

# IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: uma análise sob a ótica do princípio da separação dos poderes

Mayssa Marcella Sá Fernandes<sup>1</sup>

Vinicius Paulo Mesquita<sup>2</sup>

## RESUMO

Em razão da descrença da população com relação à funcionalidade dos Poderes Executivo e Legislativo devido às inúmeras notícias de corrupção que bombardeiam os brasileiros diariamente, o Poder Judiciário é provocado para dirimir problemas de cunho social e político, que, a priori, deveriam ser de competência dos demais poderes solucionar. Tais fatos deságuam em uma postura ativista por parte do Judiciário, podendo gerar violação ao Princípio da Separação dos Poderes e ao Estado Democrático de Direito. Posto isso, o presente trabalho evolui através da exposição histórica e conceitual acerca do Estado Democrático de Direito e de Democracia, contextualizando a Teoria da Separação dos Poderes, com ênfase na independência entre Judiciário, Legislativo e Executivo. No segundo capítulo, foi realizada uma exposição histórica do ativismo judicial no mundo, tecendo considerações acerca do seu conceito e também sobre o seu surgimento no sistema jurisdicional brasileiro. Posteriormente, foi afunilada a pesquisa, traçando a evolução histórica do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Por fim, no terceiro capítulo, foi exposta a definição do binômio ativismo-autorrestrição e suas implicações nas decisões judiciais. Também foram expostas as consequências da extrapolação que o Supremo Tribunal Federal tem realizado quando da utilização do mecanismo do ativismo judicial, concluindo pela necessidade de limitação das práticas ativistas com a finalidade de se proteger o Princípio da Separação dos Poderes e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito sendo, ao final, a título exemplificativo e para melhor elucidação do tema, citado três julgados que a Corte Suprema extrapolou em sua competência.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Separação dos Poderes. Ativismo Judicial.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos do século XX e do século XXI, houve uma imensa alteração na atuação do Supremo Tribunal Federal no cenário sociopolítico brasileiro. As grandes transformações sociais, políticas e jurídicas sofridas pela Constituição Federal de 1988, trouxeram uma ascensão institucional do Poder Judiciário, sobretudo, da Corte Suprema. Entre as mudanças ocorridas, houve uma maior abrangência dos temas julgados, passando o Judiciário a ocupar uma posição decisiva na vida sociopolítica da nação democrática brasileira. A Corte Suprema elevou, então, o padrão de interação com os Poderes Executivos e Legislativos, e

---

<sup>1</sup> Bacharelada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga - FADIPA.

<sup>2</sup> Especialização em CIÊNCIAS PENAIIS pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, Brasil (2012). Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga, Brasil.

passou a participar ativamente na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro.

Ante tal conjuntura, pode-se concluir que o resultado concreto da atuação ativa do Poder Judiciário, é denominado de Ativismo Judicial.

A esse respeito, Barroso (2009) registra a existência de dois principais motivos que levaram o ativismo judicial a encontrar espaço no sistema Judiciário Brasileiro, quais sejam: a) a nova composição do Supremo Tribunal Federal, com Ministros mais preocupados na concretização dos fundamentos e princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988 e b) a crise funcional do Poder Legislativo.

Logo, denota-se, que a ascensão do ativismo judicial praticado pelo Poder Judiciário, notadamente, pelo Supremo Tribunal Federal, se deu, sobretudo, em virtude das omissões danosas perpetradas pelo Poder Legislativo no que atine à concretização dos direitos fundamentais.

Esse cenário permite, portanto, que diversos assuntos de suma relevância social sejam levados à apreciação do Judiciário, mormente ao Supremo Tribunal Federal em face de sua competência, sendo este obrigado a decidir sobre questões de saúde, educação, habitação, meio ambiente, corrupção etc.

Partindo dessa premissa, o presente estudo analisa os riscos do ativismo judicial em face da competência dos demais poderes e a necessidade de se limitar o uso desta prática sob o foco do desequilíbrio da separação dos poderes e violação ao Estado Democrático de Direito.

Em verdade, não haveria momento mais pertinente para ser realizada a discussão sobre o presente tema. Isso se deve pelo fato das diversas decisões exaradas pelo Judiciário com o fito de retomar as rédeas da justiça, com vistas a sanar as corrupções perpetradas em nosso país, com uma postura flagrantemente ativista, desaguando no que muitos doutrinadores denominam como “Ditadura do Judiciário”, quando buscam o alcance da justiça usurpando a competência dos demais poderes.

Neste diapasão, o presente trabalho objetiva fazer uma análise do fenômeno denominado como Ativismo Judicial, observando sua causa e sua eventual afronta ao Princípio da Separação dos Poderes. Serão trazidas conceituações com o fito de se entender o problema apresentado no presente trabalho, a saber, estaria o Poder

Judiciário e, sobretudo, a Corte Suprema usurpando a competência dos demais poderes e desequilibrando a separação das funções?

Como hipótese para o questionamento outrora apresentado, temos como fundamento o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, denominado como Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no artigo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Observa-se que o Judiciário deixou de ser aplicador de normas e passou a utilizar de mecanismos com vistas a suprir as omissões legislativas, interpretar a Constituição, dar aplicabilidade às normas criadas pelo Legislativo e ordenar a realização de políticas públicas e sociais. Nesta seara, supõe-se que o crescente uso deste mecanismo denominado como Ativismo Judicial tem gerado desconforto, ferindo a Separação dos Poderes e gerando insegurança jurídica. Se mostra necessária a criação de mecanismos com o fito de limitar a prática, que deixou de ser utilizada somente pelo Supremo Tribunal Federal, órgão competente para o controle de constitucionalidade, e também passou a ser exercida em sede de primeiro grau, violando, de mais a mais, a soberania dos poderes.

Essa monografia será realizada através de pesquisas bibliográficas, buscando nas doutrinas, revistas especializadas na área jurídica, decisões judiciais, normas infraconstitucionais, além de artigos publicados sobre a matéria ora tratada. Importante registrar a relevante contribuição do livro “Dimensões do Ativismo Judicial do STF”, de autoria de Carlos Alexandre de Azevedo e “Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática” de Luis Roberto Barroso, haja vista que consagrados autores faz uma perfeita abordagem acerca tema ora tratado.

Sendo assim, no desenvolvimento deste estudo, prefacialmente no primeiro capítulo, serão abordadas as definições e origens históricas do Estado Democrático de Direito, de Democracia, da Teoria da Separação dos Poderes e a necessidade de independência e soberania dos Poderes.

Em que pese ao segundo capítulo, será descrito o surgimento do ativismo judicial e sua evolução histórica no mundo, com a definição de tal mecanismo. Além destes pontos, o capítulo terá uma análise acerca do crescente uso deste fenômeno no contexto jurisdicional brasileiro. Posteriormente, será afunilado o tema, tecendo considerações acerca da evolução do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.

Adiante, no terceiro capítulo será analisado o binômio ativismo-autorrestrrição judicial, bem como as propostas trazidas pela doutrina *standard*. Como fechamento

para o estudo, serão tecidas considerações acerca das consequências geradas pela extrapolação do ativismo judicial no Brasil, bem como a necessidade de limitação da postura ativista no Poder Judiciário. Para melhor elucidação da matéria ora tratada, serão citados, a título exemplificativo, três julgados em que o Supremo Tribunal Federal extrapolou em sua competência quando da utilização do mecanismo ativista.

## **2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES**

### **2.1 Origem histórica do Estado Democrático de Direito**

Como cediço, o Estado Democrático de Direito não surgiu do nada. Para que possamos entendê-lo e conceituá-lo, é necessário buscarmos sua origem *no Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito*.

O surgimento do Estado Liberal de Direito se deu através da Revolução Francesa de 1789, no final do século XVIII. Com a decadência dos senhores feudais e a ascensão da burguesia, houve a extinção do Estado Monárquico autoritário e do sistema mercantilista de mercado, fazendo com que se instaurasse o liberalismo, o qual tinha como principal objetivo a garantia do princípio da legalidade, de modo que toda atividade estatal precisava submeter-se aos ditames da lei.

Importante trazer à baila os ensinamentos de José Afonso da Silva (1988, pág. 16), o qual esclarece que o império passou a submeter-se à lei, que em seu conceito, era considerada fonte primária do poder emanado pelo povo por intermédio do Legislativo. Ainda, houve a divisão dos poderes, separando-os de forma independente e harmônica, bem como a criação de direitos cujo principal objetivo é garantir as liberdades individuais.

Desse modo, além do povo, o Estado passou a estar subordinado às normas fundamentais ou constitucionais, desaguando, por conseguinte, em uma limitação aos poderes dos governantes, visando uma contenção às suas diversas arbitrariedades, que preponderavam no Estado Monárquico. Portanto, o marco principal do Estado Liberal de Direitos consiste no surgimento das denominadas garantias de liberdade.

Sobre o tema, Norberto Bobbio (1988, p. 19) assim dispõe:

[...] na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípios invioláveis.

O surgimento de tais garantias exigira uma conduta negativa por parte do estado, isto é, uma real omissão estatal consubstanciada na não invasão à esfera individual do indivíduo, o qual deixou de ser considerado como mero súdito, passando a ser visto como cidadão, dotado de direitos liberais tutelados pelo Estado.

Em razão da abstenção estatal, a atividade econômica passou a ser regulamentada pelo próprio mercado, fazendo expandir o capitalismo e gerando, como consequência, desigualdades sociais, com a detenção de poder por parte da minoria e desassistência à maioria. Se fazia necessário repensar o Estado, agora, no aspecto social.

O Estado Social passa a ganhar força à medida que surgiam conflitos que a população reivindicava garantias de uma vida mais digna. Este surgiu, de fato, na segunda década do século XX, notadamente após a criação da Constituição Mexicana de 1917, e de Weimar em 1919, que, conforme explica Sundfeld (1992, p. 54-56), cuidou de trazer novas disposições acerca do desenvolvimento da sociedade, valorando os indivíduos, autorizando a intervenção estatal no desenvolvimento social. Importante frisar que no Brasil, a primeira Constituição a prever direitos sociais foi a de 1934.

Neste contexto, o Estado Social ficou marcado pela necessidade estatal de intervir em âmbito social, com vistas a tutelar aos cidadãos direitos econômicos e sociais. Diferente do que é estabelecido pelo Estado Liberal, agora, o Estado Social implanta o intervencionismo estatal.

Não significa dizer que os direitos alcançados anteriormente foram anulados pelo Estado Social. Se por um lado o liberalismo é responsável por colocar obstáculos às atuações estatais sem, contudo, fixar condutas positivistas a serem tomadas por ele, por outro o Estado Social mantém os obstáculos, incorporando, contudo, a necessidade de se cumprir a função social para o qual foi criado.

Todavia, algumas problemáticas ainda cercavam o Estado Social. Com a ascensão da atuação estatal, os cidadãos passaram a se ver dependentes do Estado, de modo que, quanto mais se buscava a tutela de garantias das liberdades

humanas perante o poder público, o fim para o qual Estado Social foi criado se distanciava. Isso porque, a partir do momento em que a sociedade percebeu que todas as necessidades sociais poderiam ser supridas pelo Estado, os indivíduos passaram a se acomodar com aludida situação, sem qualquer estímulo para que aquela dependência não se perpetuasse por muito tempo.

