



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CLARA MARIA CLARET**

**O ATIVISMO JUDICIAL E A (IN) SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À  
TRIPARTIÇÃO DE PODERES**

**LAVRAS-MG  
2021**

**CLARA MARIA CLARET**

**O ATIVISMO JUDICIAL E A (IN) SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À  
TRIPARTIÇÃO DE PODERES**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Lavras, como parte das  
exigências do curso de graduação em  
Direito.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Denilson Victor  
Machado Teixeira

**LAVRAS-MG  
2021**

**CLARA MARIA CLARET**

**O ATIVISMO JUDICIAL E A (IN) SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À  
TRIPARTIÇÃO DE PODERES**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Lavras, como parte das  
exigências do curso de graduação em  
Direito.

APROVADA EM: 25/10/2021

**ORIENTADOR**

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira / UNILAVRAS

**MEMBRO DA BANCA**

Prof. Me. Giovani Gomes Guimarães / UNILAVRAS

**LAVRAS-MG  
2021**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico  
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

C591a Claret, Clara Maria.  
O Ativismo Judicial e a (in) segurança jurídica  
frente a Tripartição de Poderes; orientação de Denilson  
Victor Machado Teixeira. -- Lavras: Unilavras, 2021.  
40 f.

Monografia apresentada ao Unilavras como parte  
das exigências do curso de graduação em Direito.

1. Ativismo judicial. 2. Segurança jurídica. 3.  
Tripartição de poderes do estado. 4. Princípios  
constitucionais. I. Teixeira, Denilson Victor Machado  
(Orient.). II. Título.

*Dedico esse trabalho aos meus pais, Alerson e Adriana, sem o amor incondicional de vocês nada disso seria possível, agradeço por todo carinho e apoio durante a minha formação, vocês não mediram esforços para que meu sonho fosse realizado e hoje eu só tenho que agradecer.*

*Obrigado por tudo!*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por ter me dado força e determinação para concluir esse trabalho, e fez com que meus objetivos fossem alcançados durante meus anos de estudo.

Aos familiares e amigos, por todo apoio, carinho e ajuda. Vocês foram fundamentais para que eu concluísse cada etapa com sucesso.

Aos professores pelas correções e ensinamentos que me permitiram apresentar o meu melhor durante esse processo de formação profissional.

Em especial ao meu orientador, Professor Pós-Dr. Denílson Victor Machado Teixeira, pelos ensinamentos e orientação sobre um tema de muita importância nos dias atuais.

A todos aqueles que contribuíram de alguma forma, fica aqui o meu agradecimento.

*“Ninguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem defeito.  
Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo  
todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos  
em tempos.”*

**Winston Churchill**  
**(1874 – 1965)**

## RESUMO

**Introdução:** Pretende-se analisar o ativismo judicial e seus efeitos, quanto à possibilidade de ser causa de segurança (ou insegurança) jurídica. Partindo do pressuposto que é função do Judiciário a resolução de conflitos e que dessa competência não pode se esquivar, tem-se que o ativismo judicial seria tão somente uma forma mais expansiva de enfrentamento aos casos mais complexos ainda não positivados. Verifica-se de um lado os seus aspectos positivos, mas de outro se aponta que pela falta de limites em sua aplicação, podem ocorrer ingerências, sobretudo ao invadir outros Poderes, podendo causar crises institucionais e enfraquecer os demais pilares da tripartição do Estado. **Objetivo:** verificar se o ativismo judicial também pode causar insegurança jurídica, pela maneira na qual tem sido posto no ordenamento, já que comumente se propaga que as fronteiras de sua competência têm sido rompidas, em detrimento da competência dos demais Poderes. **Metodologia:** utilizou-se da pesquisa bibliográfica em fontes com respaldo científico no campo virtual e em material selecionado em bibliotecas e documentos escritos. Foram utilizadas também fontes do Direito, tais quais leis, jurisprudências, literatura jurídica, dentre outras. **Conclusão:** com a possível identificação de causas e efeitos, tanto positivos quanto negativos, concluindo-se que apesar dessas críticas, essas em sua maioria não são relativas ao ativismo judicial em si, mas aos agentes públicos representantes do Poder Judiciário que desvirtuam e extrapolam o ativismo, sem obedecer aos limites que o próprio texto constitucional trouxe para a ação dos juízes.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; segurança jurídica; Tripartição de Poderes do Estado; princípios constitucionais.



## **LISTA DE SIGLAS**

**ADI** – Ação Direta de Inconstitucionalidade

**ADPF** – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

**Art.** – Artigo

**LGBTQIA+** – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Queer, Inter sexo e Assexuais

**LINDB** – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**TSE** – Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2 REVISÃO DE LITERATURA .....</b>	<b>12</b>
2.1 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES ESTATAIS .....	12
2.1.1 Origem.....	12
2.1.2 A Tripartição dos Poderes no Estado Democrático de Direito .....	14
2.2 O ATIVISMO JUDICIAL.....	17
2.2.1 Origem.....	17
2.2.2 Conceito de Ativismo Judicial .....	18
2.2.3 O Ativismo Judicial no ordenamento jurídico brasileiro .....	20
2.2.4 Aspectos do Ativismo Judicial .....	23
2.2.4.1 Aspectos Positivos do Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito.....	23
2.2.4.2 Aspectos Negativos do Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito ....	27
<b>3 CONSIDERAÇÕES GERAIS .....</b>	<b>31</b>
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>34</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>38</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Por este estudo busca-se analisar o Ativismo Judicial e a eventual possibilidade de segurança (ou de insegurança) jurídica decorrente de sua aplicação, frente ao Princípio da Separação dos Poderes.

Importante contextualizar desde já que a Tripartição dos Poderes no atual modelo organizacional do Estado brasileiro, Democrático e de Direito, é um importante princípio sustentador e organizador, na medida em que por ele as ações do Estado podem ser mais rápidas, justas e efetivas para os seus jurisdicionados.

No entanto os desafios da vida real e as inúmeras necessidades do ser humano são muito mais complexos do que qualquer estrutura organizacional possa contemplar ou prever: a vida é muito mais dinâmica do que as leis e do que os sistemas de governo.

Muitas são as situações, necessidades e anseios, que exigem resposta imediata; mas por falta de leis específicas, de recursos financeiros ou de mecanismos de gestão eficientes, essas necessidades podem acabar sem a solução adequada para a população.

Assim cabe ao Poder Judiciário garantir que os direitos dos jurisdicionados sejam materializados (ainda que tenha de adentrar na esfera de competência de outros Poderes e mesmo que não haja positivação em lei), dá-se o nome de ativismo judicial.

O problema é que muitos juízes (e também comumente os Ministros do Supremo Tribunal Federal) ao exercer uma postura ativista podem vir a invadir outras esferas de poder do Estado. Observa-se essa invasão com mais frequência no âmbito do Poder Legislativo, sobretudo quando o Judiciário está diante do julgamento de questões que envolvem temas mais polêmicos em que não existem leis específicas ou ainda quando apesar se existir a lei sobre determinado tema, essa mesma lei deixa lacunas.

Mas não só no Legislativo, o Judiciário por vezes também é chamado a adentrar por questões nas quais o Poder Executivo devia agir e não age, de forma que a única saída possível é se valer do ativismo judicial para se garantir a defesa de direitos básicos, isso tudo estando o Poder Executivo preparado ou não para agir no caso concreto.

