

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS  
MISSÕES - CAMPUS ERECHIM  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO**

**ANA MARIA TORRES RETTMANN**

**O ATIVISMO JUDICIAL E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

**ERECHIM**

**2018**

**ANA MARIA TORRES RETTMANN**

**O ATIVISMO JUDICIAL E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito parcial à  
obtenção de Bacharel em Ciências Jurídicas  
e Sociais Direito, Departamento de Ciências  
Sociais Aplicadas, da Universidade  
Regional Integrada do Alto Uruguai e das  
Missões – Câmpus de Erechim.**

**Orientador: Me. Luis Alberto Espósito**

**ERECHIM**

**2018**

**ANA MARIA TORRES RETTMANN**

**O ATIVISMO JUDICIAL E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES NA  
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito parcial à  
obtenção de Bacharel em Ciências Jurídicas  
e Sociais Direito, Departamento de Ciências  
Sociais Aplicadas, da Universidade  
Regional Integrada do Alto Uruguai e das  
Missões – Câmpus de Erechim.**

**Erechim, 25 de maio de 2018.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.Me. Luis Alberto Espósito

URI ERECHIM

---

Prof.Me. Alessandra Regina Biasus

URI ERECHIM

---

Prof.Me. Luciano Alves dos Santos

URI ERECHIM

## RESUMO

O tema “Ativismo Judicial e a Tripartição de Poderes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” é atual e também controverso na doutrina constitucional brasileira, merecendo uma análise aprofundada. Na evolução histórica do sistema de tripartição de poderes, iniciando pelo berço filosófico na Grécia antiga com Aristóteles (384-322 a.c), passando por John Locke, Montesquieu e por fim identificando o sistema de tripartição de Poderes na Constituição Federal Brasileira de 1988, onde executivo, legislativo e judiciário, funcionam em um sistema de peso e contrapesos, em que o poder limita o próprio poder. O momento histórico do surgimento do Ativismo Judicial é em 1803 nas cortes americanas no caso *Marbury v. Madison* e a definição na atualidade como o “Fenômeno do Ativismo Judicial”, qual seja, decisões do Poder Judiciário com maior interferência nas instituições estatais. O fenômeno do Ativismo Judicial e o Sistema de Tripartição de Poderes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trata-se de uma participação ampla e intensa do judiciário brasileiro, com interferência deste nos outros dois poderes, por meio de uma postura ativista. Existindo posições favoráveis das decisões ativistas, pois encontram um meio de concretização dos valores e fins constitucionais, bem como posições contrárias que vêem o ativismo judicial como uma ameaça constitucional. Utilizou-se para a presente monografia a metodologia analítico-descritivo e a pesquisa bibliográfica, realizada tanto em documentos impressos quanto eletrônicos.

**Palavras-chave:** Constituição. Tripartição dos Poderes. Ativismo Judicial.

## ABSTRACT

The topic "Judicial Activism and the Tripartition of Powers in the Constitution of the Federative Republic of Brazil from 1988" is current and also controversial in the Brazilian constitutional doctrine, deserving an in-depth analysis. In historical trajectory of the tripartite system of powers, its first formulation was in the philosophical cradle of ancient Greece with Aristotle (384-322 bc), later passing by modern authors like John Locke and Montesquieu, and finally being identified in tripartite system of power in the Brazilian Federal Constitution of 1988, in which the executive, legislative and judicial work in a system of weight and balances on that power limits power itself. The historical moment of the emergence of Judicial Activism was in 1803, in the American courts *Marbury v. Madison* case, and the present definition as the "Phenomenon of Judicial Activism", that is, decisions of the Judiciary with greater interference in state institutions. The phenomenon of judicial activism and the system of tripartite division of powers in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, it is a broad and active participation of the Brazilian judiciary, with interference of this in the other two powers, through an activist stance. There are favorable positions of activists decisions, as means of achieving the constitutional values and purposes, and contrary positions which sees judicial activism as a constitutional threat. The analytical-descriptive methodology and bibliographic research, both in printed and electronic documents, were used for the present monograph.

**Keywords:** Constitution. Tripartition of Powers. Judicial Activism.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>06</b>
<b>2 SISTEMA DE TRIPARTIÇÃO DE PODERES.....</b>	<b>07</b>
<b>2.1Evolução Histórica.....</b>	<b>07</b>
<b>2.2 Sistema De Tripartição De Poderes Na Constituição Federal Brasileira De 1988.....</b>	<b>10</b>
<b>2.3 Neoconstitucionalismo.....</b>	<b>13</b>
<b>3 ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>16</b>
<b>3.1 Surgimento Do Ativismo Judicial.....</b>	<b>16</b>
<b>3.2 Definição Do Ativismo Judicial na Atualidade.....</b>	<b>18</b>
<b>3.2.1 Ativismo Judicial <i>Versus</i> Judicialização Da Política.....</b>	<b>19</b>
<b>4 O ATIVISMO JUDICIAL E O SISTEMA DE TRIPARTIÇÃO DE PODERES NA CRBF/88.....</b>	<b>21</b>
<b>4.1 Considerações Gerais.....</b>	<b>21</b>
<b>4.2 Posições Contrárias Ao Ativismo Judicial.....</b>	<b>22</b>
<b>4.3 Posições Favoráveis Ao Ativismo Judicial.....</b>	<b>27</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>34</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>36</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O tema da “Tripartição de Poderes na Constituição Brasileira e o Fenômeno do Ativismo Jurisdicional”, apesar deste ter surgido nas cortes americanas em 1.803, no momento histórico brasileiro são atuais.

O presente estudo buscou relatar a origem histórica da “Tripartição de Poderes”, desde o filósofo Aristóteles (384-322a.c), onde surgiu a primeira afirmação de não ser justo e nem benéfico atribuir o exercício do poder a um só indivíduo, seguindo pelo Inglês John Locke que afirmava a existência de quatro funções fundamentais, e finalizando, na obra “DeL’Esprit des Lois” de Montesquieu, em um sistema que conjuga, um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, onde o poder limita o próprio poder.

Tal sistema tripartite de poder, onde o poder limita o próprio poder, venceu o tempo e foi amplamente incorporado e praticado em muitos Estados democráticos, e incluído na Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Cabendo ainda esclarecer que tal poder, refere-se ao o poder “uno” estatal subdividido em três funções distintas.

Quanto ao ativismo judicial, também foi realizado seu levantamento histórico, e logo após definido como uma participação ampla e intensa do judiciário, com interferência deste nos outros dois poderes. Sendo oportuno destacar a distinção entre o ativismo e a judicialização da política, enquanto esta trata-se de uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado, onde o judiciário decide porque é cabível a fazer, não existe outra alternativa, o ativismo judicial é uma interpretação pró ativa e específica da constituição, expandido sentido e alcance.

Esta participação ampla e intensa do judiciário, seja em primeiro grau de Jurisdição, seja pelos Tribunais ou pelo próprio Supremo Tribunal Federal, com interferência do poder Judiciário nos outros poderes Executivo e Legislativo, por meio de uma postura ativista, gera duas correntes, as quais sejam uma favorável e outra contra as decisões ativistas.

Assim, a questão chave do presente trabalho é a análise doutrinária do ativismo judicial frente ao sistema tripartite de poder, adotado na Constituição Federal de 1988, para finalmente concluir se as decisões ativistas pelo judiciário têm um caráter positivo ou negativo no atual momento histórico brasileiro.

Utilizou-se para a presente monografia a metodologia analítico-descritivo e a pesquisa bibliográfica, realizada tanto em documentos impressos quanto eletrônicos.

## 2 SISTEMA DE TRIPARTIÇÃO DE PODERES

Quanto ao tópico Sistema de Tripartição de Poderes, apresenta-se a sua evolução histórica, tendo como berço a Grécia antiga, até seu surgimento de sistema tripartite em Montesquieu em 1748. Logo após identificando então este sistema na Constituição Federal Brasileira de 1988, que estabelece como poderes da união Legislativo, Executivo e Judiciário.

