas as ações possíveis como uma modalidade normativa, ou, em outras palavras, que abrace todas as ações possíveis com um único juízo de qualificação [...]” (Bobbio, 2014).

Desse modo, muitas vezes, ocorre normas com eficácia limitada, em que a sua aplicabilidade não tem a força de produzir todos os efeitos, logo, “precisa de norma regulamentadora infraconstitucional a ser editada pelo Poder, órgão ou autoridade competente, ou até mesmo de integração por meio de emenda constitucional” (Lenza, 2019).

Nessa esteira, há casos complexos que diante da insuficiência ou lacunas no ordenamento jurídico, o ativismo judicial é realizado pela discricionariedade, “a superação do problema normativo ocorreria com um novo equilíbrio, no qual o Judiciário seria reconciliado com a ordem constitucional e a democracia” (Koener, 2013).

Outrossim, a democratização para a realização dos direitos fundamentais sociais, provocada no poder judiciário, diante da inércia do poder legislativo, alerta para o aspecto da discricionariedade e subjetividade nas decisões para obtenção da eficácia jurídica. Desse modo, vejamos os ensinamentos da professora Di Pietro em relação a discricionariedade:

“O poder da Administração é **discricionário**, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador [...] Administração ultrapassa esses limites, se a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei [...] A atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.” (Di Pietro, 2023, grifo meu).

Com efeito, Hans Kelsen ensina sobre o resultado de uma interpretação jurídica:

“O resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções.” (Kelsen, 1998).

Por isso, a discricionariedade atribuída às autoridades, servem para os juízes ao exercerem o ativismo judicial, não deixarem de cumprir o seu dever de solucionar os conflitos, claro, nos limites, não interferindo com ampla executoriedade nas políticas públicas.

Em relação à eficácia jurídica, as normas constitucionais possuem um grau de intensidade, propiciando maior ou menor grau de intensidade, aplicadas exatamente nos limites impostos de acordo com o objetivo almejado. Contudo, a possibilidade de promover a exigibilidade do direito fundamental social pelo ativismo judicial nos conduz a refletir, será que reconhecer um direito e tornar factível, ultrapassaria os limites e invadiria a seara econômica de domínio do Estado?

O que fazer, então, quando há judicialização das demandas políticas? O comportamento ativista dos magistrados surge justamente da provocação de outras instituições por falta de legislação adequada para resolver questões que permeiam a sociedade. Flávia Lima em sua tese, expõe:

“A judicialização não é permanente, tampouco uniforme. Há momentos em que a interação é maior; em outros, menor. Isso ocorre tanto na corte quanto no próprio poder legislativo. Como visto, em sistemas altamente judicializados, a corte “legisla” e o parlamento é influenciado pela linguagem jurídica.” (Lima, 2013).

Assim, o um dos principais conflitos que surgem é exatamente sobre direitos fundamentais sociais em que se consolida e transforma a decisão por meio da discricionariedade, fazendo com que políticas públicas sejam modificadas e transformadas em Direito.

De tal modo, o ilustre Professor Cappelletti acrescenta a importância do grau da discricionariedade a depender do contexto:

“Certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura,

a música [...], no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – “reproduzi-los”, “aplica-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, tempo e lugar.” (Cappelletti, 1999).

Com esse pensamento, o ativismo judicial deve realmente se preocupar com questões como a reserva do possível? Será que há realmente limites para promover a justiça social de acordo com normas constitucionais? O papel do magistrado seria antes de tudo pensar no dispêndio financeiro para então, realizar a executoriedade do direito lesionado?

No contexto atual, verifica-se também em diversas situações que haverá legislações inconstitucionais, por ferir a Constituição Federal, pois, muitas vezes, a controvérsia ultrapassa os interesses das partes, enfrentando a matéria sob as perspectivas econômicas, jurídicas e até políticas.

Vejamos um julgado com base no teto do funcionalismo público, implementado pela (EC 41/2003):

“Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TETO DE RETRIBUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA FIXADOS. EXCESSOS. PERCEPÇÃO NÃO RESPALDADA PELA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE. 1. O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. 2. **A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. Os valores que ultrapassam os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos.** 3. A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos: (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; e (b) **que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal.** O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional. 4. Recurso extraordinário provido.” (RE 609381, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-242 DIVULG 10-12-2014 PUBLIC 11-12-2014, grifo meu).