Justifica-se assim a importância do estudo sobre o tema do ativismo judicial frente à tripartição de poderes, tendo como objetivo a análise da sua legalidade e constitucionalidade, já que cada Poder tem sua função específica e um não deve sobressair ao outro, sendo esse um dos motivos da adoção do sistema de separação dos Poderes, de forma harmônica, porém independente.

Neste contexto o que se tem visto é cada vez mais um número crescente de decisões do Supremo Tribunal Federal que vem tratando de temas polêmicos ainda não regulamentados e de competência exclusiva do Congresso, situação que demonstra em um primeiro momento que a nossa Corte tem suprido a falta de regulamentação de determinados assuntos e puxado para si a competência que originalmente é do Poder Legislativo, mas que demonstra também um crescente clamor social e busca pela judicialização de assuntos, numa clara sinalização de o Poder Legislativo tem se mostrado ineficiente na solução das necessidades e conflitos da sociedade moderna.

No entanto, é preciso abrir caminho para o diálogo e ponderar sobre o ativismo judicial e o seu real significado. Embora pelo ativismo se tenha mecanismo importante de enfrentamento de questões polêmica, capazes de resolver parcialmente alguns temas relevantes e que por isso seja apreciado por um viés vezes positivo, fato é que invariavelmente em muitos casos, essas decisões judiciais realmente invadem outras esferas de competência estatal.

Diante de todo o exposto, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: o ativismo judicial fere o Princípio da Separação dos Poderes, causando uma insegurança jurídica ou é um fenômeno natural do próprio modelo adotado no Estado Democrático de Direito, já que em princípio visa à garantia de direitos essenciais da pessoa humana e à condução da ordem social vigente? E ainda, nos casos em que ocorrer omissão nas leis ou possibilidades de diversas interpretações, deve o Poder Judiciário intervir de forma ativa para fazer cumprir normas gerais ou que contenham lacunas?

A realização deste trabalho se dará pela pesquisa bibliográfica, por meio de consulta em bibliotecas públicas e particulares, bem como fontes no campo virtual com respaldo científico. Após percorrer a revisão bibliográfica de forma seletiva, reflexiva e

analítica será apresentada análise sobre o tema no cenário atual em que vivemos, buscando identificar seus fatores mais importantes e determinantes para uma melhor explicação da função ativista do Poder Judiciário e os seus possíveis efeitos positivos e/ou negativos.

Por fim, enfatiza-se que o presente estudo pretende modestamente contribuir com a análise do tema, sem a pretensão de esgotar o assunto, ciente de que a evolução dos direitos da pessoa humana e os vários e crescentes tipos de interação e conexão dos cidadãos entre si, com seus representantes e com os órgãos estatais certamente trarão novas formas de discussão científica, bem como novas formas de gestão e governabilidade serão cada vez mais estudadas.

## 2 REVISÃO DE LITERATURA

### 2.1 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

#### 2.1.1 Origem

Há pela doutrina o consenso de que já em Aristóteles se vê a divisão de poderes como estrutura de organização e atuação do Estado.

Segundo Siqueira (2019) na obra “A Política” o filósofo já apresentava a ideia da divisão governamental em três órgãos separados e independentes, com a responsabilidade de tomar decisões e fixar parâmetros de funcionamento do Estado.

Ainda por essa pesquisadora, Aristóteles denominou esses três órgãos como Poder Deliberativo (em alguns aspectos semelhantes ao que se tem hoje como Legislativo), o qual em seu entendimento deveria ser soberano, e que decidiria sobre as questões do Estado; Poder Executivo, que seria o responsável por aplicar as decisões feitas pelo Poder Deliberativo; e Poder Judiciário ficaria responsável pela função jurisdicional.

Porém, foi nos séculos XVII e XVIII que essa separação de funções passou a ser pensada de uma maneira racional, como sistema político-jurídico realmente capaz de conter o Poder absoluto dos governantes (BARBOSA, 2021).

Segundo Albuquerque (2013), no trabalho do filósofo John Locke têm-se que o poder civil não deve encontrar-se de forma exclusiva nas mãos de um monarca, justamente por ser poder que emana do povo.

No entanto Albuquerque esclarece que a forma de se dividir o poder, na concepção de Locke guarda diferença das demais concepções, é que ele propõe a divisão dos poderes em dois: Legislativo e Executivo. O Poder Legislativo deveria elaborar as leis e ser superior aos demais poderes, pois todos deveriam estar submetidos às leis que tinham como finalidade o bem do povo. Nos dizeres de Albuquerque (2013), para Locke somente o Legislativo pode, consubstanciado no consentimento e reconhecimento públicos, estabelecer leis com legitimidade; o Poder Executivo ficaria responsável em aplicar as leis; e o Poder Federativo, este ficaria

vinculado ao Poder Executivo, teria a função de regular as relações internacionais do governo.

Acerca do Legislativo, dispõe John Locke (1994):

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados (LOCKE, 1994, p.76).

No entanto conforme Siqueira (2019) foi com Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis” que o conceito da separação dos poderes passou a se estruturar de forma significativa no modelo aceito atualmente como formas de ação/função do Estado em três esferas, Legislativo, Executivo e Judiciário,

Na esteira deste pensamento, Siqueira (2019) traz que para Montesquieu, o Poder Legislativo criava as leis permanentes e provisórias por um período de tempo, bem como tinha a atribuição de melhorar e revogar as leis já existentes e que, com o passar do tempo e a evolução da sociedade, careciam de uma atenção para atender as necessidades de evolução; o Poder Executivo era representado pelo príncipe/magistrado, e este estabelecia uma relação amigável com as demais nações; e por fim, ao Poder Judiciário estaria a responsabilidade de promover poder ao príncipe, como punições de crimes de todos os âmbitos, mas em especial os crimes políticos, e o suporte ao príncipe/magistrado para manter a ordem civil (SIQUEIRA, 2019).

Aqui já é possível identificar o papel de garantidor do Judiciário, no sentido de dar segurança jurídica nas relações entre os órgãos de governo bem como nas relações entre o Estado e o povo.

Explica a autora que Montesquieu utilizava a tripartição de poderes com a finalidade de evitar um poder unitário e centralizado, pois, em sua concepção, uma única pessoa não pode ter a tarefa de julgar, legislar e administrar. Segundo o autor, essa divisão tem como objetivo de impedir que um poder se sobreponha a outro.

É o que também se observa inclusive na afirmação feita pela Procuradora Federal Carolina Scherer Bicca:

Em sua famosa obra “O espírito das leis”, no Capítulo VI do Livro XI, cujo título é “Da constituição da Inglaterra”, Montesquieu descreveu o arranjo institucional inglês havido na primeira metade do século XVIII. O principal objetivo de Montesquieu era receitar uma estrutura de poderes que prevenisse contra o absolutismo, razão pela qual obteve como resultado a prescrição de um mecanismo institucional onde “o poder freie o poder” (BICCA, 2021).

Certo é que existem outras formas de organização no mundo moderno em maior número de funções do que a tripartição advinda do modelo de Montesquieu.