### 2.1 Evolução Histórica

Para a origem histórica da “Tripartição de Poderes” percebe-se que a idéia surge em um período muito remoto, e tem sido levantado por vários pensadores ao longo da história.

Segundo Dallari (2014), o antecedente mais remoto da separação de poderes é Aristóteles.

Aristóteles (384-322a.c), era discípulo do filósofo Sócrates, e viveu na Grécia antiga, em sua obra “A Política”, ele afirma não ser justo e nem benéfico atribuir o exercício do poder a um só indivíduo.

O filósofo Aristóteles não chegou a formular uma teoria completa acerca do tema Tripartição de Poderes, no entanto apresentou a sua contribuição.

No século XVII, com a obra “Segundo Tratado Sobre o Governo”, do Inglês John Locke, surge a afirmação da existência de quatro funções fundamentais, conforme abaixo:

LOCKE, aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao Parlamento. A função Executiva, exercida pelo rei comportava um deslocamento, chamando-se de função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como o “poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras”. Embora opondo-se expressamente ao absolutismo defendido por HOBBS, LOCKE não considerou anormal o reconhecimento de uma esfera de poder discricionário do governante, sem atentar para a circunstância de que o bem público, impossível de ser claramente definido, sempre seria um com pretexto para as decisões absolutistas. (LOCKE, 1689 apud DALLARI, 2014, p. 216).

Sendo assim para Locke, existia dois órgãos de poder e quatro funções estatais fundamentais: a primeira função legislativa exercida pelo parlamento, a segunda e terceira função executiva e federativa respectivamente, exercida pelo rei, e a quarta função que também era exercida pelo rei e tratava-se de uma função de poder discricionário para fazer o bem público sem subordinação a regras.

Conforme visto na citação acima, por mais que Locke fosse contra o absolutismo defendido por Hobbes, Locke reconheceu a quarta função com poder totalmente discricionário do governante, no entanto o fato do bem público ser impossível de ser definido era usado como pretexto para as decisões absolutistas.

Canotilho, refere-se a obra de John Locke da seguinte maneira:

John Locke (1632-1704), nos seus célebres *Two Treatises of Government* (1690), pode ser apontado como um dos autores que, de forma sistemática, traçou algumas das premissas do padrão básico referente à organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes. A *nível funcional* aponta *quatro* poderes, por ele designados “legislativo”, “executivo”, “federativo” e “prerrogativo”, cujas funções se reconduziam à criação de regras jurídicas (legislativo), à aplicação/execução destas regras no espaço nacional (executivo), ao desenvolvimento de relações externas e de direito internacional (federativo), e à tomada de decisões em casos de exceção constitucional como guerra e estados de emergência (prerrogativo). Não bastava, porém, um olhar funcional. Era necessário captar o suporte *institucional*, ou seja, os “poderes” ou “órgãos” primariamente responsáveis por tais funções. O Parlamento – ele próprio “dividido” em ou “composto” por duas câmaras- constituía o “supreme Power” fundamentalmente baseado na sua função legislativa (mas não só), enquanto a Coroa soberana pontificava no “governo”, “administração” e “tribunais” funcionalmente competentes para o desempenho das funções executiva, federativa e prerrogativa. [...] Todos os poderes sociais constituíam o Parlamento, mas a sociedade feudal era, ainda, o conjunto de estamentos: os “Comuns”, a nobreza temporal e espiritual (*Lords*) e a família real (*King in Parliament*). (LOCKE, 1969 apud CANOTILHO, 2003, p.580-581).

Seguindo o presente trabalho, quanto à evolução histórica da tripartição dos poderes, após Locke, em 1748, é publicada a obra “DeL’Espirit des Lois”, de Charles Louis de Secondat, conhecido como Barrão de Montesquieu.

Canotilho, assim discorre sobre a divisão de poderes de Montesquieu:

Tal como Locke, a doutrina da divisão de poderes de Montesquieu (1689-1755) distingue, a nível funcional, vários poderes, mas opta por uma divisão tripartida: legislativo, executivo e judicial. A nível institucional distingue entre Parlamento, Governo e Tribunais. No plano sócio-estrutural, Montesquieu refere a Coroa, o clero e nobreza e o povo (“Le peuple”). As principais diferenças em relação ao modelo de John Locke residem no seguinte: autonomização do poder judiciário; inclusão dos poderes federativo e prerrogativo no âmbito do executivo. (MONTESQUIEU, 1748 apud CANOTILHO, 2003, p.581).

Finalmente com Montesquieu, surge a “Teoria da Separação de Poderes” como um sistema que conjuga, um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando praticamente a configuração que ira aparecer na maioria das constituições. (DALLARI, 2014).

Montesquieu escreve antes da Revolução Francesa de 1789, para uma França prostada pelo absolutismo decadente da regência de Filipe de Orleans e Luís XV, uma França, que ele

ainda alcaçara no crepúsculo da autoridade de Luís XIV, quando havia mais sombras e cada falsos do que glória no poder pessoal do monarca de direito divino, a salvaguarda da liberdade e o extermínio da tirania. (BONAVIDES, 2008).

Antes de adentrar a teoria da tripartição do poder na concepção de Montesquieu, faz-se necessário, além de mencionar o momento histórico absolutista, entender sucintamente os conceitos de lei, governo e liberdade, que Montesquieu traz na sua obra “O Espírito das Leis”.

Primeiramente o conceito de lei de Montesquieu (1748), onde as leis em seu significado mais extenso são todas as relações necessárias que derivam da natureza das coisas.

Segundo o conceito de governo para Montesquieu, onde existem três tipos de governo, o despótico, o monárquico e o republicano, onde o despótico é um governo de um tirano, o monárquico é um regime absolutista mas regido por leis e o republicano é o que mais aproxima-se das atuais democracias. Onde para cada espécie de governo, despótico, monárquico ou republicano, somente se explica por sua natureza, e seus princípios, princípios estes onde para o despotismo é o temor, para a monarquia a honra, para a república a virtude.

Seguindo ainda o referido autor para cada governo sua natureza e estrutura particular o fazem ser como é, e o seu princípio e paixões humanas o faz agir e mover-se. (MONTESQUIEU, 1748).

E o terceiro conceito de liberdade, assim descrita nas palavras de Montesquieu:

Não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade. Uns a tomaram como a facilidade de depor aquele a quem deram um poder tirânico; outros como a faculdade de eleger a quem devem obedecer [...] A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos estados moderados; só existe quando não se abusa do poder. (SECONDAT, 1748, p.166).

Para o autor acima citado antes de se falar em poder tripartite fala-se dos diversos significados atribuídos a palavra liberdade.

Agora que já estabeleceu-se brevemente os conceitos de lei, governo e liberdade, cabe citar que de acordo com Montesquieu (1748, p. 168), “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.”

Aqui encontra-se o marco da tripartição dos poderes, o poder de fazer as leis, o poder de executar e o de julgar.

Segundo Dallari:

O que se verifica é que MONTESQUIEU já adotando a orientação que seria consagrada pelo Liberalismo, não dá ao estado qualquer atribuição interna, a não ser o poder de julgar e punir. Assim, as leis elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse. (DALLARI, 2014, P. 217).

Portanto, livrando-se das correntes absolutistas a “Teoria dos Três Poderes” em Montesquieu, já vem dotados das idéias liberalistas.

Para Mello (2014), essa trilogia, composta por Montesquieu com o propósito ideológico de impedir a concentração de poderes, reflete pura e simplesmente uma construção política notável e bem sucedida, que recebeu uma amplíssima consagração jurídica.

Outro ponto histórico importantíssimo é que de acordo com Montesquieu (1748, p. 166), “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”.

