



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

WESLEI DAMARIS ELLER

**O ATIVISMO JUDICIAL E A INSEGURANÇA JURÍDICA: UMA RELAÇÃO DE
CAUSA E EFEITO**

Assis/SP

2023



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

WESLEI DAMARIS ELLER

**O ATIVISMO JUDICIAL E A INSEGURANÇA JURÍDICA: UMA RELAÇÃO DE
CAUSA E EFEITO**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Weslei Damaris Eller

Orientador(a): Prof. Luciano Tertuliano da Silva

Assis/SP

2023

Eller, Weslei Damaris

E454a O ativismo judicial e a insegurança jurídica: uma relação de causa e consequência / Weslei Damares Eller. -- Assis, 2023.

92 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) --
Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA), Instituto
Municipal de Ensino Superior de Assis (IMESA), 2023.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Tertuliano da Silva.

1. Ativismo judicial. 2. Direito constitucional. 3. Constitucionalismo.
I Silva, Luciano Tertuliano da. II Título.

CDD 342

**O ATIVISMO JUDICIAL E A INSEGURANÇA JURÍDICA: UMA RELAÇÃO DE
CAUSA E EFEITO**

WESLEI DAMARIS ELLER

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Prof. Luciano Tertuliano da Silva

Examinador:

Prof. Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Assis/SP

2023

DEDICATÓRIA

Dedico esta pesquisa a minha esposa Cibele, pelo encorajamento, ânimo e companheirismo no caminho; e ao meu filho Calebe, pelas horas tomadas do precioso tempo de mútuo convívio.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor Luciano Tertuliano da Silva por toda a paciência, e empenho exemplo em tudo o que faz, o que se tornou ao longo destes preciosos anos na graduação em direito, uma inspiração para mim e para todos os meus colegas. Agradeço também aos demais Professores da Graduação em Direito pelo conhecimento cedido, pelas oportunidades oferecidas ao longo do curso e pela amizade desenvolvida ao longo desses anos, as quais me possibilitaram crescimento pessoal e intelectual.

Agradeço também aos colegas e amigos mais próximos que dividiram seu tempo, sua companhia, suas opiniões e suas vidas comigo, diariamente, nos últimos quatro anos, e com concordâncias e discordâncias, juntos ou separados, atravessamos este grande desafio da graduação em direito.

Agradeço à minha família pelo apoio e o carinho que sempre trouxeram alívio e motivação para continuar a jornada. Especialmente minha linda e querida esposa por sua força e generosidade e ao meu filho pela motivação e parceria.

A Igreja Presbiteriana de Assis que contribuiu fundamentalmente para que eu pudesse obter esta graduação, liberando-me, todas as manhãs, das minhas obrigações pastorais presenciais. Obrigado por acreditar, apoiar e me ajudar nestes anos de estudos.

Finalmente, agradeço ao Deus que me fez, me sustenta e me dirige. Sem o Senhor eu nada poderia fazer.

“Nem tudo é verdadeiro; mas em todo lugar e a todo o momento existe uma verdade a ser dita e a ser vista, uma verdade talvez, adormecida, mas que, no entanto, está somente à espera de nosso olhar para aparecer, à espera de nossa mão para ser desvelada, a nós, cabe achar a boa perspectiva, o ângulo correto, os instrumentos necessários, pois de qualquer maneira ela está presente aqui e em todo lugar.” (FOUCAULT, 1982, p.113).

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem o objetivo de analisar conceitualmente o que é ativismo judicial, explorar suas origens históricas, seus precursores no processo de implantação, como a prática dele chegou ao Brasil, suas causas e consequências. Para tanto, inicialmente será apresentado o conceito do ativismo judicial, na perspectiva histórica de evolução e adaptação dos sistemas jurídicos conhecidos com Civil Law e Common Law. O surgimento desses sistemas na Europa na idade média e a sua evolução e posterior migração para as democracias de outros continentes. Também, na tentativa de entender o fenômeno do ativismo judicial, um estudo a respeito das diferenças do conceito de abordagem jurídico constitucional no positivismo e no pós-positivismo, também chamado de neoconstitucionalismo. Para entender o ativismo judicial no Brasil, suas causas e consequências, adentrar no estudo do que a Constituição de 1988 representa, neste contexto, é fundamental. Com a promulgação da desta Carta Magna, o Poder Judiciário assumiu a função de resguardar o texto constitucional, respeitando o modelo republicano de tripartição dos poderes, entretanto, inúmeras discussões acerca da atuação do judiciário vieram à tona quando o mesmo, neste período chamado pós-positivista, começaram a atuar de maneira criativa e muitas vezes contraditória na aplicação da hermenêutica do texto constitucional, criando e extrapolando normas que contradizem ao texto da Magna Carta. Por fim, observar-se-á a relação entre ativismo judicial e a chamada insegurança jurídica, que era muitas instabilidades não apenas na esfera jurídica, como também instabilidade governamental e até mesmo econômica para o Brasil.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Civil Law, Common Law, positivismo, pós-positivismo, Neoconstitucionalismo, judicialização, juristocracia, insegurança jurídica.