A jurisdição constitucional, através do ativismo dos magistrados, deverá cumprir sua função social, com zelo, mas sem titubear quanto as reais possibilidades para a executoriedade da realização do Direito. Entretanto, o Judiciário não pode ocupar o lugar do legislador, esse, eleito pelo povo.

O Estado Democrático de Direito traz como a base do ordenamento jurídico os direitos fundamentais, então, quando há uma compreensão dos magistrados da Constituição para criar instrumentos que possam ultrapassar as barreiras e exercer função típica dos outros poderes, poderá haver sérias consequências.

Nesse interim, por exemplo, quando se trata de fornecimento de medicações à pessoa hipossuficiente, há o dever constitucional de proteger e dar efetividade aos direitos fundamentais. No STJ, no RMS 23184/RS, o Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 19.3.2007, fixou o seguinte entendimento:

“[...] 4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e consequências que possam acarretar a não realização. [...] 6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível. 7. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, não se afastar as delimitações na efetivação da medida socioprotetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico. [...]”

Além disso, indaga-se, o Poder Público ao alegar impossibilidade financeira como argumento para tentar esquivar-se de suas responsabilidades, o vai deixar de cumprir com sua obrigação de prover poderes para dar efetividade aos direitos fundamentais? Será que proteger o bem jurídico tutelado não seria o óbvio a fazer?

Quando há reconhecimento de uma lesão aferida pelos tribunais, principalmente e comumente em relação aos direitos sociais, a exigibilidade deve ser compreendida e cumprida por justamente haver omissão ou lacunas no ordenamento jurídico e, principalmente por serem sonegadas ou não planejadas pelos outros poderes.

Por essa razão, diante da baixa densidade das normas não tratadas pelo Poder Legislativo, surge o ativismo judicial como caráter de urgência para buscar estabilidade social. Contudo, aduz Mendes (2023, p. 1133) “todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos”, mas como não infringir o princípio da separação dos poderes?

A resposta poderia ser, analisando os casos concretos, em cada situação específica. O problema é, quando há uma demanda maior de casos judiciais idênticos

com o mesmo pedido, por exemplo, na área de saúde, então, como atender ao princípio da reserva do possível? Segundo preconiza a doutrina:

A escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. [...], Defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde ou à educação, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. [...], **apesar da realidade da escassez de recursos para o financiamento de políticas públicas de redução de desigualdades, seria possível estabelecer prioridades entre as diversas metas a atingir, racionalizando a sua utilização, a partir da ideia de que determinados gastos, de menor premência social, podem ser diferidos, em favor de outros, reputados indispensáveis e urgentes.** (Mendes e Branco, 2023, grifo meu).

Podemos constatar, em que pese os alertas, o ativismo judicial deve contribuir para a solução mais adequada atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Dessa forma, nem sempre a ideia da reserva do possível deve prosperar, por haver condições, sim, de implementar e executar as ações decorrente de lesões. Vejamos os apontamentos do professor Lenza (2023, grifo meu), com relação à judicialização de conflitos relacionados a saúde:

“RE 855.178 (tema 793 da RG): à luz dos arts. 2.º e 198 da Constituição Federal, há **responsabilidade solidária entre os entes federados** pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como **o fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamento médico** adequado aos necessitados? SIM; [...] o STF, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (tema 793): **“os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde**, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro” (RE 855.178, j. 23.05.2019, DJE de 16.04.2020).

Para tanto, com as incansáveis discussões jurídicas, para além de criar as soluções judiciais com as devidas fundamentações amparadas pela Constituição Federal, deve-se atentar ao momento de execução, de modo que, não prevaleça a supremacia judicial, mas sim, garantir o mínimo existencial de forma equilibrada, garantindo no mínimo o direito básico a sociedade. Vejamos:

“O mínimo existencial, portanto, está no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos, cuja existência como direitos realmente fundamentais – e não como meras pretensões dependentes do processo político. [...] No tocante ao exercício da jurisdição constitucional, defende uma ativa e vigorosa atuação do Judiciário e das supremas cortes na defesa dos direitos fundamentais, não apenas como forma de protegê-los contra as minorias, mas também para o avanço do processo social.” (Barroso, 2022).

Nesse sentido, considerando os efeitos da judicialização, na luta pela concretização e execução dos direitos fundamentais com o ativismo judicial, objetivando o Bem-Estar Social, o mínimo existencial constitui um dos fatores essenciais para a promoção da justiça social, quando os outros poderes não conseguem planejar e executar as políticas públicas por suas normas pragmáticas, vem como a última *ratio*, proteger e garantir o direito lesionado.