Para melhor compreensão, segue a presente citação:

“(…) é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! a própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”. E logo a diante: “quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se ele estiver confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor”. (MONTESQUIEU, 1748, apud MELLO, 2014, p. 31).

Segundo o Autor citado, é preciso existir um limite do poder pelo próprio poder.

## **2.2 Sistema De Tripartição De Poderes Na Constituição Federal Brasileira De 1988**

O sistema tripartite de poder, onde o poder limita o próprio poder, venceu o tempo e foi amplamente incorporado e praticado em muitos Estados democráticos.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tem-se em seu Art. 16, que a sociedade em que não esteja estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Em especial na Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, em seu Artigo 2º, tem-se que são poderes da união, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, todos independentes e harmônicos entre si, e garantido tal dispositivo como clausula pétrea

fundamental em seu Art. 60, § 4º, III, sendo vedada a proposta de emenda tendente a abolir a separação de poderes.

No entanto antes de continuar com o presente estudo da separação de poderes na Constituição Brasileira de 1988, é necessário primeiramente entender que o “Poder” em si é “Uno”, o que existe é uma separação do “Poder Uno” do Estado em três funções distintas, assim é preciso ter cuidado porque o próprio termo “Separação de Poderes”, adotado na Constituição pode induzir a erro.

Nas palavras de Silva (2014, p.110), “Cumpre, em primeiro lugar, não confundir distinção de função de poder com divisão ou separação de poderes, embora em ambas haja uma conexão necessária”.

O poder é um fenômeno sociocultural, inerente ao grupo, sendo uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando a realização de determinados fins, sendo que a superioridade do poder político caracteriza a soberania e a supremacia do Estado, e disso decorre as três características fundamentais do poder político, unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, de onde parece impróprio falar de divisão ou de delegação de poderes, o que existe são as funções executiva, legislativa e jurisdicional, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título organização dos poderes da Constituição. (SILVA, 2014).

Feita as considerações preliminares, e ainda citando Silva (2014), o governo é, então, o conjunto de órgãos supremos o qual incumbe o exercício das funções do poder, onde a função legislativa consiste na edição de leis, a função executiva resolve os problemas concretos e individualizados de acordo com as leis e a função jurisdicional aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.

Tais funções exercidas pelos órgãos estatais são divididas em funções típicas e atípicas, nas palavras de Moraes:

[...] o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a *exclusividade absoluta*. Assim cada um dos Poderes possui em função *predominante*, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constituoico. São as chamadas funções típicas e atípicas. (MORAES, 2014, p. 429)

Para melhor explicar, conforme Mello (2014), tanto legislativo quanto judiciário, como executivo, exercem as três funções estatais, de modo normal e típico aquela que lhes correspondem primacialmente - respectivamente, legislar julgar e administrar - e em caráter menos comum funções pertinentes a outros órgãos do Poder.

Ainda, sobre a independência e harmonia dos poderes discorreu Silva:

“A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96, e 99) [...] A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. (SILVA, 2014, p.112).

Por outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas, pois há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, na busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2014).

Analisando as citações do Professor José Afonso da Silva, pode-se verificar que na Constituição Federal Brasileira de 1988, as funções do poder estatal, exercidas por seus órgãos supremos, ora citadas executiva, legislativa e jurisdicional são independentes e também harmônicas, e funcionam em um sistema equilibrado de freios e contrapesos.

Neste sentido, Canotilho (2003, p. 578-579), “os *esquemas* organizatórios funcionais recortados nas leis constitucionais nunca foram nem são esquemas *neutros*, antes procuram ter em conta o paralelograma das forças politicamente actantes e a necessidade de equilíbrio entre os vários poderes do Estado”.

Sendo necessário também mencionar no presente estudo duas posições peculiares, uma referente a separação de poderes, qual seja a posição de Alexandre de Moraes, e outra referente ao tema das funções típicas e atípicas dos poderes, na concepção de José Joaquim Gomes Canotilho, na concepção .

Na posição de Moraes (2014), o qual defende que a Constituição Federal de 1988, no intuito de preservar o mecanismo de controle e a perpetuidade do estado, atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais poderes, executivo, legislativo e judiciário e também

à instituição do ministério público, alterando assim a estrutura clássica da teoria da tripartição de poderes.

Podendo assim afirmar que, na concepção de Alexandre de Moraes, surge a inclusão da instituição do ministério público, como um quarto poder, alterando a clássica teoria tripartite, e a teoria de freios e contrapesos. Devida a complexidade do assunto não é tratado nesta pesquisa onde será adotada tão somente a teoria tripartite.

Agora a concepção de Canotilho (2003), quanto as funções típicas e atípicas de cada órgão do poder, que menciona a Assembléia da república como órgão legislativo por excelência, a qual cabe a função de controle e a função de fazer leis, sendo que a função de fazer leis não é um monopólio e sim uma função legiferante primária. Seguindo, a palavra governo é plurissignificativa, em que um dos significados o governo é o conjunto de todos os órgão que desempenham tarefas e funções não enquadráveis no poder legislativo e no poder jurisdicional, onde há uma delimitação negativa, tendo como título principal a função de governar, mas não detém monopólio sobre tal função.

Por conseguinte onde encontra-se a peculiaridade, Canotilho afirma que:

[...] os órgãos/poder especialmente qualificados para estas funções de *jurisdictio* devem ter o *monopólio* da jurisdição, pois é uma dimensão ineliminável do princípio do Estado de direito um corolário material do princípio da divisão de poderes; o *monopólio jurisdicional* é hoje, seguramente, um princípio constitucional material concreto ou densificador destes princípios. (CANOTILHO, 2003, p. 668).

O que também é possível perceber em Canotilho (2003), que embora ele entenda pelo monopólio da função jurisdicional, ele descreve que na Constituição portuguesa surge as “reservas especiais de jurisdição”, que estão relacionadas com a organização plural do poder judicial desenhado na constituição.

### **2.3 Neoconstitucionalismo**

Conforme o artigo publicado por André Karam Trindade (2013), o neoconstitucionalismo é uma expressão que surgiu no final da década de 1990, sendo empregada primeiramente pelos jusfilósofos de Genova: Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis, onde o termo neoconstitucionalismo teria sido utilizado, pela primeira vez, durante a intervenção de Pozzolo no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, realizado em Buenos Aires e La Plata, em agosto de 1997.

Segundo Lenza (2016), a doutrina passa a desenvolver a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo.

Visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à idéia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais [...]. A ‘Constituição como valor em si’. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais”. (LENZA, 2016, p.70).

Lenza (2016), também destaca os pontos marcantes do neoconstitucionalismo, quais sejam:

- Estado constitucional de direito: supera-se a idéia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A Constituição, assim, adquire, de vez, o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição.
- Conteúdo axiológico da Constituição: [...] Como importante marca das Constituições contemporâneas, além de realçar seus valores (especialmente após a Segunda Guerra Mundial), associados, particularmente, à idéia da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, [...] a partir do momento que os valores são constitucionalizados, o grande desafio do neoconstitucionalismo passa a ser encontrar mecanismos para sua efetiva concretização.
- Concretização dos valores constitucionais e garantia de condições dignas mínimas: [...] Em uma visão substancialista (a Constituição deveria impor “um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais”), ou mesmo designada de procedimentalismo (a Constituição deve “garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas próprias convicções materiais”), em relação a qualquer das posições que se filie, mesmo no “procedimentalismo” deverão ser resguardadas as condições de dignidade e dos direitos dentro, ao menos, de patamares mínimos. (LENZA, 2016, p. 71-72).