Ilustra bem o princípio da separação de funções estatais enquanto forma de governo democrático o trabalho de Cysne (2021) o qual aponta os seguintes tipos de separação:

A corrente tripartite, hoje, é a base de democracias presidencialistas como Brasil, França ou Estados Unidos. Em sistemas como o parlamentarismo britânico, embora haja a divisão formal em três poderes, na prática há o acúmulo de funções em um determinado poder - no caso, o parlamento (legislativo com atributos do executivo). Já a Alemanha é um exemplo de país com uma divisão ainda maior, havendo um poder eleitoral (Assembleia Federal) e dois executivos (Gabinete e Presidente) além do judiciário e do legislativo bicameral. Por fim, a União Europeia apresenta uma das mais radicais divisões de poder atualmente, com sete órgãos representando, muitas vezes de modo intercalado, os poderes executivo, legislativo, judiciário e auditor (CYSNE, 2021).

Em que pese existir variação no número de divisões/separação das funções estatais que podem ser observadas atualmente, a ideia original de que o Poder Estatal não deve ficar em um só ponto de controle parece ser consenso nas democracias modernas.

### **2.1.2 A tripartição dos Poderes no Estado Democrático de Direito**

Conforme se observa, na maioria dos estados democráticos modernos, a divisão dos poderes do Estado surge como alternativa a concentração do Poder em uma única pessoa ou instância.

No Brasil, isso não se dá de maneira diferente, basta observar que a Constituição de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã” e que marca uma transição e o fim de governos ditatoriais, traz logo no início, em seu art. 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).



Observa-se no texto constitucional que se o princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi priorizado um dos bens a ser protegido em nosso ordenamento juntamente com tantos outros valores por sua vez, seria preciso criar meios e garantir mecanismos para que a tutela desses bens ocorresse e ocorra de fato. Pode-se dizer assim que o Princípio da Separação dos Poderes é um desses mecanismos. Daí sua importância.

Conforme Negrelly (2010) o efeito desse princípio no sistema constitucional pátrio é o de “induzir a interpretação das normas constitucionais, levar à integração das normas constitucionais entre si e pré-ordenar a estruturação e a organização dos poderes”.

No mesmo sentido, também importante observar:

(...) tamanha é a importância desse instituto jurídico que fez com que o constituinte originário elevasse a separação de poderes à categoria de cláusula constitucional intocável e insuprimível da Constituição brasileira, estando expressa tal determinação no artigo 60, §4º, inciso III da CRFB/88 (NEGRELly, 2010).

Pode-se dizer que a tripartição de poderes consiste em uma forma de separar as funções de atividades específicas do Estado. Assim, ao Poder Legislativo compete a criação das leis que vão reger nosso ordenamento jurídico; a do Poder Executivo compete a execução das leis, transformando-as em ações voltadas para o bem comum; e por fim, ao Poder Judiciário compete a garantia do cumprimento da lei bem como sua adequada interpretação e aplicação a cada caso concreto na resolução de conflitos.

É um modelo que em outras palavras, funciona como um sistema de freios e contrapesos necessário em um Estado Democrático de Direito, garantido pela Constituição Federal de 1988, onde a dignidade da pessoa humana deve ser sempre levada em consideração, sobretudo diante da mão pesada do Estado, já que pela tripartição se estabelecem mecanismos que tanto garantem a independência entre os três poderes do Estado quanto permitem o controle entre si (BARBOSA, 2021).

Barroso *apud* Barbosa (2021), diz que as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a “proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto”.

Daí a Separação dos Poderes figurar em nossa Carta Maior como um de seus princípios, verdadeiro mecanismo de controle e segurança, sobretudo para o povo brasileiro. Com base nesse princípio são estabelecidos mecanismos que possam garantir a independência entre os três poderes, e ao mesmo tempo o controle entre os mesmos, de forma que finalidade maior seja resguardar os indivíduos, e as próprias instituições, de um Poder Estatal sem limites.

Importante ainda destacar que a separação dos Poderes não significa separação ou divisão do Estado em três partes, já que o Estado é um só, o que ocorre, ainda pela explicação de Dallari *apud* Barbosa (2021) “é a divisão das funções do Estado em órgãos independentes e harmônicos”.

No mesmo sentido, Negrelly (2010):

Neste tocante, o governo é caracterizado como “o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político”, sendo este último revelado por meio das funções exercidas e cumpridas pelos órgãos do governo. Deste modo, apesar de o poder político ser uno, indivisível e indelegável, este se decompõe em várias funções necessárias a plena realização da atividade governamental, sendo elas as funções legislativa, executiva e jurisdicional (NEGRELLY, 2010).

Ainda sobre as funções dos Poderes, por esse mesmo autor traz-se abaixo a sua descrição:

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse (NEGRELLY, 2010).

Assim, pelo entendimento deste autor e considerando que o presente estudo trata mais especificamente de questões voltadas ao Poder Judiciário, destaca-se desde já que a sua função jurisdicional vai além da aplicação mecânica das leis, pois a própria norma constitucional, apesar de separar os poderes e lhes dar autonomia, em especial,

dá ao Poder Judiciário meios de controle com a finalidade de impedir abusos, bem como mecanismos para se assegurar e garantir direitos.

## 2.2 O ATIVISMO JUDICIAL

### 2.2.1 Origem

Segundo Tassinari citada por Dias (2016), desde 1803 já é possível observar nos Estados Unidos formas de atuação jurídico-ativistas. No entanto, esse termo foi utilizado pela primeira vez, historicamente falando pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. em um artigo que versava sobre as linhas de atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos após a crise econômica de 1929 (DIAS, 2016).

Ainda por esse autor, nesse contexto histórico vivenciado pelos americanos após a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, remonta-se que à época foi necessário que aquele país adotasse um programa de recuperação econômica com maior interferência, ampliação e atuação do Estado na economia. Por este programa de recuperação da economia americana, chamado de *New Deal*, o Estado passou a controlar a produção de bens e serviços ofertando emprego para aqueles que ficaram desempregados devido a crise (DIAS, 2016).

Continuando, este autor explica que naquele contexto a Suprema Corte Americana viu-se obrigada a se posicionar diante do momento de crise que o país passava, de maneira que acabou por adotar duas linhas de entendimento, que se dividiam da seguinte forma:

a) A primeira linha defendia uma postura de autocontenção judicial, na qual as demandas que envolvessem políticas públicas deveriam ser de estrita responsabilidade dos demais poderes, não cabendo ao judiciário se envolver.

b) Já a segunda linha entendia que a Suprema Corte podia desempenhar o papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos próprios juízes, diante dos casos concretos.

A essa segunda linha onde os juízes passaram a atuar de maneira incisiva nas demandas que envolviam políticas públicas, deu-se o nome de ativismo judicial.

Naquele contexto muitos representantes do Poder Judiciário se sentiram na obrigação de agir, interpretando a lei, no sentido de garantir direitos.

Nesse intervalo de tempo, até os dias atuais, houve algumas modificações quanto à forma de atuação mais expansiva, mas a essência do ativismo judicial continua a mesma, qual seja: uma maior interferência do Poder Judiciário na vida institucional e política do ordenamento em que está inserido.

### 2.2.2 Conceito de Ativismo Judicial

Não foram encontradas divergências doutrinárias significativas quanto à conceituação sobre o ativismo judicial. Praticamente todas as conceituações guardam sentido correlato. Neste viés entende-se pertinente a lição do Ministro Luís Roberto Barroso:

[...] 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. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera **ocupação de espaços vazios** (BARROSO, 2012, p. 8) [grifo nosso].