Lado outro, tal fato desaguou em uma onerosidade Estatal. Para que este possa ser mais atuante, é de conhecimento geral que se faz necessária uma maior arrecadação. Arrecadando mais, a atuação é maior e automaticamente, o poder também. Este poder se desvirtua completamente da democracia que pretendia alcançar, eis que por intermédio de simples medidas populistas, o governante consegue se manter no poder por um longo espaço de tempo. Neste sentido, importante mencionar os ensinamentos de Bonavides, em sua obra “Constituição Aberta” (1996):

A politização da Sociedade, que ainda agora prossegue, desfez, porém, a ilusão de conservar essa fronteira: Estado e Sociedade hoje se encaixam numa reciprocidade inextricável. O Estado social, que exprime a Sociedade politizada e devassada pelo intervencionismo estatal, aloja um surpreendente paradoxo: é o Estado onde se governa cada vez menos e se administra cada vez mais. (BONAVIDES, 1996).

Diante dos percalços enfrentados pelo Estado liberalista e pelo Estado Social, deu-se início ao que se denomina como democratização do Estado. Neste momento, o que antes era denominado como Estado de Direito passou para Estado Democrático de direito, onde o cidadão deve se submeter à vontade popular e à determinadas finalidades previamente estabelecidas.

Segundo o que dispõe José Afonso da Silva (1988, p. 21), o Estado Democrático de Direito consiste em preceito basilar da atual Constituição Federal do Brasil, que traz em seu artigo primeiro uma afirmativa que basicamente conceitua o Estado Democrático, a saber, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL, 1988). Prosseguindo com os esclarecimentos exarados por José Afonso, este faz uma sucinta e clara exposição acerca da evolução do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, transcrevo:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia

entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito Democrático da República Portuguesa (art. 2º) e o de Estado Social e Democrático da Constituição Espanhola (art. 10). (SILVA, 1992).

Assim, tomando como base o mesmo sistema consagrado pela Constituição Espanhola, a Constituição Brasileira recepcionou os direitos fundamentais do povo, escolhendo como preceito basilar da constituição o Estado Democrático de Direito.

## 2.2 Definição de Democracia

A democracia não se trata de um conceito estático ou imóvel, pelo contrário, segundo os ensinamentos de Marcia Andrea Buhning (2018): “A democracia é um conceito em constante evolução, que recebe diferentes qualificativos, dependendo do contexto em que se insere – democracia racional, federativa ou conservadora”.

Para alcançar a conceituação de democracia, faz-se necessário, a priori, uma análise histórica do seu surgimento.

Inicialmente, urge consignar que o ponto de partida da democracia se deu na Grécia, notadamente em Atenas. Decisões de suma importância para o povo, tais como, economia, impostos e adoção mecanismos de defesa, eram tomadas pela assembleia de cidadãos, de modo que estes podiam gozar de sua soberania, deliberando sobre matérias de interesse coletivo por intermédio do voto. Acerca de sua etimologia, temos que a palavra democracia advém da união de duas palavras gregas: “*demos*” e “*kracia*”, que significam, respectivamente, povo e governo.

Conforme ensina Marcelo dos Santos Garcia Santana (2013, p. 05), a democracia grega possuía como seu principal pilar a igualdade, que se manifestava de duas formas. A primeira delas diz respeito à igualdade os homens perante a lei, ou seja, toda à sociedade está sujeita a mesma norma. A segunda forma corresponde à igualdade de fala, ou seja, todos possuem o mesmo direito de se expressar e manifestar politicamente.

Embora notória a igualdade na democracia grega, não se pode olvidar que naquele período não era permitida à participação da totalidade do povo (*demos*) em âmbito político (*kracia*). Isso significa dizer que a democracia não era amplamente

aplicada, eis que a maioria da população era excluída de tal igualdade por não ser considerado cidadão grego.

Segundo ensinamentos históricos, um indivíduo somente poderia ser considerado cidadão e incluso na parcela participativa da vida política da cidade-estado, se for do sexo masculino, grego, livre, maior de 18 anos e quite com suas obrigações militares. Contudo, referidos requisitos somente eram preenchidos por uma mínima parcela da sociedade grega, compreendendo, dessa forma, um direito entre os poucos.

Desse modo, embora esse sistema de democracia tenha se convalidado na Grécia, a impossibilidade da efetiva participação do povo em um aspecto geral nas questões políticas, em razão do crescimento da dimensão territorial dos Estados e o grande número de indivíduos que passaram a integrar a sociedade, tornaram impossível sua efetivação, manutenção e propagação.

Iniciou-se, então, o declínio da democracia ateniense.

Após o surgimento da democracia na Grécia, esta se manifestou em diversos outros modelos no decorrer história, contudo, somente muitos anos depois, especificamente, em meados do século XVII, é que ela surgiu em um formato contemporâneo, fruto das revoluções francesas e das ideias iluministas.

É cediço que o conceito e as formas de aplicabilidade da democracia sofreram inúmeras mudanças e alterações ao longo da história, no entanto, a base que foi fundada é mantida como preceito basilar até os dias atuais, a saber, a igualdade. Desse modo, para se chegar a uma definição, deve-se ter em mente que a democracia partiu do seu berço histórico na Grécia Antiga, evoluindo posteriormente do Estado Liberal de Direito ao Estado Democrático, de forma complexa, abrangente e complementar.

Ultrapassada a questão histórica que cerca o presente tema, buscaremos agora trazer o conceito de democracia. Neste ponto, importante trazer à baía os ensinamentos de Bobbio (1998), o qual, através de uma explicação sucinta e direta, traça nove características que uma sociedade contemporânea de regime democrático possui, embora afirme não ser possível a aplicação de todos os conceitos em um sistema, vejamos:

Na teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou menos amplo, segundo os

autores, de regras de jogo, ou, como também se diz, de "procedimentos universais". Entre estas: 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo. (BOBBIO, 1988).

O preenchimento das características transcritas suso, fomenta a ideia de que o sistema democrático em sociedades contemporâneas ainda encontra fundamento na igualdade.

Acerca da aplicação da democracia no Brasil, o país conta com a constituição mais evoluída de toda sua história em termos democráticos, sendo a que mais inseriu em seu texto conquistas e direitos sociais. Trata-se de uma República democrática de direito, cujos preceitos se encontram transcritos no preâmbulo e nas normas elencadas nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federativa de 1988. Sobre o tema, José Afonso da Silva contribuiu grandemente, *in verbis*:

A democracia que o Estado democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 1992).

Por fim, cumpre consignar que no Brasil é utilizada a democracia indireta, cujo sistema é representativo, ou seja, o povo escolhe seus representantes para que

estes tomem suas decisões. Nesse viés, a população participa indiretamente das decisões através dos representantes escolhidos de forma democrática.

### **2.3 A Teoria da Separação dos Poderes: origem e evolução histórica**

Para que se possa compreender a teoria da separação dos poderes, faz-se necessário, ainda que de forma sucinta em face da extensão do tema, um estudo sobre os seus antecedentes históricos, ou seja, a compreensão dos fatores que deram ensejo a sua aplicação e manutenção ao longo da história, garantindo-lhe, nos dias atuais, importante papel no Estado Democrático de Direito.

Quando se traz à baía a Teoria da Separação dos Poderes, é quase inevitável vir em mente Charles Louis de Secondat, também conhecido como Barão de Montesquieu. Não há dúvidas que Montesquieu é o nome mais importante que sonda a referida temática. No entanto, não se pode olvidar que Aristóteles já era responsável por tecer algumas teses acerca da divisão dos poderes.

Sobre o tema, Pedro Lanza ensina:

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra *Política*, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas, gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. (LENZA, 2011, p. 433).

Conforme exposto, temos que Aristóteles, na obra supramencionada, teve contribuição para o surgimento da teoria da separação dos poderes, vislumbrando o exercício de três funções estatais distintas: editar normas, aplicar estas normas, e julgar os conflitos oriundos delas. Contudo, importante destacar que aludida contribuição permaneceu limitada ao campo da identificação das três funções do Estado, a saber, legislativo, executivo e judiciário, eis que o filósofo não cuidou de garantir a aplicação destas funções, que à época eram exercidas somente pelo soberano, como um meio de conter os abusos praticados no exercício do poder.

Foi somente em meados dos séculos XVII e XVIII que a teoria aristotélica passou a ser aprimorada.

Contribuindo grandemente para a efetivação da aludida teoria, o inglês John Locke, em sua obra *“Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”* (1690), com o fito de

combater o absolutismo, defendeu a liberdade política e teorizou a separação dos poderes. Todavia, o sistema tripartite previsto por Locke não se consolidou. Isso porque não havia uma autonomia das funções executiva e federativa, isto é, elas eram extremamente próximas e podiam ser exercidas de forma conjunta.

Posteriormente, Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis” (1748), aprimorou e desenvolveu o tema, dando ensejo à separação dos poderes utilizada até os dias atuais por diversas constituições. De forma minuciosa, Montesquieu destrinchou acerca das três principais funções do estado, destacando a necessidade da existência independente de três poderes, a saber, Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao desenvolver sua obra, esclareceu acerca dos riscos que circulam a concentração de poder na mão de um único indivíduo (monarca absolutista), de modo que a divisão e independência dos poderes gerariam certo controle no exercício das funções estatais, assim se contrapondo ao absolutismo.

Corroborando com o exposto suso, conforme esclarece o doutrinador Dirley da Cunha Junior, a separação dos poderes deve ser respeitada, competindo a cada órgão o exercício de suas funções, sem a interferência de um em outro, vejamos:

[...] os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes. (CAETANO *apud* CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 514).

É unânime que aludida estrutura de poderes apresentada por Montesquieu possui enorme influência até os dias atuais, não sendo apenas prevista em inúmeros textos constitucionais, como também preceito basilar para a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Embora notável sua importância, como veremos ao longo do presente trabalho, em determinados momentos a teoria ora estudada e consagrada pela nossa Constituição Federativa, acabou por ser violada, sobretudo pelo Poder Judiciário.

#### **2.4 Da independência dos Três Poderes: Judiciário, Executivo e Legislativo**

A teoria da separação dos poderes surgiu, sobretudo, com a finalidade de limitar o controle do exercício do poder governamental, de modo a reduzir ou sanar as arbitrariedades exercidas no poder e inviabilizar a existência de governos arbitrários.

No ordenamento jurídico brasileiro, referida teoria se encontra consagrada no artigo 2º da Constituição Federativa, a qual dispõe: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988).

De leitura do dispositivo supratranscrito, depreende-se que a separação dos poderes se encontra sobre dois principais pilares: independência e harmonia entre os órgãos. Logo, vê-se que inexistente subordinação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao mesmo tempo, quando ocorre a extrapolação da competência de um deles, os demais poderes podem intervir, gerando, por conseguinte, um mecanismo de controle mútuo entre os três órgãos.

Neste ponto, impende frisar que a independência outrora referida não é absoluta. Embora a base clássica da tríplice divisão funcional tenha sido mantida, com exercício predominante ou principal das designações para o qual foi criado cada órgão, os mencionados poderes podem desempenhar de forma atípica a função de outros poderes, preservando, sempre, a competência típica de cada órgão.

Sobre o tema, explica o doutrinador Dirley da Cunha Junior:

[...] um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial. (CAETANO *apud* CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 527).

Estabelecidas tais premissas, necessário se faz uma exposição acerca das funções competidas a cada um dos poderes.

Como o próprio nome já pressupõe, ao Poder Executivo compete à função típica de dar efetividade às normas criadas pelo Poder Legislativo, ou seja, executar as leis. É também de competência do Poder Executivo a função de administrar os interesses sociais, em razão de ser composto em sua maioria por representantes do

povo, eleitos de forma democrática, cujo dever consiste em atender as demandas populacionais.