Em sua obra “Direito Constitucional Esquematizado” o Professor Pedro Lenza cita o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

Barroso aponta três marcos fundamentais que definem a trajetória do direito constitucional para o atual estágio de “novo”: o histórico, o filosófico e o teórico. [...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre

Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.(BARROSO, apud LENZA, 2016, p.72-73)

Para Ramos (2015), no plano específico da realidade jurídica brasileira atual, desponta o neoconstitucionalismo como um elemento de impulsão ao ativismo judicial, em larga difusão no meio acadêmico e doutrinário, que começa se fazer presente no âmbito do Poder Judiciário, inclusive nos acórdãos da alta corte, contemplado as manifestações de um difuso moralismo jurídico.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL

No presente estudo será tratado o surgimento do ativismo judicial, bem como a primeira vez em que este termo foi utilizado e em seguida apresenta-se a definição atual do “Fenômeno do Ativismo Judicial”.

#### 3.1 Surgimento Do Ativismo Judicial

O autor Carlos Alexandre Azevedo Campos<sup>1</sup>, discorre sobre o surgimento do ativismo judicial, para ele a pré-história do ativismo judicial é o caso americano *Marbury v. Sandford*:

[...] *Marbury v. Madison*; *Dred Scott v. Sandford*; *Lochner v. New York*. Em *Marbury v. Madison* (1803), a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei federal pela primeira vez. A face de ativismo judicial está justamente na afirmação desse espetacular poder da judicial review sem que a Constituição de 1787 nada dissesse especificamente. Contudo, a decisão também revela uma faceta acentuada de autorrestrição judicial – a declaração de inconstitucionalidade serviu ao propósito da Corte em recusar a julgar o mandamus proposto por *Marbury* em face de James Madison, Secretário de Estado do Governo de Thomas Jefferson. Diante do contexto político em que se desenvolveu o caso, o Chief Justice Marshall temia reações adversas do Presidente Jefferson caso o mandamus fosse concedido, daí a decisão ter sido também uma estratégia de não enfrentamento ao Governo Federal para a preservação institucional da Suprema Corte. (CAMPOS, 2014).

Ainda quanto ao surgimento do ativismo judicial, de acordo com Barrosos (2009), as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana, e em um primeiro momento de natureza conservadora, onde na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), o que na época acabou culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937), tal situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Apesar do fenômeno denominado pela doutrina como ativismo judicial ser uma “novidade” no Direito pátrio, nos EUA já é bicentenário em sua jurisprudência, enquanto o Supremo Tribunal Federal brasileiro desperta para decisões ativistas a Suprema Corte America registra estas decisões desde 1803.

Quanto ao surgimento do termo “Ativismo Judicial e as primeiras discussões referente ao tema assim discorreu Dias:

A primeira vez que se falou no termo ativismo judicial foi em 1947, também nos Estados Unidos da América, pelo historiador e político do partido democrata Arthur Schlesinger Jr., em um artigo direcionado a comentar as linhas de atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos na época do New Deal[...] Existiam duas linhas: A primeira linha entendia que a Suprema Corte podia desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com bases nas concepções políticas dos juízes; e a segunda linha que defendia, basicamente, o oposto, pregando uma postura de autocontenção judicial, deixando as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo. A opção pela primeira linha foi intitulada de ativismo judicial. (DIAS, 2016, p.1).

Percebe-se que o termo foi utilizado pela primeira vez há mais de seis décadas e nesse intervalo de tempo, o fenômeno ativismo judicial foi tomando acepções diferentes, mas mantendo-se sua essência, qual seja, uma maior interferência do Poder Judiciário na vida institucional. (DIAS, 2016).

Quanto a origem terminológica, para melhor entendimento, também cabe citar Campos:

A origem terminológica do ativismo judicial coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., que o utilizou publicamente, pela primeira vez, em artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na *Revista Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947. Em avaliar a Suprema Corte de 1947 – a Vinson Court –, o autor dividiu os Justices em “campeões do ativismo judicial” e “campeões da autorrestrrição judicial”: juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos; ao contrário, juízes “campeões da autorrestrrição judicial” entendem que a Suprema Corte, em razão da natureza judicial, não deve intervir no campo da política e, por isso, deve agir com a máxima deferência à vontade do legislador. Segundo a formulação de Schlesinger, decidir sobre ativismo ou autorrestrrição judicial é decidir sobre o espaço decisório da Suprema Corte no sistema político dos Estados Unidos. Para ele, como regra geral, a escolha deve ser pela autorrestrrição judicial, justificado o ativismo judicial caso fossem ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos. Schlesinger não negou o ativismo judicial em absoluto, apenas não o aceitou como rotina institucional da democracia norte-americana. (CAMPOS, 2014).

Portanto sabe-se, que o fenômeno do Ativismo Judicial surgiu na Jurisprudência Americana em 1803, porém o termo “Ativismo Judicial” foi utilizado pela vez em 1947, também nos EUA, e ao longo dos anos foi tomado por diversas concepções mas manteve a

sua essência, a qual seja, decisões ativistas pelo Poder Judiciário com maior interferência nas instituições estatais.

### **3.2 Definição Do Ativismo Judicial na Atualidade**

Segundo Campos (2014), o ativismo judicial tem sido uma tendência verificada em várias outras partes do mundo além do universo norte-americano, onde todas as cortes constitucionais ou supremas têm cumprido papel relevante e o ativismo judicial tem se manifestado por diferentes dimensões e sofrido influência de múltiplos fatores de natureza política, institucional, social e jurídico-cultural.

Para definir a idéia atual de ativismo judicial no contexto brasileiro, cabe citar inicialmente Barroso, que assim dispôs:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (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, 2009, p. 6).

Assim o ativismo judicial trata-se de uma participação ampla e intensa do Judiciário, com interferência deste nos outros dois Poderes, por meio de uma postura ativista na concretização dos valores e fins constitucionais.

Conforme Dias (2016), o fenômeno ativismo judicial é conceituado com enfoque, diga-se, muito mais ativista que aquela empregada pela primeira vez em 1947, pois naquela época, ativismo judicial ocorria quando o Poder Judiciário se considerava na obrigação de interpretar a lei no sentido de garantir direitos, agora, o Ativismo judicial, em suma, consiste em uma prática do Poder Judiciário em interferir além do âmbito judicial, expandindo suas atividades também para as esferas dos outros Poderes do Estado.

Ainda no artigo escrito pelo Advogado Lucas Albuquerque Dias, ele cita o conceito de Ativismo Judicial elaborado pelo o professor Elival da Silva Ramos:

Ativismo Judicial 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. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em

circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2013 apud DIAS, 2016, p.1)

Sendo possível afirmar que o núcleo comportamental do ativismo judicial é a autoexpansão do papel político-institucional de juízes e cortes em face de outros atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional. (CAMPOS, 2014).

Segundo Campos:

As decisões ativistas, normalmente, versam sobre os casos de mais elevada temperatura moral ou política, ou envolvem as normas constitucionais de mais alta indeterminação semântica e de elevada carga axiológica (hard cases). Com a expansão de poder sobre os demais atores relevantes e no âmbito de solução das grandes questões morais e políticas, as cortes tornam-se, inevitavelmente, personagens centrais dos sistemas de governo e suas decisões interferem sobre os mais importantes processos políticos desses sistemas, de modo que não há como enxergá-las, de outra forma, senão como autênticos atores políticos, ainda que com singularidades e fundamentos diversos em relação ao Legislativo e ao Executivo. (CAMPOS, 2014).

Estes são os primeiros conceitos apresentados referente ao ativismo judicial no entanto ao longo do presente trabalho será apresentado outros conceitos e entendimentos atuais encontrados referente ao tema.

### 3.2.1 Ativismo Judicial *Versus* Judicialização Da Política

É importante mencionar que ativismo judicial e judicialização são dois institutos diferentes.

Para Streck (2013), a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato, como políticas públicas, por exemplo, já o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade.

Segundo Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a

escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (BARROSO, 2009, p.6).

Assim, a judicialização trata-se de uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado, não se tratando de mera deliberação de vontade política, o judiciário decide nestes casos porque é cabível a fazer, não existe outra alternativa. Enquanto que o Ativismo Judicial é uma interpretação pró ativa e específica de interpretar a constituição, expandido sentido e alcance.