Assim, é possível entender o ativismo com uma prática do Poder Judiciário em atuar além do âmbito judicial, expandindo sua competência na esfera dos outros Poderes do Estado.

Pelo entendimento de Elival da Silva Ramos citado por DIAS (2016), o ativismo judicial vai além da função jurisdicional, adentrando por funções do Legislativo e até mesmo por funções administrativas e políticas (DIAS, 2016).

Em que pese haver certo consenso sobre o conceito de ativismo judicial, doutrinariamente faz-se sua diferenciação em dois tipos, classificando-os nas formas de Ativismo Judicial Inovador e Ativismo Judicial Revelador.

Essa diferenciação, pelo entendimento de Luiz Flávio Gomes, segue abaixo.

Segundo ele o Ativismo Judicial Inovador é aquele que cria uma norma, sem utilizar-se de nenhum parâmetro para a criação dessa norma. É considerado um tipo danos, pois leva à uma afronta direta aos princípios democráticos de um Estado de Direito, já que decisões que não estejam em consonância com os princípios constitucionais ou que não estejam devidamente fundamentadas e que venham a

inovar o ordenamento jurídico são de legitimidade e competência do Poder Legislativo (GOMES, 2013).

Já o Ativismo Judicial Revelador, mais comum em nosso ordenamento, se dá quando o magistrado cria uma norma regulamentadora com fundamento em princípios constitucionais reconhecidos pela Constituição ou então quando se está diante de uma regra geral, a qual deixa lacunas sem respostas jurídicas previamente definidas pelo legislador (GOMES, 2013).

Luiz Flávio Gomes cita como exemplo de Ativismo Judicial Revelador a decisão do STF sobre a infidelidade partidária, que caso ocorra sem justa causa é motivo para a perda de mandato. Essa decisão do STF, por sua vez, ensejou ao TSE – Tribunal Superior Eleitoral a possibilidade de regulamentar o assunto por meio de Resolução enquanto o Poder Legislativo não o regulamentar por meio de lei.

Obviamente essas resoluções do TSE, Resolução 22.610/2007 e 22.733/2008 foram objetos de questionamento no próprio STF, por meio de duas ADI's – Ação Direta de Inconstitucionalidade, entre elas a ADI nº 3.999, que segue abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais arguidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o

suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido. Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente (BRASIL, 2008).

Neste exemplo citado como Ativismo Judicial Revelador, é Interessante observar que um dos fundamentos que ensejaram essa Ação Direta de Inconstitucionalidade foi exatamente o ativismo desempenhado pelo TSE, pois ao Editar Resolução para regulamentar situação da qual não havia lei, teria tomado para si e invadido competência do Legislativo e Executivo para tratar de matéria eleitoral.

Com tudo isso, note-se aqui que apesar da estrutura Tripartite visar a um equilíbrio entre os três Poderes, em verdade o Poder Judiciário vem ganhando um peso maior na tomada das decisões, como no presente caso, pois coube ao próprio STF a decisão das referidas ADI's, e sem surpresa alguma, em sintonia com decisão anterior firmada, o STF julgou constitucionais as referidas Resoluções, mesmo sem que houvesse lei regulamentando o tema na esfera de competência original, qual seja, Legislativo e Executivo.

### **2.2.3 O Ativismo Judicial no ordenamento jurídico brasileiro**

Modernamente, em nosso país, o ativismo judicial ganhou força a partir do período de redemocratização, sobretudo se observarmos que historicamente antes da Constituição de 1988 o país vinha passando por vários regimes militares e ditatoriais.

Conforme pode ser visto em estudo de Ono (2021), antes da redemocratização as cortes brasileiras praticavam a autocontenção judicial, se recusando a emitir decisões sobre matéria que de alguma forma pudesse ter respeito a competência dos

outros poderes. Por certo, após a promulgação, no ano de 1988, de um texto constitucional abrangente e que passou a incluir temas que antes eram tratados para o escopo de leis ordinárias, a atuação do Poder Judiciário veio ganhando cada vez mais força ao longo desses trinta e três anos.

Ainda nos estudos de Ono (2021) verificam-se mais fatores que contribuíram para que o ativismo judicial enquanto ferramenta garantidora de direitos se desenvolvesse no país, conforme segue:

a) Primeiramente o próprio conteúdo da Constituição de 1988 com abrangência de vários temas vinculados à dignidade da pessoa humana e aos direitos sociais, sobretudo com uma estrutura fundamentada em princípios jurídicos e normativos, permite um exercício jurisdicional mais amplo, por parte dos magistrados.

b) O fortalecimento da magistratura, inclusive com a nomeação de Ministros realmente independentes no STF;

c) O fortalecimento da cidadania em um ambiente livre e democrático, de forma que as pessoas passaram a buscar cada vez mais o Poder judiciário na solução de conflitos;

d) A expansão e atuação do Ministério Público em outras áreas que não só a área penal;

e) A presença cada vez maior da Defensoria Pública nas comarcas do país, garantindo de fato o direito a um defensor pela camada mais vulnerável da população, que conseqüentemente propicia uma busca cada vez mais crescente pela jurisdição judiciária, com mais e diferentes enfrentamentos a serem solucionados pelos juízes.

É o que se vê:

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar.

Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário,

bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira (ONO, 2021, p. 11).

Continuando nessa linha de pensamento, a autora também entende que na medida em que o próprio Estado se autodeterminou Democrático e também de Direitos, naturalmente oportunizou um ordenamento onde o Poder Judiciário ganhasse uma posição de destaque entre os demais poderes, já que a ele cabe assumir o papel de garantidor desses mesmos Direitos que buscou tutelar.

Explica que além das garantias fundamentais, o próprio sistema político brasileiro, bem como toda a organização e regulamentação de sua estrutura governamental foram remodelados na Constituição Federal de 1988, com vários regramentos e diretrizes que somados às garantias individuais e sociais, vieram a culminar na realidade atual em que muitas demandas sociais à luz dos direitos garantidos em lei devem ser repetidamente asseguradas nas disputas judiciais.

Dessa forma, Barroso *apud* Ono (2021) traz que próprio sistema de controle de constitucionalidade no Brasil foi estruturado de forma a permitir o ativismo judicial, ainda que com certos limites, na medida em que foi inserido na Constituição Federal de 1988 meios jurídicos para garantir o regramento jurídico, tais como a ADI, a ADPF, o Mandado de Injunção, dentre outros.

Os mecanismos de controle institucional são muitos e podem ter como palco diversas instâncias jurisdicionais:

A [...] causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, dota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (ONO, 2021, p. 12).



## 2.2.4 Aspectos do Ativismo Judicial

Dentre as abordagens sobre o ativismo judicial, destacam-se duas correntes doutrinárias divergentes em relação aos seus aspectos, se positivos ou negativos, conforme se trata abaixo.

Uma corrente dominante que afirma que o ativismo judicial é indispensável para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, já que o Poder Judiciário é responsável por resguardar a efetivação desses direitos.

No entanto, há outra corrente em sentido oposto, pela qual o ativismo judicial é incompatível com o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal (1988), o qual traz que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Assim, o ativismo judicial estaria em afronta a esse preceito constitucional, já que nesse contexto a atuação ativista ultrapassa o limite de atuação do Poder Judiciário e interfere nos outros dois poderes.