Inobstante a existência de sua competência típica, o Poder Executivo possui como função atípica a de legislar. Conforme se infere do artigo 62 CF/88, a função atípica se manifesta por intermédio da edição de medidas provisórias nos casos de relevância e urgência, bem como através da possibilidade de propositura de projetos de lei a serem votados. Importante frisar que a edição de medida provisória somente é autorizada em casos excepcionais e que, por esta razão não usurpa a competência o legislativo. Outro ponto importante a ser destacado, é que o Poder Executivo também interfere no Legislativo à medida que este pode sancionar ou vetar as leis aprovadas nas respectivas casas.

Quanto às formas de representação máxima, o Poder Executivo se manifesta em âmbito Municipal através da figura do prefeito. Em âmbito Estadual e Federal, a figura máxima são os governadores e presidente da república, respectivamente.

O Poder Legislativo está consagrado no art. 44 da CF/88. Sua função típica a é a de elaborar e aprovar leis.

De igual modo, este poder subdivide-se em três âmbitos, a saber, Municipal, Estadual e Federal. Em âmbito Municipal, o Poder Legislativo é exercido pelas Câmaras Municipais, em âmbito Estadual pelas Assembleias Legislativas e em âmbito Federal, conta com um sistema bicameral, composto pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados. No sistema bicameral, o Senado, através dos senadores, representa as unidades federativas e a Câmara dos Deputados, através dos Deputados Federais representa o povo.

O Poder Legislativo exerce duas distintas funções atípicas, uma de natureza executiva, em que é responsável por administrar e dispor acerca de sua organização, provendo cargos, concedendo licenças aos seus servidores, etc. e outra de natureza jurisdicional, por ser o Senado órgão competente para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

O Poder Judiciário, por sua vez, possui como função típica a de processar e julgar, garantindo a aplicação e o respeito às leis no caso concreto, buscando a solução de litígios e a harmonização social.

Diferente dos poderes Legislativo e Executivo, este é subdividido em duas únicas esferas: Justiça Comum e Justiça Especializada.

A Justiça Comum é composta pela Justiça Federal e Justiça Estadual. Atualmente, a Justiça Federal possui cinco Tribunais Regionais Federais (TRF's), os quais são divididos em região. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região está localizado em Brasília, respectivamente, o da 2ª Região no Rio de Janeiro, da 3ª Região em São Paulo, da 4ª Região em Porto Alegre e da 5ª Região em Recife. Também faz parte da Justiça Federal, os Juizados Federais. A Justiça Federal é composta por Juízes Federais na primeira instância e por Desembargadores Federais na segunda instância. Sua competência está prevista nos artigos 108 e 109 da Constituição Federal de 1988. A Justiça Estadual, por sua vez, é composta por 27 Tribunais de Justiça, sendo sediado em cada Unidade da Federação. Justiça Estadual se manifesta, ainda, através das comarcas, as quais agregam um Município sede, além de pequenos números de municípios. Acerca de sua competência, a mesma é considerada como residual, isto é, somente julga as matérias que não são de competência dos demais ramos do Poder Judiciário.

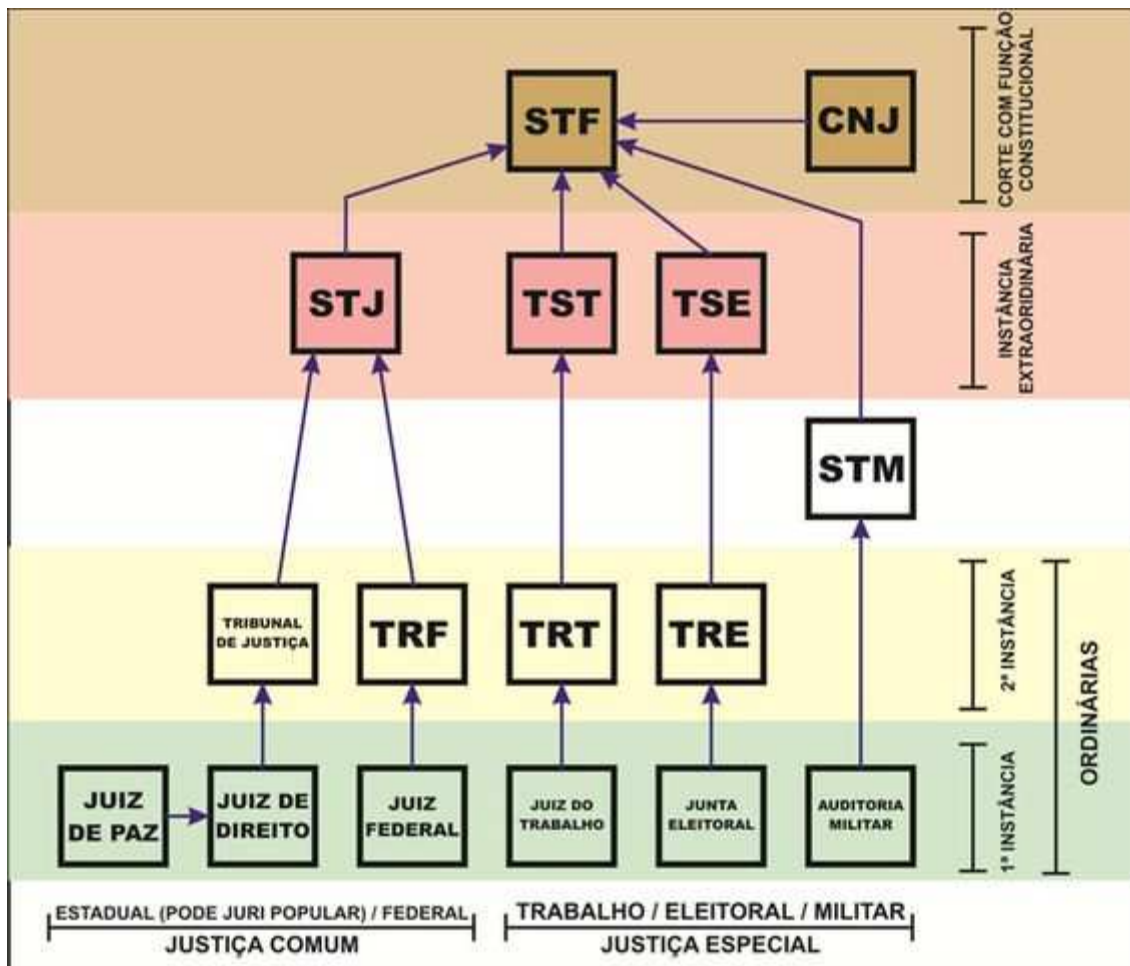
Noutro norte, a Justiça Especializada trata-se de um tipo de jurisdição que, em razão de suas particularidades, é disciplinada por leis próprias e julgadas por um ramo específico do Poder Judiciário, conforme sua atribuição. Por isso, a Justiça Especial é composta pela Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça Militar. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) é considerado como órgão da cúpula da Justiça Eleitoral. Ainda, compõem a Justiça Eleitoral os Tribunais Regionais Eleitorais (TRE's), os Juízes Eleitorais e os Cartórios Eleitorais. Em síntese, compete à Justiça Eleitoral o julgamento de questões que envolvam as campanhas eleitorais ou a eleição em si. Por outro lado, a Justiça do Trabalho é composta pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), pelas Varas do Trabalho e Juízes do Trabalho. Sua função é julgar as controvérsias decorrentes das relações de trabalho. Por fim, a Justiça Militar é composta pelo Superior Tribunal Militar (STM) e pelos Auditórios Militares. Acerca de sua competência, é responsável por processar e julgar os crimes militares dispostos no Código Penal Militar.

Sobre os órgãos que compõem o Poder Judiciário, assim dispõe o artigo 92 da Constituição Federal:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:  
I – o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)  
 II – o Superior Tribunal de Justiça;  
 II-A – o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016)  
 III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;  
 IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;  
 V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;  
 VI – os Tribunais e Juízes Militares;  
 VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.  
 Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional. (BRASIL. 1988).

Importante mencionar que referidos órgãos se encontram dentro de uma estrutura hierarquizada e especializada, conforme imagem a seguir:



Fonte: <https://br.pinterest.com/pin/426082814728065816/>

STF = Supremo Tribunal Federal; CNJ = Conselho Nacional de Justiça; STJ = Superior Tribunal de Justiça; TST = Tribunal Superior do Trabalho; TSE = Tribunal Superior Eleitoral; STM = Superior Tribunal Militar; TJ = Tribunais de Justiça; TRF =

Tribunais Regionais Federais; TRT = Tribunais Regionais do Trabalho; TRE = Tribunais Regionais Eleitorais; TM = Tribunais Militares.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal constitui órgão máximo do Poder Judiciário, cuja função principal é resguardar e garantir a aplicação dos preceitos constitucionais. Por conseguinte, é de competência do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral, o julgamento dos conflitos provenientes de Lei Federal, cada qual em sua seara de atuação. Em que pese aos Tribunais de Justiça, Regionais Federais, Regionais do Trabalho, Regionais Eleitorais, dentro de sua competência, cabe reanalisar os processos anteriormente julgados pelo Juiz de Direito (estadual) ou Federal em se tratando da Justiça do Trabalho, das Juntas Eleitorais ou Auditoria Militar. Ademais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, é visto por muitos como um órgão de controle externo da magistratura.

Acerca das funções atípicas exercidas do Poder Judiciário, temos que referido órgão é responsável pela elaboração dos regimentos internos de seus tribunais, tratando, portanto, de função atípica cuja natureza é legislativa. Ainda, o Poder Judiciário é quem administra, observando as normas, os órgãos e servidores que o compõem.

Conforme mencionado suso, a teoria da separação dos poderes se encontra consagrada em texto constitucional, notadamente, no artigo 2º da Constituição Federal outrora transcrito. Importante destacar que a Lei Maior adotou referida teoria como preceito fundamental, incluindo-o no rol de cláusulas pétreas, conforme se infere do art. 64, inciso III da Constituição Federal de 1988, com o fito de garantir ao povo brasileiro segurança em face das possíveis arbitrariedades que podem ser praticadas pelas autoridades públicas, seja por meio do Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Sendo assim, conclui-se que a teoria da separação dos poderes trata-se de princípio essencial para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, pois, além de impedir abusos por parte do Estado, busca a harmonia entre os Poderes.

Ocorre que, como será visto no decorrer do presente trabalho, em determinados momentos o Poder Judiciário, por intermédio do mecanismo denominado como Ativismo Judicial, está ultrapassando as suas competências, usurpando as funções dos outros poderes, notadamente do Poder Legislativo.

Diante disto, deve-se analisar e conceituar o fenômeno denominado como Ativismo Judicial, para então se traçar a problemática que cerca o aludido tema.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL

#### 3.1 Origem e evolução histórica do Ativismo Judicial

Para que possamos entender e conceituar Ativismo Judicial, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca de sua origem e evolução histórica.

Seguindo as lições de Carlos Alexandre de Azevedo (2014, p. 43), o Ativismo Judicial surgiu em meados de 1947, tendo a expressão sido mencionada pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., em um artigo denominado como *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, Vol. XXXV, n. 1, no mês de janeiro de 1947. Conforme explica o doutrinador, no aludido artigo Schlesinger, além de apresentar pela primeira vez a terminologia, trouxe outra lição importante: quanto mais uma corte é vista como instituição necessária para a manutenção e organização de uma sociedade, mais ela e os seus Juízes deverão fundamentar as suas decisões segundo os motivos determinantes que as ensejaram.