Embora próximos, são fenômenos distintos, uma vez que: a judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais, a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte; o ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário, tratando-se de um mecanismo para contornar, o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. (BARROSO, 2009, p.17)

Como colocou Barroso (2009, p.17), “A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos”.

E conforme elucida Azevedo (2014), o ativismo judicial se desenvolve em meio a judicialização da política.

Portanto, juntando os dois entendimentos acima citados, a judicialização da política é um meio para o desenvolvimento do ativismo judicial e ambos são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira nos últimos anos.

## **4 O ATIVISMO JUDICIAL E O SISTEMA DE TRIPARTIÇÃO DE PODERES NA CRBF/88**

Quanto ao sistema tripartite de poder adotado pela Constituição Brasileira de 1988 e o fenômeno do ativismo judicial, inicialmente faz-se as considerações gerais e logo após uma análise doutrinária de posicionamentos contrários e favoráveis ao ativismo judicial.

### **4.1 Considerações Gerais**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu três poderes, sendo o ativismo judicial uma participação ampla e intensa do judiciário, com interferência deste nos outros dois Poderes, por meio de uma postura ativista.

Conforme Campos:

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é uma realidade incontestável, do ponto de vista descritivo, da vida política contemporânea brasileira. Nos últimos anos do século XX e, mais destacadamente, neste século XXI, houve significativa ampliação quantitativa e qualitativa da participação decisória do Supremo em nosso cenário sociopolítico. A Corte tem decidido sobre os temas mais fundamentais do país e o tem feito de maneira bastante criativa e assertiva de poder político-normativo sobre os outros “departamentos” de governo. (CAMPOS, 2014)

Continuando sobre o tema, tem-se que no Brasil o palco do ativismo judicial, mais destacadamente o Supremo Tribunal Federal, conforme esclarece Campos (2014), onde o início desse debate está ligado à ascensão institucional do Poder Judiciário e, destacadamente do próprio Supremo, fenômenos vinculados à promulgação da Constituição Federal de 1988 e que ganharam grande envergadura mesmo nos últimos anos do século XX, sendo que o ativismo judicial tem evoluído nas 1ª e 2ª instâncias judiciais, assim como no Superior Tribunal de Justiça, porém, é o Supremo Tribunal Federal a instituição judicial que, desde o início da vigência da Constituição Federal de 1988, tem mais gradativa e destacadamente ampliado sua participação na vida pública brasileira e concentrado poderes de decisão.

Afirmando o autor ora citado:

Contudo, essa realidade do Supremo é mesmo um evento pós-88. Na verdade, para antes da vigência da Constituição de 1988, pode-se afirmar a debilidade institucional do Supremo Tribunal Federal e dos poderes de controle de constitucionalidade, assim como da hostilidade vitoriosa da política em face da Corte, onde Executivos hipertrofiados e Presidentes autoritários subjugaram o Supremo, impuseram-lhe humilhações e não deixaram espaço para outra postura senão a de passivismo judicial. (RAMOS, 2014).

Então com a Constituição Federal de 1988, outorgou-se à Corte número impressionante de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo sobremaneira o sistema de controle concentrado e abstrato e dando início a amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição, oferecendo os momentos de maiores oportunidades formais para a judicialização da política e para o ativismo judicial da história do Supremo, acontecendo assim a virada institucional do Supremo. (RAMOS, 2014).

Segundo Barroso “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, 2009, p.6).

Manifestando assim Ramos:

Entendo que se trata de questão de fundamental importância para os ulteriores desdobramentos do Estado Constitucional de Direito e da democracia no Brasil, podendo vir a se constituir, se bem equacionada, em elemento facilitador ao desenvolvimento socioeconômico do País ou em poderoso obstáculo, na hipótese inversa. Por certo a atuação harmônica dos Poderes, preconizada em termos principiológicos pelo Constituinte, depende, em boa medida, de um sábio e prudente exercício das competências constitucionais que lhes foram assinaladas. Entretanto, a precisa identificação dos limites a que se sujeita o Poder Judiciário no exercício da jurisdição, dada a natureza eminentemente jurídica dessa função estatal, assume contornos técnicos inafastáveis, razão pela qual avulta a responsabilidade da doutrina constitucional na busca de resposta adequada ao problema posto. (RAMOS, 2015, p. 23-24).

Sendo de fundamental importância a análise e compreensão doutrinária sobre o assunto, tanto em posicionamentos favoráveis quanto contrários, face a realidade incontestável do ativismo judicial.

#### **4.2 Posições Contrárias Ao Ativismo Judicial**

Para Streck (2013), não se pode olvidar que os Tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem, eles fazem ativismo quando dizem que não fazem e judicializam quando sustentam não fazer.

Segundo Streck:

Com efeito, parece não haver dúvidas de que o STF vem julgando por argumentos de políticas e não por princípios (o que, por si, já demonstra um elevado grau de ativismo da Suprema Corte). Na verdade, ele atende aos vários segmentos, numa espécie de “presidencialismo de coalizão judicial”. Vejamos: os segmentos a favor das cotas raciais não manifestaram sua vontade política; pelo contrário, foram direto ao Supremo Tribunal reivindicar sua legitimidade. Do mesmo modo, agiu o segmento que pediu a equiparação das uniões estáveis homoafetivas ao casamento, que seguiu na cauda dos que clamavam pela constitucionalidade das atividades de

pesquisa com células-tronco embrionárias, dos governadores, no caso das guerras fiscais, dos que pediam a descriminalização do parto antecipado de fetos anencefálicos, e até mesmo os moralistas, que fragilizaram a democracia pela defesa da Lei da Ficha Limpa e os parlamentares, que, pedindo ao Supremo, validaram quase 500 medidas provisórias inconstitucionais por consequência de uma modulação de efeitos. (STRECK, 2013, p.1).

Para o procurador de justiça do Estado do Rio Grande do Sul Lenio Luiz Streck, há sim no país um ativismo em excesso, “E quando digo excesso, não estou admitindo um ativismo adequado ou necessário. Permito-me dizer: ativismo é vulgata da judicialização. Não há bom ou mau ativismo”. (STRECK, 2013, p.1).

Quanto a judicialização da política, afirma o procurador acima citado, que judicializar a política pode não ser exatamente o mesmo que praticar ativismos, se verificar é possível notar que a judicialização é contingencial, e não se trata de um mal em si, o problema é o ativismo, que é comportamental e interpretativo.

Para Streck (2013, p.1), “[...] o STF vem julgando por políticas em grandes causas e não por princípios”.

Ramos esclarece:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2015, p.324).

Seguindo, Ramos, afirma:

Se no positivismo clássico a interpretação se submete à vontade do legislador, dando ensejo ao fenômeno do passivismo judiciário, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador; amplo e explícito no primeiro caso, circunscrito e implícito, no segundo. Já no positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete. Se as decisões judiciais não são elaboradas livremente e se, tampouco, a discricionariedade do juiz é tão ampla quanto à do legislador, é nos limites substanciais que o próprio direito a aplicar lhe impõe (e não nos procedimentos formais que deve seguir para fazê-lo – due process of law) que se hão de buscar os critérios para a aferição da existência ou não de ativismo judiciário. A singularidade do ativismo judicial em matéria constitucional está diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e

aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais; o caráter nomogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio; a imprecisão semântica da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição. (RAMOS, 2015, p. 324-325).