Esses entendimentos divergentes em relação ao ativismo judicial serão tratados nos tópicos a seguir.

### 2.2.4.1 Aspectos Positivos do Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direitos

Conforme dito por Barroso (2012. p. 8), importante destacar que essa expansão do Judiciário para outras searas de competência ocorre quando há lacunas na lei, e não por simples liberalidade.

Essas lacunas podem ocorrer por diversos motivos, dentre eles o comportamento em alguns casos do Poder Legislativo, que se mostra retraído para deliberar a respeito de determinados temas ainda polêmicos em nossa sociedade (PAIVA; OLIVEIRA; SANTOS, 2021).

Outro ponto a se considerar é dinamismo dos arranjos que as pessoas fazem em seu cotidiano bem como suas vivências sociais, as quais exigem respostas do Poder Público quanto a sua regulamentação.

Para Teixeira (2012) há um descompasso entre a atividade regulamentadora do Estado e a realidade social:

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

E ainda pelo mesmo Autor:

Seja como causa de segurança jurídica ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional. Uma conduta que deveria ser a exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em “esfera pública” de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano (TEIXEIRA, 2012).

Também sobre o tema, Martins (2016) cita o entendimento do magistrado brasileiro e também atual Ministro do STF, Luiz Fux, traz outro fator que prejudica a normatização de leis, qual seja, a falta de enfrentamento, pelo Legislativo, de questões polêmicas como aborto, legalização da maconha, dentre tantos outros, já que o enfrentamento de questões polêmicas como essas pode causar um grande clamor social e ocasionar o risco de perda política dos legisladores:

Essas questões todas deveriam, realmente, ser resolvidas pelo Parlamento. Mas acontece uma questão muito singular. O Parlamento não quer pagar o preço social de decidir sobre o aborto, sobre a união homoafetiva e sobre outras questões que nos faltam capacidade institucional (MARTINS, 2016).

Dessa forma, no cenário atual em que se tem a percepção de se estar diante de um Poder Legislativo fraco e de um Poder Executivo em dissonância com muitas instituições e movimentos de representação popular (inclusive com o próprio Legislativo), é natural que o Poder Judiciário atue cada vez mais na resolução de conflitos de relevância social, moral, política e econômica, e passe a ser de fato o Poder

concretizador dos valores e princípios fundamentais definidos no texto constitucional (PINA, 2016).

Por outro lado, importante ainda lembrar que o Poder Judiciário não pode se escusar de suas atribuições, é o que se vê no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal (1988), que diz “que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, o juiz não pode se recusar de julgar um caso concreto alegando que existem lacunas na lei ou que não existe lei que versam sobre determinado assunto, pois, ainda que a lei seja omissa o juiz deve decidir o caso concreto buscando outras fontes do Direito, assim previsto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

Barroso (2012) ainda nesse sentido diz que “onde não há regra, o Judiciário pode avançar, ainda que com certo comedimento. Mas onde haja o direito fundamental de uma minoria em jogo, o Judiciário deve ser mais diligente e atento, e atuar com mais vigor”.

Desta forma, como meio de resposta eficaz à todos os problemas elencados acima, é possível inferir desde já que o ativismo judicial é fenômeno jurídico importante e útil para a sociedade e para a garantia de um Estado Democrático de Direito, pois é por meio dele que muitos casos nos quais houver omissão da lei que haverá decisão judicial.

Assim, inicialmente, sob esse prisma, percebe-se que o ativismo judicial não constitui prejuízos para a sociedade, ao contrário, pois apesar de nesses casos o Poder Judiciário atuar além de suas competências, assim o faz buscando suprir as lacunas deixadas na lei por ineficiência dos demais poderes, sob a finalidade de uma resposta social.

No sentido de enriquecimento do presente estudo sobre o Ativismo Judicial, a título de exemplo, relembra-se aqui a necessidade da regulamentação da união homoafetiva, vez que não há lei que regule essa questão.

Tal assunto, apesar dos avanços dialógicos e de incontáveis situações concretas vivenciadas por muitos brasileiros, ainda se faz polêmico, pautado por lutas de movimentos LGBTQIA+ e de uma grande resistência por parte da população.

Essa diferença de ideias por óbvio também se faz presente no Congresso brasileiro, e enquanto não se avança sobre o tema no Legislativo Federal, as pessoas que exercem livremente o direito de viver em conformidade com sua orientação sexual precisam de respostas para diversos enfrentamentos de seu dia a dia, enquanto cidadãos de direitos e deveres.

Sobre esse julgamento, o Ministro Aires Brito, relator do julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4.277, enfatizou a necessidade de respostas às pessoas diante da demora do Legislativo em enfrentar certos temas:

Esse fato sinaliza que, além de muito importante, a matéria é delicada e tormentosa. O Poder Legislativo, em regra, não entra em consenso, mas continua a enfrentar o tema. Todavia, a demora em aprovar legislação gera nos interessados angústia natural e um sentimento de desproteção, para a qual buscam solução no Judiciário (BRASIL, 2011, pág. 167).

E assim, na esteira deste pensamento é que o reconhecimento das uniões homoafetivas, se tornou um tema tão relevante na sociedade e não pôde ser mais rejeitado; foi necessária a intervenção do Poder Judiciário através do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277 (PAIVA; OLIVEIRA; SANTOS, 2021).

E por fim, no sentido de que o ativismo judicial representa mecanismo eficaz para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, traz-se as palavras de Teixeira e Andrade (2014) *apud* Paiva, Oliveira e Santos (2021):

(...) o ativismo judicial está em plena consonância com a democracia, sendo fundamental a esta, uma vez que se faz necessário que o judiciário tenha uma postura mais ativa na interpretação e aplicação das normas, atendendo aos anseios da sociedade (PAIVA; OLIVEIRA; SANTOS, 2021).

Por tudo isso é possível dizer que o ativismo judicial em verdade nada mais seria do que uma das engrenagens do sistema de freios e contrapesos pelas quais os Poderes governamentais devem ser conduzidos.

Tal entendimento vem da análise de que o próprio texto constitucional de 1988, ao estruturar e definir os Poderes governamentais entregou ao Poder Judiciário, em especial ao STF, a prerrogativa de ser o “guardião da Constituição”, com poderes para interpretar e definir condutas que seriam permitidas dentro sob o prisma da constituição (ou não).

Num sentido positivo do termo pode-se dizer então que o ativismo judicial é fenômeno essencial na medida em que o Judiciário utiliza-se dos meios legais e constitucionais para resolução de conflitos, a exemplo de uma ADIN ou de um ADPF no caso do STF, ou ainda quando são chamados para a resolução de conflitos de casos mais difíceis e ainda não enfrentados pelos Poderes Legislativo e Executivo, como se dá na elaboração de súmulas vinculantes (NOGUEIRA, 2019).

#### *2.2.4.2 Aspectos Negativos do Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito*

Como visto acima, embora seja reconhecidamente um meio eficaz para a efetivação de direitos, é possível que um comportamento ativista do agente/juiz de forma desregrada e não esclarecida venha a causar insegurança jurídica na medida em que poderá ocorrer a politização da justiça e ainda o enfraquecimento do próprio Estado Democrático de Direitos.