Ainda, prosseguindo com os ensinamentos exarados pelo doutrinador, Schlesinger traçou as características dos nove juízes da Corte Suprema dos Estados Unidos, classificando-os em:

- (i) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – Justices Black e Douglas; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdades – Justices Murphy e Rutledge; (iii) juízes campeões da autorrestricção – Justices Frankfurter, Jackson e Burton; e (iv) juízes representantes do equilíbrio de forças (balance of powers) – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed. (CAMPOS, 2014, p. 43).

Convalidando este destaque, Barroso expõe que Schlesinger, além de classificar os nove juízes que compõem a corte, dividiu-os em dois grupos distintos:

A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do New Deal, publicado em revista de circulação ampla. V. SCHLESINGER, Arthur M., Jr., *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, jan. 1947, v. 35, p. 208 apud KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of ‘judicial activism’*. *California Law Review*, out.2004, n. 92, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: “Esse conflito pode ser descrito

de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano. (BARROSO, 2009, p. 9).

Conforme citações, depreende-se que o grupo composto pelos juristas ativistas era caracterizado por considerar de suma importância a atuação dos Tribunais como um meio de se alcançar e efetivar as justiças sociais. Por outro lado, o grupo composto pelos juristas voltados para a autocontenção judicial, se abstinha de julgar caso o resultado das decisões usurpasse a função dos demais poderes.

Acerca das exposições formuladas por Schlesinger, o docente Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 2) traçou duas problemáticas encontradas em seu texto. A primeira delas diz respeito à imprecisão acerca da conceituação de Ativismo Judicial e a segunda delas corresponde à ausência de possibilidade de se alcançar uma conclusão se referida prática é algo positivo ou negativo.

Todavia, as dúvidas que ainda circulavam o tema foram sendo sanadas à medida que, não somente a Corte Suprema, como também os juízes, passaram a adotar condutas flagrantemente ativistas. Sobre o tema, ensina Teixeira:

[...] durante a década de 1950 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais.<sup>1</sup> O expressivo crescimento de programas federais, durante o período do New Deal, demandava uma atenção específica para o impacto das suas ações nos contextos concretos das realidades locais, tornando o Judiciário espaço derradeiro no processo de garantia dos direitos das minorias. Surgiram então as ações afirmativas como instrumento político de combate à desigualdade social decorrente de fatores como sexo, raça, etnia, religião ou qualquer outra forma de discriminação.<sup>11</sup> No governo do presidente Lyndon Johnson, o Civil Rights Act, de 1964, representou o primeiro passo de um programa social que naquele ano e no ano seguinte faria entrar em vigor uma série de leis cujos dois objetivos principais eram: auxiliar pessoas de baixa renda por meio de programas de incentivo à educação e de proteção à saúde, e estimular a economia para que novas vagas fossem abertas a pessoas que historicamente se encontravam excluídas, ou marginalizadas, dentro do sistema educacional e do mercado de trabalho.<sup>12</sup> Foi nesse contexto que o ativismo judicial ganhou fôlego em solo estadunidense e passou a

representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficientes. (TEIXEIRA, 2020, p. 3).

Desse modo, temos que os Estados Unidos foi o berço da discussão acerca da prática denominada como ativismo judicial, onde referido debate foi responsável por alcançar o principal desenvolvimento teórico acerca do tema.

Não bastasse isso, o ativismo judicial também teve grande destaque nas Cortes da Alemanha, Itália, Colômbia, Costa Rica e África do Sul. Para o doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo (2014, p. 148), o debate acerca do ativismo judicial em cada uma destas Cortes trouxe para os dias atuais implicações normativas importantes para uma abordagem teórica acerca do tema.

Traçadas as considerações acerca do surgimento do Ativismo Judicial, importante agora buscar conceituar o que é ativismo judicial.

### **3.2 Definição de Ativismo Judicial**

Inicialmente, urge consignar que sobre Ativismo Judicial inexistem um conceito estático ou unânime. A respeito da ausência de homogeneidade sobre a conceituação do tema, Vanice Regina Lírio do Valle assim ensina:

O problema na identificação do ativismo judicial, a partir dessa característica, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para qualificar uma decisão como expressando ou não ativismo, reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso, não é a mera atividade de controle de constitucionalidade, e por via de consequência, o repúdio ao ato do poder legislativo, que permite por si só a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, diante dos casos difíceis. O problema então reside essencialmente no caráter sempre controverso da delimitação do que são casos difíceis. (VALLE, 2009).

Em que pese aos conceitos que pairam sobre ativismo judicial, para Barroso, este fenômeno está intimamente ligado a uma participação mais ampla do Poder Judiciário quando da efetivação de preceitos fundamentais para a sociedade, que o faz mediante interferências nas atuações dos demais poderes. Para o Ministro, este mecanismo se manifesta de diversas formas. Neste sentido, menciono na íntegra os ensinamentos de Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 6).

Supramencionado autor ainda assevera que:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 6).

Corroborando com as explanações exaradas por Barroso, importante trazer à baía os ensinamentos de Elival da Silva Ramos, para o qual ativismo judicial está diretamente relacionado ao exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. *In verbis*:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2010, p. 129).

Conforme citações, embora cada autor elabore sua obra através de uma perspectiva distinta, observa-se que estes, majoritariamente, têm classificado o ativismo judicial como uma atuação expansiva ou proativa de poderes político-normativos, por parte dos Juízes e das respectivas Cortes, sendo que esta atuação não é necessariamente legítima, eis que referida conclusão varia de autor para autor.

Neste ponto, impende frisar que em face das omissões perpetradas pelos demais poderes, o ativismo judicial tem ganhado, cada vez mais, espaço no Poder Judiciário Brasileiro.

### 3.3 Fatores desencadeantes da aplicação do Ativismo Judicial no contexto jurisdicional brasileiro

Elival Ramos, em sua obra “Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos” (2015, p. 283) faz uma listagem acerca dos motivos determinantes que ensejaram a expansão do ativismo judicial no Brasil. O primeiro motivo exposto por Ramos, é o fato de o Brasil adotar um Estado intervencionista, onde a instituição estatal assume uma posição ativa perante às necessidades sociais.

Em que pese ao modelo intervencionista, acaba esperando que o Estado garanta à população preceitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente. Quando o Poder Executivo ou Poder Legislativo não atuam neste sentido, isto é, quando estes se omitem em suas atribuições, tal obrigação acaba sendo voltada ao Poder Judiciário. Neste mesmo sentido, leciona Streck:

Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Registre-se que, no caso brasileiro, o constituinte brindou a sociedade (e, portanto, a comunidade jurídica) com instrumentos aptos a suprir a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, como é o caso do mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, só para citar alguns. (STRECK, 2002, p. 33).

Neste contexto, considerando a competência de controle competida ao Supremo Tribunal Federal, bem como a possibilidade de ser provocado a decidir acerca de matérias em que os demais poderes, por meio de ação ou omissão, deixaram de observar as normas constitucionais, referida instituição está mais propensa à adoção de medidas ativistas com o fito de garantir a aplicação de preceitos fundamentais necessários para a manutenção da justiça social.

Volvendo-me às explanações de Ramos (2015, p. 291-292), este traça um segundo motivo determinante para a ascensão do Ativismo Judicial no Brasil, a saber, a expansão do controle abstrato de normas.

Ainda, para o autor, o controle concentrado de constitucionalidade ou controle abstrato nos sistemas difusos, fomentam as práticas ativistas. Isso porque, existe uma linha muito tênue entre o ativismo judicial e as formas de controle de constitucionalidade, de modo que muitas das vezes o julgador, embora acredite estar agindo dentro de sua competência de controle, acaba por extrapolar,

substituindo-se nos demais poderes, incidindo, por conseguinte, na prática do ativismo judicial. Neste sentido, vejamos as na íntegra as explicações trazidas por Ramos:

Mas, cabe indagar por que o controle concentrado de constitucionalidade ou o controle abstrato nos sistemas difusos induzem ao incremento do ativismo judicial. A principal razão para tanto está na maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim efetuado, do exercício da função legislativa, ainda que se trate, como já assinalado, do exercício de função jurisdicional<sup>749</sup>. Com efeito, quer em uma hipótese como noutra, a decisão judicial sobre a validade da lei é emitida com efeitos gerais, ou erga omnes; de outra parte, quer no controle concentrado, quer no controle abstrato em sistema difuso, registra-se a tendência a se admitir a modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade; finalmente, a jurisdição constitucional, assim desenvolvida, interfere diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados. O exercício da fiscalização de constitucionalidade, nas condições apontadas, é fator desencadeante do ativismo judiciário na medida em que o órgão de controle percebe tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição. (RAMOS, 2015, p. 292).

Outro ponto importante mencionado pelo doutrinador são os dilemas institucionais do constitucionalismo brasileiro consubstanciados, em suma, na incapacidade de aparato governamental para atender à produção normativa (2015, p. 304); a permissividade do Poder Executivo, o qual, quando da formulação de suas propostas, acaba excluindo ou reduzindo aquelas que podem não ser aprovadas (2015, p. 306) e a grande quantidade de partidos políticos, gerando, por conseguinte, um enorme fracionamento de representação nas casas legislativas (2015, p. 307).

Ainda, prosseguindo com as lições de Ramos, este também indica como ponto crucial para a ascensão das práticas ativistas em nosso ordenamento jurídico, a função atípica exercida pelo Supremo Tribunal Federal (2015, p. 309). Segundo o autor, esta se manifesta através dos julgamentos exarados pela Corte Suprema em sede de Mandados de Injunção quando adota posições concretistas gerais e por intermédio da edição de Súmulas Vinculantes.

Não é demais salientar que a crise de legitimidade do Poder Legislativo é outro elemento bastante significativo. Muitas das vezes por inércia ou deficiência do Legislativo, o ativismo judicial encontra espaço no jurisdicionado brasileiro, eis que este é provocado a preencher lacunas deixadas propositalmente, seja pelo medo da repercussão social ou pela dificuldade de se unificar as opiniões.

Somado a este fator, encontramos os inúmeros casos de corrupção que cercam o Executivo e o Legislativo, distanciando a sociedade dos debates de suma importância social, e reduzindo, gradativamente, sua representatividade.

Sobre o tema, importante trazer à baía os ensinamentos de Leal:

O Congresso Nacional seja por qual razão, se vê diante da incrível dificuldade de deliberar sobre temas por vezes impopulares e que refletem negativamente junto ao eleitorado. Isso em total falta de sintonia com a população, muitas vezes necessitada da regulamentação de direitos constitucionais ou de normas programáticas. (LEAL, 2010, p. 106).

Desse modo, diante das omissões perpetradas pelos demais poderes, mormente pelo Legislativo, o Poder Judiciário é provocado a decidir sobre questões de caráter constitucional e de índole social, conferindo, muita das vezes, às suas decisões um caráter normativo, usurpando, por conseguinte, funções típicas garantidas a outro Poder.

Contextualizada a questão do ativismo judicial no Brasil, importante agora afunilar a temática, tecendo considerações acerca da evolução do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.

### **3.4 Evolução do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**

Nos últimos anos, os julgamentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal têm sido destaque nos jornais de grande circulação no Brasil e nas mídias sociais. Seja pelos debates acalorados ou pela matéria que paira sobre a decisão, a Corte Suprema tem se aproximado cada vez mais da sociedade. Dada esta situação, faz-se necessário um estudo minucioso para que possamos entender os motivos que deram ensejo ao protagonismo do Supremo Tribunal Federal frente às demandas sociais, políticas, econômicas, etc.

De atenta leitura aos estudos relativos aos motivos que se enseja as práticas ativistas no Supremo Tribunal Federal, infere-se que o denominador comum dos fatores que deram ensejo ao uso da referida prática corresponde à promulgação Constituição Federal de 1988, a qual, no bojo do Estado Democrático de Direito que inaugura, conferiu ao Supremo Tribunal Federal novas e complexas atribuições.