No tocante a inércia governamental, o Poder Judiciário passa ter atitudes condizentes, pleiteando o acesso aos direitos fundamentais sociais a cidadania. Dessarte, chama atenção o julgamento RE 271.286 AgR; RJT 175/1212-1213 do Min. Celso de Mello:

“A intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde”.

Embora, exista limitação de recursos, as decisões podem ser ponderadas a cada ano, de acordo com a finalidade, através das diretrizes, objetivos e metas do Estado. Então, tudo é uma questão de ponderação, uma vez que, o princípio da reserva do possível é uma teoria que serve de alerta aos possíveis exageros.

Baseada na teoria “econômica” do direito: “A chave para essas decisões é encontrada no princípio “econômico” de que é preciso agir sempre de um modo que seja financeiramente menos dispendioso para o conjunto da comunidade” (Dworkin, 2014).

Desse modo, em relação aos direitos sociais, há uma preocupação em garantir e reparar os cidadãos de acordo com suas necessidades, vejamos:

“É preciso levar em consideração que, em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo. Enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos

cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos [...], Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender) [...]”. (Mendes e Branco, 2023).

De fato, o critério do “desenvolvimento justiça distributiva, é uma das principais características utilizada no Estado Democrático Social de Direito”, (Lenza, 2023). É preciso, atentar sempre ao princípio da dignidade da pessoa humana como forma de garantir o mínimo existencial.

O que importa é, quando há pedidos em relação ao direito à saúde ou à educação, por exemplo, não há como negar o pleito, diante da Constituição Federal, baseado em argumentos da escassez de recursos. A satisfação do direito lesionado em casos concretos, independe do impacto econômico. Será que o magistrado poderá frustrar o cidadão para não transgredir os limites entre os Poderes baseado no argumento da reserva do possível e, não atender os direitos lesionados?

O fator preponderante é, ao pleitear as exigibilidades dos casos concretos, será que o grau de aplicabilidade para a satisfação do direito promove a reflexão nas atuais gestões dos outros poderes em melhorar a organização e programação dos direitos sociais?

Vejamos o que aconteceu em relação a pandemia causada pela Covid-19, demonstrada na doutrina:

“Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde decretou que a contaminação pelo novo coronavírus (covid-19) atingira escala global, passando a ser tratada como pandemia. No Brasil, a pandemia levou à decretação do estado de calamidade pública [...]o Supremo Tribunal Federal foi chamado a arbitrar as medidas necessárias para a conformação da realidade econômica e social experimentada com a ordem jurídico-constitucional vigente. **Segundo o “Painel de Ações da Covid-19”, o STF recebeu, até o mês de setembro de 2020, mais de 5.317 processos tratando da temática da pandemia, nos quais foram proferidas, entre decisões monocráticas e colegiadas, aproximadamente 5.846 manifestações da Corte [...]**O Supremo Tribunal Federal, baseado no federalismo cooperativo que permeia nossa Constituição, afirmou a competência concorrente dos entes da Federação para implementar as medidas de contenção da pandemia [...]**Também foram direcionadas à Corte discussões quanto à omissão do Estado no enfrentamento da crise.** Tal situação ocorreu em um dos casos mais emblemáticos, no qual se reconheceu a omissão do Governo Federal em adotar medidas de combate à covid-19 voltadas aos povos indígenas, especialmente quanto aos isolados ou de contato recente. A Corte, ciente da especial vulnerabilidade dessa parcela da população, determinou a obrigatoriedade de ações como a criação de barreiras sanitárias. [...] Os enormes desafios impostos pela covid-19

demonstraram a necessidade demais planejamento e articulação dos governos municipais, estaduais e federal.” (Mendes, 2023, grifo meu).

Com esse trecho supracitado, percebemos que o ativismo judicial surge, por vezes, para solucionar as dificuldades mais complexas, assegurando a garantia mínima do cumprimento aos direitos fundamentais. De qualquer modo, quando o Poder Judiciário é acionado, as decisões não ocorrem por puro capricho, mas com o objetivo de levar justiça com a concretização dos direitos fundamentais.