E juntando-se a posições contrárias ao ativismo judicial por fim Ramos, se posiciona:

Registre-se, ainda, que a interpretação-aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário, em sistemas constitucionais similares ao brasileiro, não pode ser feita mediante discricionária atribuição de efeitos às normas concretizadas, devendo o juiz se ater aos elementos hermenêuticos que, objetivamente, indiquem o seu enquadramento na categoria das normas de eficácia plena (restringível ou não) ou na das normas de eficácia limitada. Nessa última hipótese, se afigura de crucial importância identificar se a integração do comando normativo é dependente apenas de providências jurídico-formais (normas preceptivas) ou se, bem além disso, exige a execução de um programa de ação estatal de cunho abrangente, que produza a indispensável adaptação da estrutura fático-material subjacente à normatização constitucional (normas programáticas). A norma do artigo 5o, § 1o, da Constituição encerra, a esse propósito, um princípio de interpretação, conexo ao da máxima efetividade, pelo qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais devem ser concretizadas de modo a se lhes emprestar, sempre que possível, eficácia plena e aplicabilidade imediata, servindo o instituto do mandado de injunção de remédio à falta de regulamentação de norma preceptiva, veiculadora de direito ou garantia fundamental. Já a emissão de sentenças ditas substitutivas afigura-se rematado abuso ativista, pois constituem decisões de acolhimento por meio das quais se declara, *prima facie*, a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, disso resultando uma lacuna normativa, a qual é, desde logo, suprida pela Corte, substituindo o conteúdo prescritivo do enunciado por um outro, respeitoso dos ditames constitucionais, mas desrespeitoso ao limite da textualidade. (RAMOS, 2015, p. 327).

Assim o autor acima citado entende que a interpretação e aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário não pode ser feita de maneira discricionária, atribuindo efeitos às normas concretizadas, e o juiz deve se restringir a elementos hermenêuticos. Percebe-se ainda ao mencionar a norma do artigo 5o, § 1o, da Constituição, onde as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, mediante a falta de regulamentação devem ser propostas ante o Poder Judiciário perante o mandado de injunção.

Registra-se que, Ramos, posiciona-se contrariamente ao ativismo judicial, quando manifesta-se quanto as sentenças ativistas, que na opinião do autor são abusivas, desrespeitosas ao limite de textualidade de determinado dispositivo legal.

Na sua obra o autor acima citado menciona que a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, indica um avanço do ativismo judicial no âmbito da Corte

Constitucional, o que pode ser demonstrado pelo exame de decisões adotadas em cinco matérias de grande repercussão, quais sejam:

[...] modulação temporal prevista no artigo 27 da Lei Federal n. 9.868/99, sem decidir, previamente, a questão de constitucionalidade que pesa sobre o dispositivo em duas ações diretas e que se remete à estatutura constitucional da regra da nulidade, excepcionada pela disposição legal impugnada. Ainda mais nítida é a incursão ativista nos julgados sobre perda de mandato por desfiliação partidária, na medida em que se procedeu ao desdobramento ou reforço de um princípio constitucional (o princípio da representação proporcional), sem se atentar para a necessidade de obrigatória intervenção de cunho normativo, da alçada do Poder Constituinte de revisão ou do legislador ordinário. Em outra matéria, atinente à proscrição do nepotismo, também se observa prática ativista consistente em desdobramento exorbitante de princípio constitucional. Não há dúvida de que a disciplina legal restritiva ao provimento de cargos de confiança por parentes da autoridade nomeante, ou de outras autoridades que desfrutem de considerável poder decisório no âmbito da mesma pessoa jurídica, é altamente recomendável, favorecendo os princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência, os quais, entretanto, não tornam prescindível esse regramento infraconstitucional. Há, ainda, que se mencionar as decisões ativistas pelas quais o STF declarou de eficácia plena e aplicabilidade imediata a norma constitucional assecuratória do direito à educação infantil, em creche e pré-escola, pois não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Finalmente, incidiu a nossa mais alta Corte na disfunção censurada ao atribuir status infraconstitucional, porém supralegal, aos tratados internacionais sobre direitos humanos celebrados antes da entrada em vigor da EC n. 45/2004. (RAMOS, 2015, p. 329-330)

Conforme Ramos (2015), existe hierarquia entre espécies normativas, incluindo os tratados, convenções e pactos internacionais incorporados ao direito interno, onde é estabelecida de conformidade com princípios e regras, sejam de forma expressa ou implicitamente acolhidos pela Constituição, não cabendo assim ao intérprete e aplicador oficial do direito afirmar posicionamento hierárquico sob fundamentos de política legislativa ou em base nas disposições presentes em Constituições estrangeiras.

Na citação acima percebe-se fortes críticas as decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal, por parte do referido autor, que prossegue em seu posicionamento, apontando:

Entre os fatores de impulsão ao ativismo judicial no Brasil, alguns são de ordem geral, como o modelo de Estado intervencionista, que leva juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente. Apresenta conotação similar o fator concernente à intensificação do controle abstrato de normas, que induz ao incremento do ativismo judicial pela maior proximidade da fiscalização de constitucionalidade, assim efetuada, do exercício da função legislativa. Por seu turno, no plano da Dogmática, a tendência teórica auto intitulada de neoconstitucionalismo, a despeito de padecer de inúmeras fragilidades, vem se constituindo em elemento incentivador do ativismo, por haver se disseminado na doutrina brasileira, começando, agora, a influir no âmbito de nossa jurisprudência constitucional. A principiologização do direito, característica

do moralismo jurídico, desponta como a face mais visível desse pretense “pós-positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolotores. (RAMOS, 2015, p. 330).

Uma das principais causas do recrudescimento do ativismo judiciário é à ineficiência dos Poderes representativos, quanto a adoção das providências normativas adequadas à concretização do projeto social-democrático desenhado pela Constituição. (RAMOS, 2015).

Reconhecendo-se assim, apesar da posição contrárias as decisões ativistas, que o surgimento com maior intensidade do ativismo judicial está ligado a ineficiência dos poderes representativos, quanto a edição de normas para a concretização do projeto social-democrático previsto na constituição de 1988.

Por fim nas palavras de Ramos:

A discricionariedade judicial se distingue, nitidamente, das discricionariedades legislativa e administrativa, correspondendo à liberdade de escolha que se defere ao juiz diante de possibilidades exegéticas consistentes. Floresce ela no espaço que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer. (RAMOS, 2015, p. 331).

Então, a discricionariedade do judiciário deve estar prevista nas normas não podendo ultrapassar os ditames normativos, em outras palavras a atuação do judiciário, mesmo de forma discricionária devem estar de acordo com os parâmetros legais.

Conforme Ferreira Filho (2009), o Supremo Tribunal Federal, tem exercido uma função política, no sentido de que suas decisões têm comandado políticas públicas, bem como conformado a ordem constitucional e infraconstitucional, sendo que este papel certamente não se coaduna com o que a doutrina clássica lhe atribuí, qual seja o de exercer um mero controle negativo, um controle de legalidade e suprallegalidade sobre a condução da política estatal. Nestes termos prossegue o autor:

Este concerne à separação dos poderes, cláusula pétreia da Constituição de 1988. Será esta compatível com o papel político do Judiciário? Ou a separação dos poderes, no sistema da Constituição brasileira, está muito longe da doutrina clássica? Significa, apenas, do ângulo negativo, a proibição da concentração do Poder, e do ângulo positivo, uma repartição de funções que obedece não a critérios científicos, mas ao mero empirismo? A segunda, embora possa ser incluída no rol das questões doutrinárias, tem maior relevância prática e implicações mais delicadas. Trata-se da indagação se esse papel político do Judiciário se coaduna com a democracia, ou até que ponto com ela se coaduna. Lembre-se que os integrantes do Judiciário não são eleitos pelo povo — e Deus nos livre disto. São escolhidos, na

carreira, por meio de concurso, fora dela, como no que toca ao Supremo Tribunal Federal, numa seleção com a participação do Executivo e do Legislativo. Ora, o artigo 1º da Constituição é muito claro: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Em face deste princípio — o da soberania popular — estará o Judiciário, ao exercer poder político, usurpando prerrogativas do povo e dos representantes do povo? Claro está que se pode fugir disto, apontando que todo princípio enseja graus variados de otimização, ou, invocando uma tradição que remonta a Aristóteles, ser o nosso regime um governo misto, do qual o Judiciário seria o elemento aristocrático. A terceira, e última, volta-se para o problema da politização — agora no mau sentido — do Judiciário. Acostumando-se a decidir questões políticas, o Judiciário — ou melhor, alguns juízes — podem ceder à tentação de suprir com suas liminares ou julgamentos os demais Poderes, vistos como omissos ou corruptos. É o ativismo judicial que não está ausente do Brasil atual. (FILHO, 2009, p.7)

Temendo o ator acima citado que o judiciário por decidir questões políticas tende a se politizar, assumindo judiciário em viés ideológico, dando a percepção de que o Judiciário tem um papel político, o que pode criar a tentação de afeiçoá-lo ao partido, ou partidos que prevaleçam naquele momento na cúpula governamental, assim aconteceria a perda da imparcialidade somada com a perda da independência. (FILHO, 2009)

#### **4.3 Posições Favoráveis Ao Ativismo Judicial**

No presente estudo seguem as posições favoráveis ao ativismo judicial, onde encontram-se citados, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, o Professor Pedro Lenza e o autor Carlos Alexandre Azevedo no livro “Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos”, assim sucessivamente analisados.