Nesta senda, Carlos Alexandre de Azevedo lista algumas importantes inovações trazidas pela Lei Maior que fortificaram o protagonismo do Supremo

Tribunal Federal. Dentre elas, o primeiro e talvez o mais importante motivo seja o fato da Constituição ter declarado expressamente a Corte Suprema como Guardiã da Constituição, ampliando, por conseguinte, o catálogo de competências originárias. Neste sentido, transcrevo na íntegra as explanações trazidas por Azevedo:

[...] a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI) (art. 102, inciso I, alínea *a*), inclusive com pedido liminar (art. 102, inciso I, alínea *p*), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 102, § 2º), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (artigo 102, parágrafo único), a atribuição de *status* de ação constitucional à reclamação para a preservação da competência da Corte e garantia da autoridade de suas decisões (artigo 102, inciso I, alínea *l*), o mandado de injunção em face de omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à constitucionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 5º, inciso LXXI), *habeas corpus* (artigo 102, inciso I, alínea *l*), mandados de segurança e *habeas data* contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (artigo 102, inciso I, alínea *d*). O controle difuso foi mantido (artigo 102, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*). (CAMPOS, 2014, p. 233).

Além do aumento do poder decisório em controle de constitucionalidade conferido ao Supremo, outra questão importante foi a ampliação do rol de legitimados para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Segundo Azevedo, referida ampliação oportunizou à Corte Suprema uma revolução político-institucional, eis que importantes figuras do quadro político brasileiro, tais como, o Presidente da República (artigo 103, inciso I), Mesa do Senado Federal (artigo 103, inciso II) e Mesa da Câmara dos Deputados (artigo 103, inciso IV), passaram a ser legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (2014, p. 233-234).

Inobstante as evoluções já mencionadas, o processo de fortalecimento decisório da Corte Suprema não parou por aí. Outra mudança importante ocorreu quando da edição da Emenda Constitucional n. 03/1993, responsável pela criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Segundo dispõe Azevedo (2014, p. 234-235) foi conferida às decisões exaradas em sede de ADC eficácia vinculante, cuja finalidade é de se obter um parâmetro de entendimento caso haja divergência de interpretação, diferente do que antes ocorria com as decisões em ADI. Desse modo, a ADC “trouxe consigo a ampliação do poder interpretativo e decisório do Supremo em face, principalmente, das outras instâncias judiciais”.

Outra questão de importante destaque foi o fato de o Supremo ter encontrado nas leis ordinárias, mormente nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que disciplinam, respectivamente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), fatores que promoveram a ampliação da jurisdição outrora.

Segundo Azevedo (2014, p. 235), a principal mudança trazida pela Lei 9.868/1999 foi a atribuição de eficácia *erga omnes*<sup>3</sup> à medida cautelar concedida em ADI e efeito vinculante às decisões de mérito em ADC e em ADI, previsto nos artigos 11, §1º e 28 do mencionado dispositivo legal. Também foi modificada a regra geral da nulidade absoluta da lei inconstitucional, prevendo, em seu artigo 27, a possibilidade de modulação dos efeitos<sup>4</sup> das decisões de mérito em ADI e ADC.

Por sua vez, a Lei 9.868/1999, cuidou de disciplinar a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Ainda, prosseguindo com os ensinamentos de Azevedo (2014, p. 236), logo no artigo 1º da aludida disposição normativa, foi previsto a possibilidade da Corte Suprema de “julgar de forma originária a lesão ou evitar lesão a preceito fundamental por ato normativo ou por lei federal, estadual, ou municipal, **mesmo se anteriores à Constituição de 1988**” (grifo do autor). Desse modo, foi garantida ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de se realizar controle de constitucionalidade de normas editadas ainda antes da Constituição Federal de 1988. Acerca dos efeitos da decisão de mérito em ADPF, o art. 10º, §3º, conferiu máxima eficácia das decisões (*erga omnes* e vinculante).

Por fim, mas não menos importante, a Emenda Constitucional 45/2004 promoveu valiosa reforma no Poder Judiciário, mormente, no controle judicial de constitucionalidade. A criação das súmulas vinculantes e do mecanismo

---

<sup>3</sup> O efeito Erga Omnes está previsto no artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, *in verbis*: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988, art. 102, § 2º. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jul. 2020).

<sup>4</sup> “Modular efeitos significa a discricionariedade para determinar, diante dos requisitos de excepcional interesse público e segurança jurídica e do quórum de 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, se a decisão em controle abstrato é *ex tunc*, *ex nunc* ou pro futuro, dando a esta Corte a prerrogativa de alterar o momento da produção dos efeitos da decisão que definir pela inconstitucionalidade de uma norma.” (OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. 2012. Disponível em [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/modulacao-dos-efeitos-temporais-no-controle-de-constitucionalidade-difuso/#\\_ftn1](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/modulacao-dos-efeitos-temporais-no-controle-de-constitucionalidade-difuso/#_ftn1). Acesso em: 23 jul. 2020).

denominado como repercussão geral foram as principais mudanças trazidas pela referida Emenda, as quais, fomentaram significativamente o poder decisório do Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, menciono na íntegra as explicações de Azevedo:

O constituinte derivado introduziu o instituto da súmula vinculante, permitindo ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, aprovar “súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (artigo 103-A). A aprovação da súmula requer decisão de dois terços dos ministros e deve ser precedida de reiteradas decisões da Corte sobre a matéria constitucional versada. Seu processo deve ser deflagrado em meio a ambiente de controvérsia entre os Tribunais do país e entre estes a própria Administração Pública, de modo a servir, a súmula, para eliminar o estado de insegurança jurídica e a possibilidade de multiplicação de demandas. Em face dos atos judiciais e administrativos que neguem aplicação à norma sumulada, tal como ocorre com os processos objetivos da Corte, caberá reclamação. [...] Outra novidade introduzida pela EC 45/2004 foi a da “Repercussão Geral”, como requisito autônomo de admissibilidade do recurso extraordinário, incluído no §3º do artigo 102 da Constituição. Dizer que uma matéria possui repercussão geral é afirmar a “existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassam os interesses subjetivos” (artigo 543 – A, §1º do Código de Processo Civil). (CAMPOS, 2014, p. 237-238).

Importante frisar que, inobstante as diversas mudanças institucionais trazidas pela Constituição Federal de 1988, a Corte Suprema permaneceu por alguns anos adotando uma postura passiva, que, segundo ensina Azevedo (2014, p. 244), se deu em razão da transformação do autoritarismo que antes predominava no Brasil, para o Estado Democrático de Direito previsto na nova Constituição Federal.

Contudo, referida postura passiva do Supremo não durou por muito tempo. Segundo Azevedo (2014, p. 247), é difícil precisar quando a Corte Suprema, de fato, deu início às posturas ativistas no Brasil. Para o doutrinador o ativismo judicial se instaurou aos poucos, de modo que gradativamente Corte foi deixando de lado o que ele denomina como “ortodoxias de autorrestrrição judicial”.

Apesar destas pontuações, faz-se mister trazer à baía os ensinamentos de Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis (2015, p. 201-202), para as quais apesar de o Supremo já ter sido responsável por algumas decisões ativistas anteriormente, foi a partir das eleições de 2002 com a presidência do Partido dos Trabalhadores e a reforma do Poder Judiciário em 2004 que as possibilidades de judicialização de questões de cunho político e social foram fortalecidas. Neste sentido, menciono na íntegra as explicações das autoras:

No entanto, até as eleições de 2002, a atuação do Supremo foi mais discreta, combinando “efetivação e neutralização de regras constitucionais” no mesmo sentido das políticas liberalizantes do governo federal. Afinal, até o fim do governo Fernando Henrique Cardoso (2002) havia no STF a presença de ministros nomeados por militares que definiram de modo restritivo as competências criadas pela Constituição de 1988, apropriando-se seletivamente dos poderes nela previstos. As eleições de 2002, por outro lado, trouxeram à presidência o Partido dos Trabalhadores, que, inicialmente, possuía apoio frágil no Congresso. A partir daí, acirrando-se os desacordos entre poder Executivo e Legislativo, consagrou-se o procedimento de resolver juridicamente questões da arena política, o que foi aperfeiçoado pela reforma do judiciário realizada por meio da emenda constitucional número 45 de 2004. Essa reforma consolidou o STF como corte constitucional e ampliou o impacto de suas decisões, fortalecendo ainda mais as possibilidades judicialização da política. (GARAU; MULATINHO; REIS, 2015, p. 190-206).

A partir de então, a Corte Suprema ampliou suas decisões e passou a adotar uma nova postura imperativa, permitindo pela via hermenêutica, a modificação ou correção de leis e até mesmo a criação de direitos que sequer estão previstos por lei. Diante disto, o Supremo passou a decidir sobre questões políticas e sociais de suma importância para a sociedade, como nos casos do Mensalão, reforma partidária e Lei de Biossegurança, assumindo, por conseguinte, um importante papel político sem, contudo, ser dotado de representação, eis que não consiste em um órgão eleito.

Na conjuntura atual, dificilmente se encontra algum tema que não esteja sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal. No exercício deste protagonismo exacerbado assumido pela Corte Suprema, esta, sem hesitar, vem respondendo demandas cruciais para a sociedade sob o discurso de proteção aos direitos fundamentais, interferindo na função dos demais poderes e usurpando a competência destes. Isto se chama ativismo judicial.

## **4 LIMITAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL**

### **4.1 O binômio ativismo-autorrestrrição judicial**

O ativismo judicial tem como o seu oposto a autorrestrrição ou autocontenção judicial. Seguindo os ensinamentos de Carlos Alexandre de Azevedo (2014, p. 176), o fenômeno da autorrestrrição judicial encontra as mesmas dificuldades conceituais que seu contraste, ante os diversos significados e conceituações traçadas pela

doutrina. Desse modo, na tentativa de conceituá-lo, o doutrinador traz em sua obra o que ele denomina como “abordagem multidimensional”.

Para tanto, Azevedo traçou dois elementos clássicos inerentes à autorrestrrição judicial, a saber, deferência e prudência. O primeiro elemento diz respeito a valores políticos, ou seja, a Corte Suprema deve cumprir o seu papel em favor da soberania popular, enquanto o último, por sua vez, observa o que ele denomina como “mecanismo de preservação da própria autoridade judicial”, isto é, a corte deve respeitar as decisões exaradas pelos outros poderes, sem interferir a ponto de gerar reações políticas contrárias, preservando a sua notoriedade institucional.

Sobre o tema, menciono na íntegra as explicações de Azevedo:

Veja-se que ambas as concepções originárias de autorrestrrição judicial apontam para o dever de respeito dos juízes e cortes em favor das decisões prévias dos outros poderes, cuja inconstitucionalidade apenas poderia ser declarada se fosse manifestamente fundada. No entanto, os fundamentos são diversos e giram em torno das ações por **deferência** e por **prudência**. O primeiro fundamento observa valores políticos e se encaixa na filosofia política do constitucionalismo democrático – as cortes cumprem o papel de guardião da constituição com modéstia em favor do autogoverno popular. O segundo fundamento observa valores de estabilidade institucional e não é, necessariamente, incompatível com os ideais do constitucionalismo democrático – as cortes respeitam as decisões dos outros poderes, evitando agir de forma agressiva a ponto de produzir reações políticas adversas (*political backlash*) e, com isso, protegem a capacidade de cumprir seu papel institucional. No primeiro caso, a deferência é um valor político-democrático, no segundo, a prudência produz uma deferência como postura político-institucional. Longe de serem adversários, estes elementos podem ser complementares. (CAMPOS, 2014, p. 178, grifo do autor).