Assim, a barreira entre criar, aplicar e executar, existe. O juiz ao fazer a interpretação de forma criativa, fica na linha tênue entre o poder discricionário de legislar através da sua criatividade ou apenas efetivar um direito fundamental amparado pela Constituição Federal de maneira restrita. Por isso, a importância de refletir nos parâmetros para deferir nas decisões diante do constitucionalismo democrático.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial, busca de dar efetividade aos direitos fundamentais, ao observar que os casos complexos que envolvem matéria constitucional balizam todo o ordenamento jurídico, impulsiona aos magistrados e tribunais a interpretar a Constituição na tomada de decisão. Dessa forma, se apoiam em critérios para criar, reformar ou modular os direitos na Constituição Federal através da hermenêutica constitucional, dos princípios basilares, da discricionariedade para solucionar os conflitos judiciais.

No entanto, a questão da responsabilidade ao decidir é crucial para prevenir riscos e, adotar uma postura de autocontenção por causa da subjetividade nas decisões, nos faz refletir, será que realmente há limites, para atender a sociedade carente da omissão legislativa ou falta de incentivo do Poder Executivo, para dar efetividade aos direitos fundamentais? Será que a sociedade pode correr o risco de ficar sem solução por razões de escassez de recursos, por exemplo?

De outro vértice, o mais importante não seria ponderar as decisões sem ultrapassar o princípio da separação dos poderes? A questão é, talvez para encontrar o equilíbrio, as instituições poderiam abrir diálogos com mais frequência.

Com efeito, o interessante é, a sociedade é dinâmica e está em constante evolução, assim como o direito é dinâmico. O ativismo judicial vem crescendo a cada ano, justamente pelo clamor da população que anseia por soluções em que os demais poderes poderiam organizar melhor sua gestão.

Atingir o equilíbrio das decisões por meio da interpretação extensiva é deveras relevante para a construção em que muitas vezes os magistrados devem se auto impor os limites, com consciência das limitações para a satisfação da sociedade em geral e não criar abismos que podem tornar-se irreversíveis. Desse modo, achar o equilíbrio é essencial para o ativismo judicial, pois existe, e pelo modo, continuará existindo.

Não há como negar que existe lacunas no ordenamento jurídico e o papel do juiz não está mais em somente aplicar a letra da lei, por isso, a ponderação é crucial para equilibrar suas decisões e dar efetividade aos direitos fundamentais perante a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, L. H. D. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, p. 129-150, 2018.
- BARBOSA, O. P. A.; SARACHO, A. B. **Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos: checks and balances system**. Brasília: 2018. p. 8. Disponível em: <<https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/39380>>. Acesso em: 10 fev. 2024.
- BARROSO, L. R. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, v. 197, p. 30-60, 1994.
- BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 129, 507, 497, 192-291, 694.
- BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2012. p. 4-8. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 10 out. 2023.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, nº 9, março/abril/ maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/asp>>. Acesso em: 26 nov. 2023.
- BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. [s.l.]: Saraiva Educação SA, 2017. p. 126-127.
- BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 46.
- BRITTO, C. **A judicialização da política e a politização do Judiciário**. 2010. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-do-judiciario>>. 2010. Acesso em: 24 fev. 2024.
- CAMARGO, G. Z. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, v. 19, n. 2, 2016.
- CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. Dissertação (Mestrado-Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.
- CAPPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: [s.n.], 1999. p. 21, 42, 98 e 132.
- CASAL, M. J. **Congresso não pode mudar regras internas do STF por meio de PEC, apontam especialistas**. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-nov-22/congresso-nao-pode-mudar-regras-internas-do-stf-por-meio-de-pec-apontam-juristas/>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

COMTE-SPONVILLE, A.; DOS MODERNOS, A. S. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

CONJUR, R. **Supremo aprova súmula que proíbe nepotismo nos três poderes**. 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-ago-21/stf_aprova_sumula_proibe_nepotismo_tres_poderes/#:~:text=A%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20de%20parentes%20de,feira%20\(21%2F8\)](https://www.conjur.com.br/2008-ago-21/stf_aprova_sumula_proibe_nepotismo_tres_poderes/#:~:text=A%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20de%20parentes%20de,feira%20(21%2F8)>)>. Acesso em: 10 out. 2023.

DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do Estado**. [s.l.]: Saraiva, 1985. p. 184-185.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 498-499.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.6, 334, 28.

FENSTERSEIFER, W. A. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1º VI, do CPC/2015. **Revista de processo**, p. 371-385, 2016.

FREITAS, D. X. **O efeito cliquet (entrenchment) do direito a tratamentos oncológicos no SUS**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-efeito-cliquet-entrenchment-do-direito-a-tratamentos-oncologicos-no-sus/138623536>. Acesso em: 22 de jan de 2024.