Primeiramente o posicionamento favorável de Barroso, quanto ao fenômeno do Ativismo Judicial, assim discorrendo sobre o tema, “O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais”. (BARROSO, 2009, p. 10).

O aspecto negativo, ainda nas colocações do ministro é que o Ativismo Judicial exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo, e isso não se passa apenas no Brasil. (BARROSO, 2009).

Portanto apesar de ser favorável ao Ativismo Judicial o Ministro acima citado, reconhece o aspecto negativo e enumera aos riscos da judicialização e do ativismo, sobretudo do ativismo, os quais envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Quanto aos riscos para a legitimidade democrática:

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. (BARROSO, 2009, p.17).

Já quanto aos riscos para a politização da justiça Barroso (2009), aponta, sobretudo o risco da justiça constitucional uma vez que a Constituição é o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, que transforma a política em direito, e essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política.

Afirmando o autor Barroso:

Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. (BARROSO, 2009, p.17).

Os riscos para a capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, entende Barroso (2009), que o Judiciário deverá verificar se com relação à matéria tratada, algum outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para emitir a decisão, porém caso houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modificaria pois deferência não significaria a abdicação de competência.

No entanto Barroso, embora reconheça os riscos, entende que “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes”. (BARROSO, 2009, p.17).

Ainda no entendimento de Barroso, cabe citar que:

Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem

como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. (BARROSO, 2009, p.19)

Então embora exista posições contramajoritárias, isso é parte do sistema democrático, e é preciso disseminar uma cultura de respeito a precedentes para uma maior segurança jurídica, e as decisões deverão respeitar fronteiras procedimentais e substantivas do direito.

Barroso assim discorre:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2009, p. 19).

Demonstra-se o respeito ao instituto do ativismo, e a precaução que o poder judiciário precisa ter com seus limites de interferência, mas no momento é uma solução e não o problema da atual disfunção da democracia Brasileira.

Finalizando o posicionamento de Barroso:

Na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. (BARROSO, 2009, p. 10).

Grava-se assim as decisões ativistas, por parte do judiciário como uma necessidade eventual em um determinado momento histórico, quando não se tem um congresso atuante e investido de credibilidade.

Em resumo o posicionamento do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, quanto ao fenômeno do Ativismo Judicial é favorável, uma vez que o judiciário é guardião da constituição e deve fazê-la valer, no entanto apesar de ser favorável ao Ativismo Judicial o ministro citado aponta três riscos, a saber, a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias, ressalta também a necessidade de limite e precaução para que o poder judiciário marque tais decisões como eventuais e necessárias dado o atual momento histórico brasileiro.

Ainda Barroso (2017), menciona que o as cortes constitucionais do mundo em especial o Supremo Tribunal Federal, devido aos muitos problemas que o Brasil enfrenta, desempenha

três grandes papéis, quais sejam contramajoritário, representativo e iluminista. Onde o papel contramajoritário se identifica pelo poder de invalidar leis e atos normativos, que apesar das divergências pode entender como um papel legítimo dos tribunais, principalmente quando se atua para proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Para o papel representativo, ocorre quando o Supremo atua para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, bem como para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador. E por fim, o papel iluminista quando o Supremo promove, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurra a história.

Segundo posicionamento de Lenza (2016), a proposta de constitucionalização simbólica deve ser o ponto de partida para que, compreendendo a problemática, diante das expectativas colocadas, as normas não sirvam apenas como retórica política ou álibi dos governantes, sendo preciso identificar os mecanismos de sua concretização e, nisso, além do papel da sociedade, parece-nos que o Judiciário tem uma importante missão, realizando a implementação da efetividade das normas constitucionais.

Percebe-se que Lenza (2016) afirma a consagração da importante figura do Ativismo Judicial pelo Judiciário, pois realiza a implementação da efetividade das normas constitucionais, dando uma nova perspectiva colocando-o ao lado da utilização das técnicas do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Chega-se ao último autor citado no posicionamento favorável ao ativismo judicial em Campos:

Diante da relevância, da complexidade hermenêutica e da alta sensibilidade das decisões cruciais que compõem o quadro de decisões ativistas, o ativismo judicial deve ser identificado e “medido” principalmente por critérios qualitativos. Para a construção da definição adequada de ativismo judicial, deve-se ter presente a ideia de não se estar diante de comportamento que se possa identificar nem mesmo avaliar partindo de parâmetros estáticos (Bradley Canon). A identificação e avaliação do ativismo judicial devem ser vinculadas às estruturas constitucionais que, em lugares e épocas distintas, disciplinam a dinâmica de funcionamento dos poderes e as relações entre indivíduos e Estado. (CAMPOS, 2014).

O autor acima citado também menciona que o ativismo judicial responde a múltiplos fatores sendo as decisões ativistas apresentam diferentes dimensões, e não apenas uma forma de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. (CAMPOS, 2014). Assim:

Considerando essas diretrizes, defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. (CAMPOS, 2014).

Para melhor fundamentar seu posicionamento, Campos, revela as diferentes dimensões de decisões ativistas, as quais assim descreve:

Observando as diferentes experiências ativistas das cortes constitucionais e supremas dos países investigados, foram reveladas diferentes dimensões de decisões ativistas: (1) Ativismo judicial e interpretação da Constituição – interpretação ampliada das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições. (2) Ativismo judicial e “criação judicial do direito” – as cortes assumem competências legiferantes reservadas a priori pela constituição aos outros poderes, em especial ao Legislativo (legislador positivo). (3) Ativismo judicial e deferência aos demais poderes – há ativismo judicial quando juízes decidem com falta de deferência à autoridade política, legal e empírica dos outros poderes e instituições. (4) Ativismo judicial e afirmação de direitos – ativismo judicial como institucionalização de intensas e controversas questões morais e políticas envolvendo direitos fundamentais. (5) Ativismo judicial e políticas públicas e sociais – a prática moderna de cortes e juízes avançarem o controle das políticas públicas dos Poderes Legislativo e Executivo, indo além de puro e simplesmente anular as leis, para por si definirem essas políticas públicas no lugar desses outros poderes. (6) Ativismo judicial e autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios – cortes e juízes ativistas expandem o papel institucional por intermédio da ampliação jurisprudencial do acesso à jurisdição, do espaço de atuação e dos poderes de decisão. (7) Ativismo judicial e superação de precedentes – juízes ativistas, para avançar as agendas e os propósitos que identificam nas constituições, não se colocam como atores restringidos por precedentes. (8) Ativismo judicial e maximalismo – juízes ativistas justificam suas decisões em formulações teóricas ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para justificar o resultado das decisões concretas. (9) Ativismo judicial e partidarismo – decisões judiciais que não são fundadas em razões jurídicas, mas nas preferências político-partidárias dos juízes. (10) Ativismo judicial e soberania judicial – exemplo mais extremado, irremediavelmente antidemocrático e aprioristicamente ilegítimo de ativismo judicial. A corte se coloca como titular da palavra final ou mesmo da única palavra sobre o que significa a Constituição. (CAMPOS, 2014).