Por fim, o autor conceitua autorrestrrição judicial como “a prática decisória que consiste na retração do poder judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político-institucional” (2014, p. 278).

Corroborando com as explicações de Azevedo, Luiz Roberto Barroso conceitua a prática autorrestritiva como uma conduta adotada pelos juízes e cortes cuja finalidade é reduzir a interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes. Em sua obra, Barroso descreve três parâmetros adotados por juízes e cortes autorrestritivas, que são:

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, p. 26).

Sobre o tema, importante trazer à baía os ensinamentos de Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto:

Exige-se que os juízes evitem intromissões intensas e freqüentes na esfera de liberdade do legislador. Trata-se da doutrina da autocontenção (self-restraint) do Judiciário, fortemente presente nos Estados Unidos. Critério básico é o requisito de inconstitucionalidade clara- -evidente, aplicando-se a “regra do caso duvidoso”. Na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o julgador abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislatore*. (LUNARDI; DIMOULIS, 2011, p. 468).

Desse modo, ao passo em que o ativismo judicial significa a interferência do Judiciário no exercício dos demais poderes, a autorrestrição significa a necessidade de se haver uma redução ou limitação da atuação do Poder Judiciário, como uma exigência estabelecida constitucionalmente pela teoria da divisão dos poderes, respeitando a equiparação e a não intervenção.

Apresentada a tese de autorrestrição judicial como postura oposta à do ativismo judicial, por consecução lógica infere-se que as críticas ao ativismo compõem aspectos positivos da autorrestrição e que as críticas à autorrestrição compõem aspectos positivos do ativismo.

Todavia, alguns doutrinadores entendem que tanto a autorrestrição judicial quanto o ativismo judicial não devem ser objeto de uma avaliação unilateral, como uma verdade absoluta. Daí surgem as tentativas de se conciliar ambas as práticas nas atuações da Corte Suprema. Segundo leciona Carlos Alexandre de Azevedo, determinados autores nacionais como Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, têm buscado estabelecer parâmetros com a finalidade de ajustar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos e reduzir as práticas ativistas do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, o que ele intitula como doutrina de *standards* (2014, p. 199-200).

O primeiro parâmetro listado por Azevedo é denominado como *grau de legitimidade democrática*, isto é, quanto mais democrático for o ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame de constitucionalidade. Desse modo, assevera:

os juízes devem ser mais autocontidos e deferentes à presunção de constitucionalidade de: “atos normativos aprovados por plebiscito ou referendo popular”; leis de iniciativa popular (como o caso da “Lei da Ficha Limpa”); de emendas constitucionais se comparadas às leis ordinárias; leis aprovadas por “quase unanimidade” do Parlamento.” (CAMPOS, 2014, p. 199).

O segundo parâmetro a ser analisado são as *condições de funcionamento da democracia*. Nesta hipótese, o Poder Judiciário deve atuar como uma forma de tutelar direitos inerentes ao funcionamento da democracia, a saber, “direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas políticas da oposição”. Nesta ocasião o ativismo não é utilizado como um meio de violação ao exercício da democracia, pelo contrário, o seu uso seria para assegurar pressupostos mínimos para a sua manutenção e funcionamento.

O terceiro parâmetro, por sua vez, é denominado como *proteção de minorias estigmatizadas*. Nesta hipótese, o Poder Judiciário atua com o fito de garantir a defesa de direitos e preceitos fundamentais aos “grupos excluídos dos processos decisórios ou cujas pretensões não são alcançadas pela vontade majoritária (grupos sub-representados)”.

O quarto parâmetro é a *fundamentalidade material dos direitos em jogo*. Nesta hipótese, as normas que restringem direitos básicos precisam de uma análise mais rigorosa e ativista do Poder Judiciário, relativizando, nesta oportunidade, a presunção de constitucionalidade.

O quinto parâmetro é chamado de *comparação de capacidades institucionais*. Explica-se: quando o Poder Judiciário observar que não possui capacidade técnica para decidir sobre questões que vão além do Direito, deve se autoconter. Segundo o autor “isso é particularmente importante para a área de regulação econômica e de políticas públicas redistributivas”.

O sexto e último parâmetro denominado como *época da edição do ato normativo*, traduz a ideia de que normas editadas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 não devem se submeter à presunção de constitucionalidade do ato normativo em equiparação às normas editadas no período pós-88. Assim explica Azevedo:

O caso italiano do controle de constitucionalidade da legislação fascista é paradigmático (Capítulo II, item 3, *supra*). No Brasil, o controle da legislação editada durante o Regime Militar, contexto antidemocrático dos anos 60 e

70, também justifica o escrutínio mais rigoroso, como foi no julgamento da Lei de Imprensa (Capítulo V, item 5.1, *infra*). (CAMPOS, 2014, p. 200).

Desse modo, apesar dos parâmetros fixados pela doutrina com o fito de orientar a atuação da Corte Suprema quando da aplicação do ativismo judicial, temos visto que atualmente muita das vezes o Supremo Tribunal Federal ignora os ensinamentos doutrinários acerca do tema, com flagrante extrapolação de suas competências, o que, por si só, apresenta grave risco ao Estado Democrático de Direito. É o que veremos no próximo tópico.

#### **4.2 A extrapolação do Ativismo Judicial nos dias atuais e suas consequências**

Como bem destacado no decorrer do presente trabalho, o ativismo judicial se encontra muito em voga no Brasil. Dentre os inúmeros motivos que ensejaram a crescente atuação jurisdicional, o principal deles é o fato da inércia e ineficiência do Poder Executivo e Poder Legislativo, que se omitem no desempenho de suas funções, gerando, por conseguinte, uma sobrecarga ao Poder Judiciário, que se infla para garantir direitos fundamentais não efetivados pelos demais poderes. Neste mesmo sentido, leciona Lenio Streck:

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. (STRECK, 2007, p. 54-55).

Todavia, muita das vezes essas interferências nos outros poderes sob o argumento de garantia de preceitos fundamentais, acabam por extravasar os limites estabelecidos constitucionalmente e se tornar verdadeiras criações judiciais de direitos. Sobre o tema, importante trazer à baía as lições de Arthur Bezerra de Souza Junior e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

As omissões dos Poderes Legislativo e Executivo no que tange às suas funções constitucionalmente previstas acabam por suscitar uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário. Nesse particular, ao suprir tais omissões, as decisões do Poder Judiciário acabam, em alguns casos, por extravazar seus limites e ingressar no campo da criação legislativa e da realização de políticas públicas. Os Poderes Legislativo e Executivo atualmente vivem uma crise institucional e democrática, furtam-se, muitas vezes, das suas

funções constitucionalmente consagradas, gerando assim descrédito em toda a sociedade brasileira. (MEYER-PFLUG; SOUZA JUNIOR, 2020).

Desse modo, essa invasão exacerbada do Poder Judiciário no campo de atuação dos demais poderes, notadamente, do Poder Legislativo é que precisa ser limitado. Como visto no tópico anterior, o ativismo judicial deve ser tido como exceção, sendo utilizado seguindo os parâmetros estabelecidos previamente pela doutrina *standard* não deliberadamente como têm ocorrido.

O uso deliberado do ativismo judicial apresenta como principal consequência o risco à separação dos poderes do Estado. Como descrito no decorrer do presente trabalho, a separação dos poderes é consagrada pela Constituição e configura como cláusula pétrea de suma importância para a manutenção de um Estado Democrático de Direito. A inobservância deste preceito fundamental gera riscos e instabilidades à harmonia dos três poderes e, por conseguinte, na soberania da democracia. Referida crítica encontra fundamento na doutrina de Elival Ramos, para o qual, o ativismo judicial corresponde á extrapolações jurídicas que violam o sistema da separação dos poderes adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

Transcrevo, portanto, alguns trechos da obra de Elival:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Poder Judiciários nos limites da função jurisdicional que lhe é confiada e para cujo exercício foram estruturados. [...] há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadidos por decisões excessivamente criativas. (RAMOS, 2015, p. 116-129).

Outro ponto importante que demonstra as violações à democracia perpetradas pelo Poder Judiciário quando da utilização descriteriosa do ativismo judicial, é a forma de ingresso em cada um dos Poderes. Enquanto os membros do Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo, como forma de concretização do artigo

1º, parágrafo único, da Constituição Federal <sup>5</sup>, no Judiciário a principal forma de ingresso é mediante aprovação em concurso público de provas e títulos.

Conforme artigo jurídico escrito por Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis, considerando que o Supremo vem decidindo sobre questões políticas e sociais de suma importância, assumindo um papel político perante a sociedade, sem, contudo, ser eleito pelo povo e sem fomentar a participação destes em suas decisões, é quase inevitável questionar qual a sua legitimidade para tanto protagonismo. Transcrevo, pois, as explanações das autoras:

A partir dessa nova postura, o Supremo decidiu questões políticas e sociais de extrema relevância, como a reforma partidária, a verticalização das coligações partidárias e a lei de biossegurança, assumindo importante papel político sem, por um lado, estar legitimado por eleições, e por outro lado, sem criar formas para maior participação popular. Vale dizer que, ao abandonar sua imparcialidade, resta ao Supremo a problemática da legitimidade. Por não tratar-se de órgão eleito, qual seria então sua legitimidade para decidir questões eminentemente políticas? Até por não poder mais se apoiar no bastião da imparcialidade e da separação de poderes, nada mais tem restado ao Supremo, exceto negar a natureza política de suas decisões, assegurando- -se de usar argumentação técnica, portanto neutra, que justifique sua tomada de decisão. (GARAU; MULATINHO; REIS, 2015, p. 190-206).

Neste contexto, observa-se que em razão das posturas ativista que a Corte Suprema vem adotando, não é incomum encontrar situações que o Supremo excedeu os limites de razoabilidade ao exercer a jurisdição e adentrou na esfera de atuação de outros Poderes. Ocorre que, não é oportuno que o Poder Judiciário se ocupe do espaço reservado aos mandatários do povo, sem qualquer critério previamente estabelecido, sob pena de gerar insegurança jurídica e causar enfraquecimento na democracia, instituto de extrema importância para o Estado, que deve ser preservado e respeitado, eis que encontra consubstanciado na legítima escolha popular para representação dos seus interesses, conforme explicado no capítulo 2, item 2.2, *supra*.

Fazendo uma análise de todo o material colhido no decorrer do presente trabalho, é possível destacar dois principais fundamentos que nos levam à conclusão da necessidade de se limitar as práticas ativistas.

---

<sup>5</sup> “Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988, art. 1º, parágrafo único. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

O primeiro ponto a se destacar é quanto ao uso descriterioso do ativismo judicial tendo como consequência a violação a teoria da separação dos poderes, preceito fundamental para a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

O segundo ponto se refere ao modo de ingresso ao Poder. Considerando que o Judiciário não é eleito democraticamente pelo povo, carece de legitimidade para as modificações legislativas que vêm realizando, se fazendo necessário limitá-lo, sob pena de violação à democracia.

Conforme ensina Leal (2010, p. 195) na hipótese do Tribunal optar por adotar uma postura autocontida, este pode se omitir diante de questões relevantes para a sociedade. Por outro lado, ao adotar uma postura ativista, incorre no risco iminente de se aforar a hipertrofia e o indesejável protagonismo judicial.