Neste sentido, ainda nas lições de Paiva, Oliveira e Santos:

Apesar desse grande papel do judiciário de supressão das lacunas por meio da prática de ativismo judicial, quando o STF assume esse papel de intervenção no Poder Legislativo, acaba por interferir na elaboração e execução de políticas públicas, ou seja, interfere também nas ações do Poder Executivo, o que gera críticas a essa prática ativista por ofender o princípio da tripartição dos poderes, estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (PAIVA; OLIVEIRA; SANTOS, 2021).

Tal situação não deixa de ser um potencial risco ao Estado Democrático de Direitos, já que poderia abalar a própria estrutura organizacional do Estado, gerando um clima de insegurança e desvirtuamento institucional.

Apesar de na maioria das vezes em que o Poder Judiciário se valer do ativismo por situação necessária e justificável para reestabelecer a ordem jurídica e social, vê-se cada vez mais a tomada de decisões que extrapolam seu limite de competência.

Neste sentido traz-se importante ressalva de Barbosa (2021), pela qual afirma que em homenagem ao princípio da separação dos Poderes, “no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário não se inclui a atribuição de formular políticas públicas e programar políticas públicas, pois essa função é típica dos Poderes, Legislativo e Executivo”.

No que tange a esse tema, faz-se necessária, ainda, a apresentação da menção feita por Luís Roberto Barroso:

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de dificuldade contra majoritária. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais (BARROSO, 2012, p. 12).

Assim, alguns estudiosos do Direito, dentre eles Bernardo (2009) *apud* Barbosa (2021), vêm questionando a lógica do ativismo judicial sem limites, já que por ele poderia se estar diminuindo a importância do Poder Legislativo:

Acaba tornando-se fundamental analisar as transformações conseguintes para a teoria do estado democrático de direito e, por consequência, para o bem-estar da população. Nesse quesito, a questão que se coloca é de se saber se uma difusão da atividade legislativa pelo judiciário seria capaz de se sustentar em longo prazo. Não se pode deixar de dar um especial enfoque à questão da segurança jurídica e sua íntima relação com a manutenção da organização social dentro de um determinado Estado (BARBOSA, 2021).

No mesmo entendimento:

Desta forma, apesar de ser justificado o ativismo judicial pelo próprio texto constitucional, a utilização da Carta Magna como repositório axiológico na interpretação de normas infraconstitucionais com o fito de permeá-las com os valores prevaletentes no meio social no momento em que é prolatada a

decisão deve ser comedida e cautelosa ao se tratar de ativismo judicial, pois somente assim a referida decisão não exorbitará o campo de atuação do Judiciário adentrando no âmbito do Poder Legislativo. Isso se afirma em razão de que a possível interferência pelo Poder Judiciário na seara normativa pode violar ao princípio democrático que fundamenta a República brasileira, contrariando, portanto, a Constituição ao desconsiderar sua determinação disposta em seu artigo segundo que impõe a manutenção da independência e harmonia entre os Poderes instituídos (NEGRELLY, 2010).

E ainda neste viés de que o ativismo judicial deve ser tratado com cautela e que pode gerar insegurança jurídica, há que se falar inclusive da possibilidade de politização da própria justiça e até mesmo do risco de desvirtuamento deste instituto jurídico, pois não se está livre de eventual situação em que agentes do Poder Judiciário possam se posicionar e ter comportamentos ideológico-partidários.

Estender a possibilidade de resolução dos conflitos para além dos limites previstos no texto constitucional, ou para a qualquer tempo invadir a esfera de outro Poder, a ponto de se inovar o ordenamento com criação de normas, seria adentrar-se por um terreno perigoso, diante da clara invasão na competência do Legislativo. Sobretudo porque o Poder Legislativo é um poder estabelecido pela soberania popular com essa finalidade precípua de criar as leis.

Ainda no entendimento do Juiz e professor Roberto Wanderley Nogueira:

No limite, o ativismo judicial não encontra pauta sequer na cognição dos objetos, na sua ordem natural, mas na espiritualidade do juiz, para o bem ou para o mal. É por isso que representa um perigo sério de imprevisibilidades na arte de produzir decisões, sobretudo ao nível da mais elevada instância da Administração da Justiça e nada obstante a universalização da matéria relacionada aos Direitos Humanos, porque, doravante, em certos casos já não cabe ao Supremo Tribunal Federal o monopólio da "última palavra", o direito de "errar por último", conforme uma célebre locução atribuída ao gênio de Rui Barbosa, pelo seu maior discípulo, João Mangabeira (NOGUEIRA, 2019).

Neste sentido a forma de ativismo que vai além do que está previsto na constituição, para essa corrente doutrinária, seria uma arbitrariedade e ato contrário ao próprio Estado, o qual tem por cláusula pétrea a Tripartição dos Poderes.

Uma corrente mais crítica ainda compara o ativismo judicial como forma de voltar ao absolutismo, vez que o Judiciário passa a ter um papel de muito destaque, dando a última palavra nas decisões; e por outro lado sobre ele não existe nenhum tipo de controle pelos demais Poderes. Em tom jocoso, é comum ouvir que "o STF existe para

proteger a Constituição e o Estado Democrático de Direitos, e isso é bom; porém, quem poderá nos defender do STF”?

Por isso, no Estado Democrático de Direito é impensável um “super” Poder, com alto grau de concentração das decisões, a ponto de adentrar por todas as esferas e ditar regras em conformidade tão somente com o entendimento judicial (NOGUEIRA, 2019).

Um ativismo judicial sem limitação seria retornar ao estado anterior de concentração de Poder vivenciado antes da redemocratização em 1988, a diferença seria tão somente no fato de que agora o Poder estaria concentrado em outras “mãos”.

Nos dizeres de Nogueira (2019), “é sempre arbitrária a atitude hermenêutica que não encontra limites no seu próprio objeto, assim material quanto instrumentalmente”.

Daí o entendimento dessa corrente mais crítica ao ativismo, de que é preciso haver limites para ele.



### 3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Busca-se aqui pontuar algumas questões percebidas de maneira mais profunda no decorrer da revisão de literatura.

A primeira delas é um possível antagonismo entre a estrutura rígida e fixa da Separação dos Poderes, definida há trinta e três anos, enquanto cláusulas pétreas da Constituição frente ao dinamismo e constantes mudanças sociais ocorridas neste mesmo período.

Assim, nesse contraponto, o sentimento e a vivência experimentada pelos brasileiros nas fases iniciais da pós-redemocratização mudaram de um estado de euforia e novidade em ambiente ainda impactado pelas restrições de liberdade, para uma vivência livre mais amadurecida da democracia.

Tudo isso sob o impacto de vários fenômenos sociais modernos, tais como a globalização em um mundo literalmente conectado, ou ainda pelo fenômeno que os meios de comunicação e informação digital trouxeram (inclusive com a possibilidade de conexão em tempo real das pessoas, organizadas em redes sociais).

E até mesmo agora, neste exato momento, em que todas as pessoas estão vivenciando um momento extremamente difícil causado pela pandemia mundial do Corona vírus.

Naturalmente, diante deste cenário as concepções gerenciais e de atuação do Estado brasileiro, por meios de suas instituições, também deve acompanhar essas mudanças e encarar os desafios e conflitos decorrentes de uma nova ordem mundial global.