Nos casos relevantes brasileiros deixa claro o protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal com decisões ativistas, sendo que a Corte tem respondido a essas questões cruciais, fundado principalmente no discurso dos direitos fundamentais e na idéia de democracia inclusiva, com interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes. (RAMOS, 2014).

Essa expansão extraordinária do espaço institucional do Supremo requer uma explicação multifacetada. Fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais, em conjunto, servem para explicar o contemporâneo avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Conforme a investigação realizada, a Corte tem avançado a presença na vida pública e privada brasileira através de cinco diferentes dimensões decisórias ativistas: a dimensão metodológica ou interpretativa, a dimensão processual, a dimensão estrutural ou horizontal, a dimensão de direitos e a dimensão antidialógica. (RAMOS, 2014)

Nas considerações finais de seu livro, “Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos”, o autor Carlos Alexandre Azevedo Campos (2014), cita o professor Mark Tushnet, um dos mais importantes observadores e críticos da judicial review nos Estados Unidos, Mark afirmou que escrever sobre a Suprema Corte é como atirar em um alvo em movimento, novas decisões ameaçam fazer piada das análises anteriores. (MARK apud RAMOS, 2014).

Ariscando um prognóstico ao ativismo judicial brasileiro, Campos assim se posiciona:

Apesar da cautela sugerida por Mark Tushnet, é possível arriscar um prognóstico tendo em conta as variáveis explicativas do ativismo judicial do Supremo [...] mantidas as coisas exatamente no estado em que se encontram, a situação poderá se expandir tanto para o bem quanto para o mal de nosso sistema democrático. O Supremo tem estado motivado pela nossa dinâmica político-democrática a interferir nos processos decisórios cruciais, no governo e na sociedade com intensidade e profundidade. Por sua vez, quanto mais crescer esse papel da Corte, maior será a tendência a adotar visões livres, expansivas e inovadoras da Constituição e dos direitos constitucionais. Nossa política democrática vem alimentando o ativismo judicial e o ativismo judicial alimenta a si mesmo. A política dá a oportunidade e a Corte aproveita-a e avança sua posição e amplia o poder no arranjo institucional brasileiro. Se o melhor for retroceder ou avançar ainda mais a posição político-institucional da Corte, é imprescindível que se saiba que, em ambas as hipóteses, a deflagração e a condução do processo não cabem apenas, nem principalmente, ao Supremo Tribunal Federal. O quanto de alternância de poder continuará a marcar a formação de nossos poderes políticos e o nível de interferência ou pressão do Executivo federal sobre o Tribunal representam variáveis decisivas. A questão é muito dependente, como a história ensina, da vontade política. (RAMOS, 2014).

Portanto o autor acima citado diz que, é possível arriscar um prognóstico do ativismo judicial do Supremo, e a situação poderá se expandir tanto para o bem quanto para o mal do sistema democrático. Ainda para ele o Supremo tem estado motivado pela dinâmica político-democrática ao interferir no governo e na sociedade com intensidade e profundidade, quanto mais crescer o papel da Corte, maior será a tendência a adotar visões livres, expansivas e inovadoras da Constituição e dos direitos constitucionais, pois a política democrática vem alimentando o ativismo judicial e o ativismo judicial alimenta a si mesmo.

Por fim, nas colocações do último autor citado neste trabalho favorável ao ativismo, a política dá a oportunidade e a Corte aproveita-a e avança sua posição e amplia o poder no arranjo institucional brasileiro, se for melhor retroceder ou avançar é imprescindível que se

saiba que o processo de evolução das decisões ativistas não deve caber apenas ao Supremo Tribunal Federal, deixando o autor um alerta quanto a alternância de poder, uma vez que continuará a marcar a formação dos poderes políticos e o nível de interferência ou pressão do Executivo federal sobre o Tribunal.

## 5. CONCLUSÃO

Considerando a importância do levantamento histórico e posicionamento atual dos temas estudados, e após o estudo doutrinário referente ao ativismo judicial frente ao sistema tripartite de poder, adotado na Constituição Federal de 1988, conclui-se que não existe como afirmar categoricamente se as decisões ativistas pelo judiciário têm um caráter positivo ou negativo no atual momento histórico brasileiro.

Ambos os argumentos são relevantes, por um lado existe a importância das decisões ativistas para a concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição, por outro lado percebe-se um risco a tripartição de poder e ao sistema de freio e contrapesos.

Por mais que as decisões do poder judiciário não vinculem o poder legislativo, na sua função típica de legislar, ainda assim vê-se uma forma de engessar o processo legislativo, pois o mesmo órgão prolator da decisão ativista, que é o judiciário, irá fazer o controle de constitucionalidade das leis editadas, tanto pelo controle difuso quanto pelo controle concentrado.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, manifestou-se favorável quanto ao fenômeno do ativismo judicial, afirmando que até aqui é parte da solução e não do problema, fundamentando que o Judiciário está atendendo as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, uma vez que não se tem um congresso atuante e investido de credibilidade.

Barroso ainda menciona que o Supremo Tribunal Federal, devido aos muitos problemas que o Brasil enfrenta, desempenha três grandes papéis, quais sejam contramajoritário, representativo e iluminista. Onde o papel contramajoritário se identifica pelo poder de invalidar leis e atos normativos, que apesar das divergências pode entender como um papel legítimo dos tribunais, principalmente quando se atua para proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Para o papel representativo, ocorre quando o Supremo atua para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, bem como para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador. E por fim, o papel iluminista quando o Supremo promove, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurra a história.

É fato que o Brasil enfrenta muitos problemas, que não apenas o legislativo, mas também o executivo e judiciário deveriam funcionar, na verdade o sistema inteiro deveria funcionar adequadamente. Entretanto é preciso ter precaução por parte do poder judiciário com os limites de interferência, bem como com o caráter eventual das decisões ativistas, pois

ao se falar em interpretações amplas e expansivas pelo judiciário, é necessário lembrar que acaba por ser muito poder a um órgão só que sequer é eleito democraticamente. Lembrando ainda que, em se falando de Poder, este tem notória capacidade de corromper, e serve tanto para um lado do jogo quando para o outro.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora Atena, 1957.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídica – Revista do Conselho Federal da OAB**. Brasília, Ed.4. jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2018.

BARROSO, L. R. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. **Os Constitucionalistas**. abr. 2017. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BONAVIDES, P. **Teoria do Estado**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CAMPOS, C. A. A. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. 2ª Ed. São Pulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

DIAS, L.A. Ativismo Judicial: aspectos históricos e conceito. **Conteúdo Jurídico**, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais,56462.html>>. Acesso em: 05 maio 2018.

FILHO, M. G. F. O papel político dado ao Supremo pela Constituição. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, abr. 2009. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao?pagina=7>>. Acesso em: 11 maio 2018.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MONTESQUIEU, C. L. S. **O Espírito das Leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 2ª ed. São Paulo. Martins Fontes: 1996.

RAMOS, E. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRECK, L. L. O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Os Constitucionalistas**. out. 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>>. Acesso em: 06 maio 2018.

STRECK, L. L. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, jun. 2013. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 07 maio 2018.

TRINDADE, A. K. Crítica à imprecisão da expressão neoconstitucionalismo. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, jan. 2013. Disponível em < [www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-impresicao-expressao-neoconstitucionalismo](http://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-impresicao-expressao-neoconstitucionalismo)>. Acesso em: 07 maio 2018.

---

<sup>1</sup> A obra pesquisada, “Ativismo Judicial e Parâmetros dogmáticos”, do autor Carlos Alexandre Azevedo Campos, não possui paginação