Dessa forma, resta à Corte Suprema encontrar uma forma de calibrar suas atuações, de modo que lhe possibilite a garantia de concretização de preceitos fundamentais e, ao mesmo tempo, a deferência aos princípios da separação dos poderes e da soberania popular, necessários para a manutenção de um regime democrático.

#### **4.3 Decisões ativistas em que o Supremo Tribunal Federal decidiu além de sua competência**

Importante, agora, trazer à baía algumas decisões que comprovam o uso abusivo das prerrogativas jurisdicionais, acabando por violar a separação dos poderes. Destaco que não se trata de um esgotamento das decisões, mas sim uma amostra cuja finalidade é de melhor elucidar o tema ora tratado. Para tanto, analisaremos três casos distintos, mas que causaram imensa repercussão social: descriminalização do aborto, suspensão de nomeação feita pelo Presidente da República para a Polícia Federal e criminalização da homotransfobia.

Friso, neste ponto, que o presente estudo não pretende adentrar nas polêmicas geradas pelos temas mencionados. A crítica a ser tecida no decorrer deste tópico é com relação à forma, e não o conteúdo. Em suma, o que se propõe é uma compreensão prática acerca do fenômeno do ativismo judicial no Brasil, bem como uma análise acerca da legitimidade de tais decisões em um estado democrático de direito.

#### 4.3.1 Descriminalização do aborto: HC 124.306/RJ

No julgamento do Habeas Corpus n. 124.206, proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por meio de voto da maioria, assentou o entendimento de que a interrupção da gestação até o terceiro mês não é considerada como crime, afastando, assim, a aplicação dos artigos 124 a 126 do Código Penal.

Segue na íntegra a ementa do aludido julgado:

Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a

prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (BRASIL, Supremo Tribunal Federa. Habeas Corpus 124306. Relator: Marco Aurélio. Primeira Turma. Processo Eletrônico DJe-052. Julgado em 09/08/2016. Divulgado em 16/03/2017. Publicado em 17/03/2017).

Por sua vez, o Código Penal Brasileiro tipifica a o crime de aborto nos seguintes termos:

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

**Forma qualificada**

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

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Analisando a legislação em vigor supratranscrita, vemos que as únicas hipóteses de excludentes do crime de aborto são: aborto necessário, em caso de risco de vida da gestante e quando a gravidez é resultante de estupro. Resta claro, portanto, que a situação descrita no julgamento do HC 124.306/RJ não está prevista no ordenamento pátrio como forma de autorização da prática abortiva.

Destaco que o julgamento não contou com a intervenção de qualquer entidade ou representante da sociedade na qualidade de *amicuscuriae* não foi precedido de audiência pública. Friso, outrossim, que embora a decisão surta efeitos apenas entre as partes do processo, é cediço que referida postura transfere o debate acerca da descriminalização aborto para o Poder Judiciário, além de gerar precedentes.

Desse modo, temos que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento deste Habeas Corpus, inovou o mundo jurídico e o fez mediante interpretação constitucional, em uma postura flagrantemente ativista. Ocorre que, não é de competência do judiciário a criação de hipóteses de não punição do aborto praticado, sendo que a prerrogativa de legislador positivo, como o próprio nome pressupõe, é destinada ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário.

Neste caso, temos que o Poder Judiciário agiu com excesso de ativismo judicial, o que, por si só, demonstra a fragilidade da separação dos poderes, em prejuízo ao estado democrático de direito.

#### *4.3.2 Suspensão de nomeação feita pelo Presidente da República para a Polícia Federal: MS 37.097/DF*

Em outra decisão recente, agora exarada nos autos do Mandado de Segurança n. 37.097/DF, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes concedeu a liminar para tornar sem efeito a nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, que, diga-se de passagem, foi realizada pelo Presidente da República.

Importante, neste momento, mencionar alguns fragmentos da decisão supramencionada:

##### **Decisão**

Decisão Trata-se de Mandado de Segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), no qual se aponta como autoridade coatora o Presidente da República, o qual, segundo se afirma, teria incorrido em ilegalidade ao editar, em 27/4/2020, o Decreto de nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. O impetrante sustenta, inicialmente, que “a nomeação, por meio do ato coator, do Litisconsorte para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal revela flagrante abuso de poder, na forma de desvio de finalidade. Trata-se, na dicção legal, da prática de ‘ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência’ (Lei Federal nº 4.717/1965, art. 2º, parágrafo único, ‘e’)” (doc. 1, fl. 5). [...] Passo à análise da medida liminar pleiteada. [...] Nesse contexto, ainda que em sede de cognição inicial, analisando os fatos narrados, verifico a probabilidade do direito alegado, pois, em tese, apresenta-se viável a ocorrência de desvio de finalidade do ato presidencial de nomeação do Diretor da Polícia Federal, em inobservância aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e do interesse público. São fatos notórios, além de documentados na inicial, que, em entrevista coletiva na última sexta-feira, dia 24/4/2020, o ainda Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, afirmou expressa e textualmente que o Presidente da República informou-lhe da futura nomeação do delegado federal

Alexandre Ramagem para a Diretoria da Polícia Federal, para que pudesse ter “interferência política” na Instituição, no sentido de “ter uma pessoa do contato pessoal dele”, “que pudesse ligar, colher informações, colher relatórios de inteligência”. Essas alegações foram confirmadas, no mesmo dia, pelo próprio Presidente da República, também em entrevista coletiva, ao afirmar que, por não possuir informações da Polícia Federal, precisaria “todo dia ter um relatório do que aconteceu, em especial nas últimas vinte e quatro horas” [...]. Posteriormente, no mesmo dia, em matéria do telejornal conhecido como “Jornal Nacional”, da Rede Globo de Televisão, foi divulgada conversa entre o ex-Ministro Sérgio Moro e o Presidente da República, ocorrida no dia 23/4/2020, pelo aplicativo Whatsapp, que, em tese, indicaria a insatisfação presidencial com a existência de um inquérito no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como uma das razões para a troca da direção da Federal. Igualmente, houve a divulgação de conversa ocorrida no mesmo dia e pelo mesmo aplicativo, em que a Deputada Federal Carla Zambelli pede que o ex-Ministro Sérgio Moro aceite a nomeação do Delegado Federal Alexandre Ramagem para a Diretoria da Polícia Federal, nos seguintes termos: “Por favor, ministro, aceite o Ramagem. E vá em setembro pro STF. Eu me comprometo a ajudar. A fazer JB prometer”. Com a seguinte resposta do ex-Ministro Sérgio Moro: “Prezada, eu não estou a venda” Posteriormente, em decisão do dia 27/4/2020, o eminente Decano da CORTE, Ministro CELSO DE MELLO, após detalhada análise, entendeu plausíveis os argumentos apresentados pelo Procurador-Geral da República e determinou a instauração de inquérito [...]. Tais acontecimentos, juntamente com o fato de a Polícia Federal não ser órgão de inteligência da Presidência da República, mas sim exercer, nos termos do artigo 144, §1º, VI da Constituição Federal, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, inclusive em diversas investigações sigilosas, demonstram, em sede de cognição inicial, estarem presentes os requisitos necessários para a concessão da medida liminar pleiteada [...]. Diante de todo o exposto, nos termos do artigo 7º, inciso III da Lei 12.016/2016, DEFIRO A MEDIDA LIMINAR para suspender a eficácia do Decreto de 27/4/2020 (DOU de 28/4/2020, Seção 2, p. 1) no que se refere à nomeação e posse de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. Determino, ainda, que, IMEDIATAMENTE, notifique-se a autoridade impetrada, nos termos dos artigos 7º, I da Lei 12.016/2016 e 206 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Dê-se ciência imediata, inclusive por whatsapp em face da urgência, ao Advogado-Geral da União. Após, encaminhem-se os autos à Procuradoria-Geral da República para apresentação de parecer. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2020. Ministro Alexandre de Moraes Relator Documento assinado digitalmente. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 37.097. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 29 abr. 2020).

Em suma, a liminar concedida teve como fundamento o contexto em que ocorreu a nomeação do Diretor-Geral da Polícia Federal. O Ministro Alexandre de Moraes considerou que, as declarações do Presidente da República Jair Bolsonaro, em resposta às revelações feitas por Sérgio Moro quando se demitiu do cargo de Ministro da Justiça seria, mesmo em análise cognitiva, suficiente para considerar que havia desvio de finalidade na nomeação, com violação a princípios básicos da Administração Pública, como moralidade e impessoalidade.

Inicialmente, urge consignar que, nos moldes do artigo 84, inciso XXV, da Constituição Federal <sup>6</sup> e artigo 2º-C, da Lei Federal n. 9.266/1996 <sup>7</sup>, é prerrogativa do Presidente da República nomear o diretor da polícia judiciária federal.

Logo, em se tratando de uma decisão que suspende ato privativo de outro poder, esta deveria ser proferida com extrema cautela. Ocorre que, embora os fatos estejam devidamente elencados, observo que eles não são tão auto-evidentes a ponto de dispensar uma argumentação bem mais minuciosa sobre estes, o que não ocorreu no presente caso. Vejamos:

Nos termos do art. 1º, parágrafo 1º, Lei Federal n. 4.376/2002, que dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Inteligência, a Polícia Federal é parte de um sistema normativo que visa “integrar as ações de planejamento e execução da atividade de inteligência do País, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional”. Isto é, com outras palavras, significa dizer o que o Presidente declarou em sua entrevista citada na decisão: ele gostaria de ter acesso às investigações para que pudesse governar e a causa da mudança do Diretor-Geral da Polícia Federal se deu em razão de não estar sendo suficientemente informado.

Não fosse isto, para a aplicação da teoria do desvio de finalidade, segundo leciona o jurista Mezzomo, não basta à existência do elemento subjetivo, ou seja, da vontade do agente de se alcançar fim distinto ao interesse público. Também se faz necessário que incorra no efetivo alcance da intenção viciada do agente. Neste sentido, transcrevo as explanações do jurista:

Essa doutrina vem ao encontro da teoria da objetivação de alguns postulados do Direito Administrativo. Com efeito, não basta o elemento subjetivo para configurar o desvio de poder, ou seja, a comprovação, mediante indícios, de que o administrador teve em vista interesse alheio ao público. É necessário também que haja efetivo atendimento de finalidade estranha ao interesse público, o que ilustra a objetivação do conceito da teoria ora em análise. (MEZZOMO, 2015).

<sup>6</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988, art. 84, inciso XXV, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jul. 2020).

<sup>7</sup> “Art. 2º-C. O cargo de Diretor-Geral, nomeado pelo Presidente da República, é privativo de delegado de Polícia Federal integrante da classe especial.” (BRASIL. Lei nº 9.266 de 15 de março de 1996. Reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 mar. 1996, artigo 2º-C. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19266.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19266.htm). Acesso em: 28 jul. 2020).

Desse modo, ainda que existisse de forma oculta um propósito ilegítimo do Presidente ao nomear o novo Diretor-Geral da Polícia Federal, a nomeação por si só não pode constituir como se o agente estivesse alcançado essa finalidade. Neste sentido, segue as explicações do professor e Doutor em Direito Administrativo, Amauri Saad:

Mas, ainda que esses elementos fossem desconsiderados, a aplicabilidade da teoria do desvio de poder pressupõe que o ato impugnado satisfaça, pelos seus próprios efeitos típicos, à intenção viciada do agente. Quando alguém desapropria um imóvel com desvio de poder, é a própria desapropriação atende às finalidades ilícitas do sujeito, exaurindo, por assim dizer, a intenção ilícita. O efeito é direto e por isto o ato, ainda que legal sob todos os outros aspectos, será também considerado ilícito. No ato praticado com desvio de poder, a causa material se confunde com a causa final do ato, ou em outras palavras: o conteúdo do ato se confunde com a própria finalidade. Esta imediatidade, necessária para que haja o desvio de poder, não está presente no caso decidido por Alexandre de Moraes. Ainda que existisse um propósito ilegítimo do Presidente para nomear o novo Diretor-Geral da Polícia Federal, a nomeação por si só não seria a satisfação dessa finalidade, pois dependeria de toda uma série de atos posteriores do nomeado, que os poderia praticar ou não os praticar. Em suma, o ministro Alexandre de Moraes invalidou um ato inserido na esfera exclusiva de atuação do poder executivo (o que por si só já ensejaria um mínimo de deferência por parte do juiz), em razão de um vício hipotético futuro. (SAAD, 2020).