Assim, entende-se natural que ao Poder Judiciário tenha ocupado um papel de destaque entre os três poderes e também no próprio cenário político nacional (NEGRELLY, 2010), sobretudo porque cabe ao judiciário, no caso ao STF, a própria competência para atuar e julgar sobre direitos constantes da Constituição Federal, tais como os direitos fundamentais da pessoa humana, os direitos sociais, direito a saúde, educação, moradia, meio ambiente, dentre tantos outros. É o que se vê:

(...) relativo à atuação no âmbito político exercido pelo STF, sua capacidade interventiva é potencializada no campo do controle concentrado de

constitucionalidade, gerando, deste modo, resultados expressivos decorrentes de sua atuação. Neste sentido, considerando apenas decisões prolatadas em tempos recentes, pode-se mencionar temas políticos relevantes como a matéria relativa à Lei de Biossegurança (ADI n. 3.510), à reforma partidária (ADI n. 1.351 e n. 1.354), à verticalização das candidaturas para as eleições de 2006 (ADI n. 3.685) e a batalha judicial acerca das contribuições previdenciárias dos inativos (ADI n. 3.105), dentre vários outros (NEGRELLY, 2010).

Por tudo isso nessa análise se o Ativismo Judicial causa insegurança jurídica ou não, para além da crítica de que se trata de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, revela um posicionamento social de insatisfação com a própria maneira em que o Estado tem tutelado os direitos individuais, políticos e sociais. Nos dizeres do professor Anderson Vichinkeski Teixeira, revela que o “Estado é incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população” (TEIXEIRA, 2012).

No entanto é uma situação que deve ser vista com ponderação e razoabilidade, pois em que pese à importância da atuação do Poder Judiciário, inclusive a importância do ativismo social na resolução de questões mais complexas e polêmicas, ainda não enfrentadas pelo Legislativo, certo é que deve haver um respeito pelas demais competências das outras esferas de Poder, sob pena de desestruturação e crise institucional.

Ou melhor, os demais Poderes do Estado devem ter a sensibilidade para ouvir as necessidades e lutas sociais polêmicas, ao mesmo tempo em que precisa ter coragem para sair de uma zona de conforto, encarando os desafios de produzir o regramento necessário para essas questões por meio de leis. Enquanto os agentes legislativos continuarem reféns de seus núcleos e redutos eleitorais, com receio da perda de votos, bem como enquanto a morosidade de suas ações perdurarem, certo é que continuarão existindo lacunas na lei. E certo é também que a sociedade e as pessoas, cada vez mais esclarecidas, com todos os seus conflitos naturais continuarão a buscar a solução de seus problemas junto ao Poder Judiciário.

Destaca-se ainda a percepção de que as críticas ao ativismo judicial como um problema gerador de insegurança jurídica ou de crise institucional estão relacionados na maioria dos casos à forma de agir equivocada, por alguns magistrados, ou ministros do STF, excedendo os limites que o próprio ativismo judicial têm, chegando mesmo a

innovar o ordenamento como criação de regras novas, sem a apreciação devida pelo judiciário.

Ainda nos dizeres de Negrelly (2010), é preciso estar atento às críticas sobre o tema, para que não se confunda os efeitos nocivos de posturas equivocadas de agentes públicos, juízes, desembargadores, ministros, que atuam além dos limites constitucionais, inclusive se adentrando na esfera de competência de outros poderes, como se essas ingerências e excessos fossem da essência do próprio ativismo judicial enquanto mecanismo e meio de se chegar à finalidade de promoção da justiça e garantia de direitos nos casos mais complexos que o Judiciário deve tutelar e jamais se omitir.

## 4 CONCLUSÃO

Conclui-se por este trabalho que ativismo judicial não é e nem pode ser considerado como um fim em si mesmo, pelo contrário, trata-se, sobretudo de um fenômeno jurídico, uma forma ou meio de se garantir que o Estado Democrático de Direitos aconteça de fato e se faça palpável a todos.

Dessa maneira, quando determinada esfera de poder deixa de responder às necessidades essenciais da população na forma e no tempo em que é preciso, o único mecanismo que o cidadão dispõe para fazer valer seu direito é socorrer-se junto ao Poder Judiciário. E é assim, por meio de sentenças judiciais, que grande parte de direitos básicos da população se materializa ou que a interpretação das leis vai ganhando novos contornos. Também é por meio dele que a própria estrutura do Poder Estatal pode ser corrigida em caso de desvirtuamento.

Ou seja, dentro do próprio sistema idealizado por Montesquieu em que a divisão dos poderes do Estado funcione como um sistema de freios e contrapesos, como mecanismos de autocontrole, percebe-se que o ativismo judicial, se aplicado da forma correta, nada mais é do que uma das engrenagens desse sistema de freios e contrapesos.

O problema é quando ocorrem os desvirtuamentos daquilo que se pode chamar de ativismo judicial positivo, pois se trata de ferramenta capaz de causar danos se não for aplicada adequadamente.

Outra conclusão a que se chega, é que o ativismo judicial pode representar um indicativo de um Estado que não tem capacidade de responder aos problemas dos cidadãos.

Conclui-se também que apesar de todas as críticas ao ativismo judicial, essas em sua maioria não são exatamente críticas ao ativismo judicial em si, em verdade são críticas a agentes públicos representantes do Poder Judiciário que extrapolam o ativismo, sem obedecer aos limites que o próprio texto constitucional trouxe para a ação dos juízes.

No entanto, tirando essa forma equivocada de praticar o ativismo (e mais equivocada ainda a forma em que ele é visto), conclui-se que o a possibilidade dos

juízes e ministros julgarem casos novos e complexos à luz dos princípios constitucionais é uma forma legítima de responder aos conflitos sociais.

Retomando também outro questionamento inicial, naqueles casos em que ocorrer omissão nas leis ou possibilidades de diversas interpretações, se o Poder Judiciário deve intervir de forma ativa para fazer cumprir normas gerais ou que contenham lacunas, conclui-se que sim, haja vista que o próprio texto constitucional definiu ações de controle capazes de impedir lesão ao próprio ordenamento jurídico-social, bem como ações capazes de regulamentar as relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e o próprio Estado, conclui-se que o ativismo judicial na realidade é ferramenta essencial para garantir a segurança jurídica frente ao Princípio da Separação dos Poderes.

No tocante ao questionamento central, se o ativismo judicial fere o Princípio da Separação dos Poderes, causando uma insegurança jurídica ou é se um fenômeno natural do próprio modelo adotado no Estado Democrático de Direito, conclui-se que se o ativismo judicial for desempenhado dentro de seus limites, não há que se falar em ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, já que no seu correto desempenho busca-se garantir direitos essenciais da pessoa humana, bem como é utilizado para viabilizar a condução da ordem social vigente dentro dos valores do Estado Democrático de Direito.

Além disso, esta autora em sede de conclusão considera que, ainda que eventual e pontualmente o Ativismo Judicial venha a invadir outra esfera de Poder, a conduta ativista é modo de agir necessário diante de tantas lacunas deixadas pelos outros Poderes, e por isso, em um sentido amplo entende-se que o Ativismo Judicial é mais benéfico e positivo para a sociedade, do que ruim, mesmo se pontualmente ocorrer invasão nas outras competências estatais.

Adota-se aqui esse posicionamento em sede de conclusão, de forma convicta, por se considerar que existem lacunas nas leis as quais infelizmente contribuem para dores e angústias sociais, bem como contribuem para várias mazelas que o povo sente e sofre na própria carne.