GODOY, M. G.; MACHADO FILHO, R. D. Diálogos institucionais: Possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. **Revista de Informação Legislativa**, v. 59, n. 233, p. 117-133, 2022.

GROSTEIN, J. **Autocontenção Judicial e Jurisdição Constitucional**. Tese (Doutorado-Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 43, 2020.

JUNIOR, A. C. A. M. Apontamentos sobre jurisdição constitucional. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 11, p. 97, 2000.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 394-395

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

KOERNER, A. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos CEBRAP**, v. 96, p. 69-85, 2013.

LEITE, G. **Juízes legisladores ou legisladores judicantes?**. 2018. Disponível em: <[https://www.jusbrasil.com.br/artigos/juizes-legisladores-ou-legisladores-judicantes/583076437#:~:text=Os%20Ju%C3%ADzes%2C%20no%20moderno%20constitucionalismo,Executivo%20nas%20a%C3%A7%C3%B5es%20do%20Estado](https://www.jusbrasil.com.br/artigos/juizes-legisladores-ou-legisladores-judicantes/583076437#:~:text=Os%20Ju%C3%ADzes%2C%20no%20moderno%20constitucionalismo,Executivo%20nas%20a%C3%A7%C3%B5es%20do%20Estado>)>. Acesso em: 21 nov. 2023.

LEITE, G. S. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021. p. 13. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-28/stf-equipara-injuria-racial-racismo-considerando-imprescritivel/>>. Acesso em: 21 nov. 2023.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquemático**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 180 e 237.

LENZA, P. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023. p. 172, 333-334, 2016-2017.

LIMA, F. D. S. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. [s.l.]: [s.n.], 2013. p. 116.

LUNARDI, S.; DIMOULIS, D. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. *In: As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 468.

MARMELSTEIN, G. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2023.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 130, 281-282, 1134-1136, 1142-1144 e 1195-1196.

NETO, O. P. **Ativismo Judicial e conflito entre poderes**. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-29/othoniel-pinhoiro-ativismo-judicial-conflito-entre-poderes/>>. Acesso em: 12 out. 2023.

PARDO, D. W. A. **A racionalidade da decisão judicial na teoria dos princípios**. [s.l.]: [s.n.], 2002. p.1-4.

PITTA, I. **Alternativa à PEC do STF na Câmara prevê reduzir acesso de partidos à Corte e critérios rígidos para decisões monocráticas**. 2023. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/alternativa-a-pec-do-stf-na-camara-preve-reduzir-acesso-de-partidos-a-corte-e-criterios-rigidios-para-decisoes-monocraticas/>>. Acesso em: 10 dez 2023.

RAMOS, E. S. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105-110.

RODAS, S. **STF equipara injúria racial a crime de racismo, considerando-a imprescritível**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/stf-equipara-injuria-racial-racismo-considerando-imprescritivel/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

ROMANO, R. T. **O direito de greve no serviço público e os limites de sua interpretação diante dos entendimentos do STF e da doutrina**. 2022. Disponível

em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-direito-de-greve-no-servico-publico-e-os-limites-de-sua-interpretacao-diante-dos-entendimentos-do-stf-e-da-doutrina/1346940924>>. Acesso em: 31 dez. 2023.

ROZAS, L. B. Conceitos Jurídicos Indeterminados. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, n.47, p. 191-201, janeiro-fevereiro/2019.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: SaraivaJur, p. 998, 2022.

SHAPIRO, M. **Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1966. p. 232.

SILVA, I. M. E. Juízes Legisladores?. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 9, n. 2, p. 34-60, Jul/Dez. 2023.

STRECK, L. L. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasiliis. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 10, n. 10, p. 02-37, 2011.

STRECK, L. L. **Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?**. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-verdireito>>. Acesso em 10 fev. 2024.

STRECK, L. L. **O Direito e três tipos de amor: o que isso tem haver com o subjetivismo?**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-15/senso-incomum-direito-tres-tipos-amor-isto-ver-subjetivismo/>>. Acesso em 01 jan. 2024.

TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, v. 8, p. 037-057, 2012.

TOLEDO, C. **Atual Judiciário: Ativismo ou Atitude**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 86 e 391.

VICTOR, S. A. F. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. 2013. Tese de doutorado – São Paulo: USP, 2013.

VIEIRA, O. V. Estado de Direito: *In*: CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. A.; FREIRE, A. L. (Coord). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo: PUCSP, p.5 - 6, 2017.

VIEIRA, S. T. S. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da EMERJ**, p. 178-229, 2010.