Outro ponto de importante destaque é o fato de inexistir uma posição do colegiado do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de se fazer controle judicial de uma nomeação para um cargo desta natureza no Poder Executivo com base na alegação de desvio de finalidade.

Ainda, não se olvida que possuem outros mecanismos de controle para violações constitucionais perpetradas pelo Executivo, como o processo por crime de responsabilidade, sendo que, o Judiciário ao suspender uma nomeação realizada pelo Poder Executivo, em sede de liminar em Mandado de Segurança sob o argumento de desvio de finalidade, certamente criou uma novidade no ordenamento jurídico que não foi tratada na decisão.

Desse modo, é inegável que o Poder Judiciário adentrou em esfera privativa do Poder Executivo de forma descriteriosa e sem qualquer precedente jurisprudencial do Tribunal, fundamentando a decisão com base em casos análogos que apenas foram objeto de decisões monocráticas e em fatos que sequer estão devidamente evidenciados para estear decisão de suma importância como esta.

Referida invasão é mais um exemplo da postura ativista desregrada que a Corte Suprema vem adotando em suas decisões.

#### 4.3.3 Criminalização da Homotransfobia – ADO 26/DF e MI 4.733/DF

A Corte Suprema, em decisão recente nos autos da ADO 26 e MI 4.733, equiparou a homotransfobia ao racismo para fins de penalização do homotransfóbico, nos moldes da Lei n. 7.716/89 (Lei de Racismo), sob a justificativa de que a aversão à identidade de gênero ou à orientação sexual são formas de racismo.

Segue o teor da decisão proferida em sede da ADO 26:

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A

repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019.

Neste caso, fácil é a identificação da atuação ativista da Corte Suprema, eis que esta criou um tipo penal pela via da decisão. Ocorre que, como dito inúmeras vezes no decorrer do presente trabalho, não é competência do Judiciário, e, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, a função de criar leis, e muito menos, de definir condutas criminalizantes. Essa função é de competência privativa do Poder Legislativo, não cabendo ao Judiciário cumpri-la.

Não fosse isso, em se tratando de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (bojo onde foi decidida a questão), dispõe o artigo 103, §2º, da Constituição Federal: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. (BRASIL, 1988).

De simples leitura do artigo supratranscrito depreende-se que observada a omissão legislativa, era dever do Supremo apenas notificar o poder competente para tomar as providências necessárias. No entanto, a Corte Suprema substituiu-se na figura do legislador e criou uma “norma jurídica” criminalizante.

Acerca das problemáticas que pairam sobre a decisão da Corte Suprema, vejamos os ensinamentos de Christiano Jorge Santos e Cristina Victor Garcia:

Não se pode negar que a CRFB, em seu artigo 5º, inciso XLI, trouxe um mandado de criminalização contra atos que atentem contra direitos e garantias fundamentais ao dispor que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. No entanto, a existência de referido mandado de criminalização implica a necessidade de o legislador infraconstitucional atuar para punir atos discriminatórios, mas não abrange nem permite a atuação do Poder Judiciário nesta atividade, se ela acarretar a violação de outros direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, a atuação do Poder Judiciário estaria limitada aos próprios direitos e garantias fundamentais. O mandado de criminalização define a existência de bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal, mas não permite ao STF que se arvore na atividade legislativa, criando tipos e cominando sanções. Há um limite da atuação jurisdicional notadamente no que se refere ao exercício de funções atípicas, a fim de que esteja garantida a própria separação dos poderes. (SANTOS; GARCIA, 2019, p. 294-317).

Desse modo, embora crescente e notável a violência contra lésbicas, gays, bissexuais e transexuais (LGBT), fazendo-se necessário urgentemente a criação de mecanismos com o fito de se tutelar juridicamente este grupo, não é viável a Corte Suprema, sob o discurso do combate à criminalidade, impunibilidade e proteção à comunidade LGBT, violar outros direitos e garantias fundamentais para a manutenção de um estado democrático de direito mediante o exercício de uma ginástica interpretativa.

Vemos, portanto, que por intermédio desta decisão, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez extrapolou na sua função jurisdicional, criou norma não existente no nosso ordenamento jurídico e invadiu campo privativo do Poder Legislativo, em flagrante violação ao princípio da separação dos poderes e da democracia.

## **5 CONCLUSÃO**

No decorrer do presente trabalho foi demonstrada a evolução histórica desde a antiguidade do Estado Democrático de Direito, iniciando pelo Estado Liberal, passando pelo Estado Social, para alcançarmos o que denominamos como Estado Democrático de Direito, sistema adotado pela atual Constituição Federal brasileira.

Para melhor elucidação do tema, logrou-se êxito em conceituar Democracia, através de uma análise histórica do seu surgimento na Grécia Antiga, informando,

ao final, como a democracia se consubstancia no Brasil: é uma democracia indireta, cujo sistema é representativo.

Posteriormente, foi demonstrada a evolução histórica desde a antiguidade da ideia da separação dos poderes do Estado, a qual iniciou-se com Aristóteles, sendo teorizada por John Locke e, posteriormente, aprimorada por Montesquieu. Mais a frente, foi traçado como a teoria da separação dos poderes se manifesta no Brasil, sendo consagrada no artigo 2º da Lei Maior. Partindo destas premissas, foi exposta a importância da independência dos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, além de ter sido listada, ainda que de forma breve, tendo em vista a extensão do tema, a função típica e atípica competida a cada um destes Poderes.

Contextualizado historicamente estes princípios basilares, iniciou-se um maior aprofundamento ao assunto específico do presente trabalho: ativismo judicial. Sem deixar de conceituá-lo, sua evolução histórica foi feita gradativamente: primeiro, falamos acerca da evolução do ativismo judicial no mundo, depois foram desenvolvidos os motivos determinantes que desencadearam sua aplicação no sistema jurisdicional brasileiro e, para delimitar o tema, desenvolvemos como a evolução do ativismo se deu no Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Embora no decorrer do presente trabalho foram mencionadas inúmeras vezes a problemática que envolve o tema ora tratado, o último capítulo foi essencial para a delimitação deste problema.

O capítulo final foi baseado na necessidade de limitação das posturas ativistas do Poder Judiciário. Para tanto, foi feita uma análise do que seria a autorrestrição judicial, postura diametralmente contrária ao ativismo judicial. No mesmo tópico, vemos que por se tratarem de temas opostos, os doutrinadores brasileiros entendem que estes não devem ser avaliados de forma unilateral. Foi dado início, então, à exposição dos parâmetros estabelecidos pela doutrina *standard* com o fito de se nortear as atuações da Corte Suprema e, também, de conciliar o ativismo e a autorrestrição, dando ensejo ao título do tópico: binômio ativismo-autorrestrição judicial.

A monografia encerra-se com a demonstração da extrapolação das posturas ativistas no judiciário brasileiro e suas consequências. Nessa demonstração, podemos verificar dois pontos principais que dão ensejo a conclusão da necessidade de se limitar a prática: o primeiro diz respeito à ultrapassagem dos

limites impostos pela constituição com relação à função estabelecida ao Judiciário, Executivo e Legislativo, demonstrando um afronto à teoria da separação dos poderes. O segundo corresponde ao fato dos membros do Poder Judiciário não terem sido eleitos democraticamente, não possuindo legitimidade para se ocupar de um espaço reservado aos mandatários do povo, sob pena de violação à democracia e ao Estado Democrático de Direito.

Por fim, como uma forma de demonstração prática das extrapolações perpetradas pela Corte Suprema, foram citados três importantes julgados: descriminalização do aborto, suspensão de nomeação feita pelo Presidente da República para a Polícia Federal e criminalização da homotransfobia.

Diante da análise da problemática proposta para o presente estudo – se estaria o Poder Judiciário, sobretudo a Corte Suprema usurpando a competência dos demais poderes e desequilibrando a separação das funções? pode-se concluir que a hipótese inicial para qual se levantou aludido questionamento é verdadeira, eis que o Poder Judiciário vem decidindo sobre questões políticas e sociais, de forma descriteriosa e sem estabelecer parâmetros, se valendo da conduta ativista para se sobrepor, ilegitimamente, aos demais Poderes. De fato, a prática jurisdicional objeto do presente trabalho deve ser revista, de modo que quando os agentes judiciais optam pela sua adoção, possam utilizá-la de maneira equilibrada e ponderada, sob pena de violação à teoria da separação dos poderes e de instabilidade ao Estado Democrático de Direito e a democracia.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, n. 16, out./dez. 2009. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao\\_Democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao_Democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em: 16 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, P. A **Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUHRING, Marcia Andrea. **Notas sobre o Estado: liberal, social e democrático**. Porto Alegre: Ed. Fi, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência de República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência de República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.376, de 11 de setembro de 2002. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências. **Diário Oficial da União, Brasília, 16 set. 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4376.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4376.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.266 de 15 de março de 1996. Reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências. **Diário Oficial da União, Brasília, 18 mar. 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19266.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19266.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 03, de 17 de março de 1993. Modifica os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União, Brasília, 18 mar. 1993**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/Emc/emc03.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 2004**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União, Brasília, 11 nov. 1999**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.882 de 03 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 dez. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 2019. Decisão. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 37.097**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 29 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5899275>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124306**. Relator: Marco Aurélio. Primeira Turma. Processo Eletrônico DJe-052. Julgado em 09/08/2016. Divulgado em 16/03/2017. Publicado em 17/03/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2010.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 190-206. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/3108-15489-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Ativez?: o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de. **O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>. Acesso em: 28 jul. 2020.

MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. A objetivação da teoria do desvio de finalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4323, 3 maio 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32723>. Acesso em 31 jul. 2020.

OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. **Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso**. 2012. Disponível em [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/modulacao-dos-efeitos-temporais-no-controle-de-constitucionalidade-difuso/#\\_ftn1](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/modulacao-dos-efeitos-temporais-no-controle-de-constitucionalidade-difuso/#_ftn1). Acesso em: 23 jul. 2020.

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

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAAD, Amauri. O STF e a nomeação de ministros de Estado – rumo à justocracia? **Jornal Brasil Sem Medo**, 05 maio 2020. Disponível em: <https://brasilesemmedo.com/o-stf-e-a-nomeacao-de-ministros-de-estado-rumo-a-juristocracia/>. Acesso em 31 jul. 2020.

SANTANA, Marcelo dos Santos Garcia. **A significação original de democracia e a isegoria como pressuposto da deliberação na modernidade**. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=17170f265eb26e87>. Acesso em: 22 jul. 2020.

SANTOS, Chhristiano Jorge; GARCIA, Cristina Victor. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, MS, v. 5, n. 2, p. 294–317, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9845>. Acesso em: 30 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>. Acesso em: 11 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, on-line version ISSN 2317-6172.

Disponível em file:///C:/Users/Usuario/Downloads/23966-43526-1-PB.pdf. Acesso em: 17 jul.2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.