Por isso a importância de se ter um Poder estatal, no caso o Judiciário, no qual o acesso é garantido a todos os brasileiros, indistintamente. E melhor ainda se na

resolução dos problemas do povo brasileiro o Poder Judiciário, livre e independente, puder cobrar e exigir soluções reais, garantindo direitos sociais e individuais urgentes, e que há tanto tempo vem sendo sistematicamente desconsiderados pelo Legislativo.

Um exemplo típico da necessidade de enfrentamento social foi a intervenção do judiciário sobre o aborto em caso de anencefalia. Esse tema que foi debatido exaustivamente e do qual ainda não se tem um consenso social teve de ser encarado ao se deparar diante de conflito sobre a liberdade e autonomia que a mulher deve ter sobre o seu próprio corpo e, sobretudo diante o sofrimento imposto a ela ao levar adiante uma gravidez sem chances de resultados bons, seja para a mãe seja para o próprio feto, visto que não haverá para ele chance de sobrevivência fora do ambiente intrauterino.

Seria cruel continuar a se exigir o curso de toda uma gravidez (a qual deve ser momento e situação em que se prepara para o surgimento e acolhimento de uma nova vida), sabendo que infelizmente ao final de tudo, o único desfecho para o feto anencefálico é o resultado morte.

Outro exemplo que se pode trazer para definir como positivo o ativismo judicial é o fato acontecido recentemente no estado de Minas Gerais, o qual se tornou de conhecimento público em vários tipos de mídia e nas redes sociais, e que causou grande comoção e engajamento social para se auxiliar uma criança de 02 anos, portadora da doença/síndrome AME – Atrofia Muscular Espinhal.

No tratamento dessa doença é necessário o uso de medicação extremamente cara e onerosa, além dos limites financeiros da imensa e esmagadora maioria dos brasileiros.

O caso, considerando-se a grande gravidade e a velocidade na qual a doença se desenvolve, impôs a busca de solução no Poder Judiciário, o qual por sua vez interviu e obrigou o Poder Executivo a custear o complemento financeiro para o referido tratamento. O valor do tratamento e medicação é tão elevado que mesmo com o grande esforço coletivo para levantamento de fundos, não seria possível obter todos os recursos no curto espaço de tempo em que o organismo do menor poderia esperar sem a intervenção medicamentosa.

Assim, foi necessário o Judiciário agir no sentido de ordenar ao Poder Executivo a inteirar o valor que faltava para a aquisição do medicamento e cumprir assim o dever de promover a saúde e garantir a vida com dignidade; direitos essenciais constantes da norma constitucional e no qual o Executivo, que neste caso já havia sido procurado pela família do menor, estava sendo falho.

Por este e tantos outros casos igualmente polêmicos que foram citados ao longo deste trabalho é que deve se considerar o Ativismo Judicial, ainda que com risco de ingerência e invasão nas outras esferas, como meio necessário e benéfico para solucionar e garantir os interesses do povo brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Armando. A Teoria Lockeana da Separação de Poderes. In. XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNINOVE: **Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade**. São Paulo – SP. 2013. Pág. 8 - 23. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acesso em: 20 out. 2021.
- BARBOSA, Diego Cury-Rad. Ativismo judicial X estado democrático de direito. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 06, Ed. 05, Vol. 02, pp. 174-184. Maio de 2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/estado-democratico>>. Acesso em: 14 out. 2021.
- BARROSO, L. R. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 21, jun. 2012. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 18 ago. 2021.
- BERNARDO, Leandro Ferreira. Ativismo Judicial e Estado Democrático de direito. **Rev. Jur., Brasília, v. 11, n. 93, p. 01-27, Fev./Maio 2009**. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/205/194>>. Acesso em: 15 out. 2021.
- BICCA, Carolina Scherer. A separação de poderes em Montesquieu, no Direito Comparado e no atual sistema institucional brasileiro. **Caderno Virtual IDP** Nº 25, v. 1 – jan-jun/2012. Disponível em: < file:///C:/Users/cllar/Downloads/633-2126-1-PB.pdf >. Acesso em: 18 out. 2021.
- BRASIL, **Constituição Federal da República** (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 out. 2021.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657_compilado.htm)>. Acesso em: 16 out. 2021.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Ementa: Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral 22.610/2007 e 22.733/2008. Disciplina dos procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo. Fidelidade partidária. Brasília, DF. 12 nov. 2008. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716877/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3999-df/inteiro-teor-103105804>> Acesso em: 13 out. 2021.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento Conjunto Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4.277-DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília – DF. 05 mai. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 19 out. 2010.

CYSNE, Diego. **Princípio da Separação dos Poderes**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/filosofia/principio-da-separacao-de-poderes/>>. Acesso em: 17 out. 2021.

DIAS, Lucas Albuquerque. Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 05 ago. 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?** 2013. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/87133/o-stf-esta-assumindo-um--ativismo-judicial--sem-precedentes>>. Acesso em: 14 set. 2021.

Haidar, Rodrigo. Tensão entre Poderes: Ativismo judicial dá o tom da sabatina de Barroso. **Boletim de Notícias Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/ativismo-judicial-tom-sabatina-luis-roberto-barroso-ccj-senado>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MARTINS, Kamila Mendes. Com casos recentes de ativismo judicial, STF estaria passando dos limites. 2016. **Estadão Conteúdo Gazeta do Povo**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites0xrr654jsklj3ricw3gxexjn4>>. Acesso em: 12 out. 2021.

NEGRELly, Leonardo Araújo. O ativismo judicial e seus limites frente ao estado democrático. In. Anais XIX Encontro Nacional do CONPEDI: **Direitos Fundamentais e Transdisciplinaridade**. Fortaleza - CE 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2021.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito. Revista **Consultor Jurídico**. 6 mar 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opinioao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 16 out. 2021.

ONO, Taynara Tiemi. **O processo de politização da justiça no Brasil e a atuação do poder judiciário como garantidor dos princípios básicos da democracia.**

Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/703>>. Acesso em: 13 out. 2021.

PAIVA, Clarice; OLIVEIRA, Karolyna Alves de; SANTOS, Poliana Fernandes Oliveira Santos. **Prática de ativismo judicial no reconhecimento das relações**

**homoafetivas.** IBDFAM. 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1712/Pr%C3%A1tica+de+ativismo+judicial+no+reconhecimento+das+rela%C3%A7%C3%B5es+homoafetivas+>>. Acesso em 13 out. 2021.

PINA, Thais Nascimento de. Ativismo Judicial. **Revista Âmbito Jurídico**, nº 145. ISSN 1518-0360. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitoconstitucional/ativismo-judicial/>>. Acesso em: 16 out. 2021.

SIQUEIRA, Maria Carolina Vidal. **O Ativismo Judicial e Sua Possível Interferência na Linha Tênu de Separação Entre os Três Poderes.** 2019. Disponível em:

<[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-e-sua-possivel-interferencia-na-linha-tenue-de-separacao-entre-os-tres-poderes/#\\_ftn1](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-e-sua-possivel-interferencia-na-linha-tenue-de-separacao-entre-os-tres-poderes/#_ftn1)>.

Acesso em: 15 out. 2020.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV [online]**. 2012, v. 8, n. 1, pp. 037-057.

ISSN 2317-6172. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S180824322012000100002>>.

Acesso em: 19 out. 2021.