ABSTRACT

This monographic work aims to conceptually analyze what judicial activism is, to explore its historical origins, its precursors in the implementation process, how its practice arrived in Brazil, its causes and consequences. To do so, initially the concept of judicial activism will be presented, in the historical perspective of evolution and adaptation of the legal systems known as Civil Law and Common Law. The emergence of these systems in Europe in the Middle Ages and their evolution and subsequent migration to democracies on other continents. Also, in an attempt to understand the phenomenon of judicial activism, a study about the differences in the concept of constitutional legal approach in positivism and post-positivism, also called neoconstitutionalism. To understand judicial activism in Brazil, its causes and consequences, delving into the study of what the 1988 Constitution represents, in this context, is fundamental. With the enactment of this Magna Carta, the Judiciary took on the role of safeguarding the constitutional text, respecting the republican model of tripartition of powers, however, numerous discussions about the performance of the judiciary came to the fore when it, in this period called post-constitutional positivist, began to act in a creative and often contradictory way in the application of the hermeneutics of the constitutional text, creating and extrapolating norms that contradict the text of the Magna Carta. Finally, the relationship between judicial activism and the so-called legal uncertainty will be observed, which was a lot of instabilities not only in the legal sphere, but also governmental and even economic instability for Brazil.

Keywords: Judicial Activism, Civil Law, Common Law, positivism, post-positivism, Neoconstitutionalism, judicialization, juristocracy, legal uncertainty.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	–	Ação declaratória de constitucionalidade
ADI	–	Ação direta de inconstitucionalidade
ADO	–	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
ADPF	–	Ação de descumprimento de preceito fundamental
CF	–	Constituição Federal
EUA	–	Estados Unidos da América
MI	–	Mandado de injunção
MS	–	Mandado de segurança
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TSE	–	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O ATIVISMO JUDICIAL	14
1.1 Conceito de ativismo judicial	14
1.1.1 A história do conceito de ativismo judicial	16
1.1.2 O surgimento do conceito de ativismo judicial o Brasil	18
1.2 Civil Law e Common Law	22
1.2.1 Civil Law	22
1.2.2 Common Law	24
1.2.3 O ativismo judicial na <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i>	27
1.3 Common Law e o constitucionalismo Norte Americano	28
1.4 Common Law e o ativismo judicial Norte Americano	30
1.5 A Civil Law e o Constitucionalismo brasileiro	32
1.6 O Pós-positivismo e o ativismo judicial o Brasil	34
2. CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL	38
2.1 O Neoconstitucionalismo	39
2.1.1 Uma nova Hermenêutica judicial	41
2.2 Ineficácia dos poderes Legislativo e Executivo	43
2.2.1 No Poder Legislativo	44
2.2.2 No poder Executivo:	45
2.3 A contenção frente a disfunção dos poderes da República	46
2.4 A Judicialização da política	48
2.5 Politização do Poder Judiciário	53
2.5.1 O Papel do Juiz e o Princípio da Imparcialidade	54
2.5.2 O Risco da “ <i>Fuga da Legalidade</i> ”	55

2.5.3	A independência do Poder Judiciário e a composição do STF	57
2.5.4	A falta de accountability do judiciário	58
2.6	A modulação das decisões judiciais	60
3.	CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL	65
3.1	Consequências positivas do ativismo judicial:	65
3.1.1	Proteção dos direitos fundamentais	65
3.1.2	Promoção da justiça social	66
3.1.3	Correção de lacunas legislativas	68
3.1.4	Fortalecimento da democracia	69
3.1.5	Exemplo de ativismo judicial positivo	70
3.2	Consequências negativas do ativismo judicial:	72
3.2.1	A erosão da separação de poderes:	72
3.2.2	Legislação por juízes e a mutação constitucional:	73
3.2.3	Legitimidade da Justiça:	74
3.2.4	O Risco da <i>juristocracia</i>	75
3.2.5	Exemplo de ativismo judicial negativo	76
3.3	A Insegurança jurídica	80
4.	CONCLUSÃO	84
5.	REFERENCIAS	86

INTRODUÇÃO

Diariamente, em jornais, em mídias sociais e em conversas informais, um crescente interesse pelos assuntos da república, suplantam os antigos interesses do brasileiro que outrora conhecia perfeitamente a escalação do seu time de futebol favorito, mas agora conhece nome e sobrenome dos ministros de governo, senadores, deputados e ministros do Supremo Tribunal Federal. O motivo? Nas últimas décadas os agentes políticos do segundo escalão do Poder Executivo, bem como os agentes titulares do Poder Legislativo, antigos frequentadores das páginas “B, C e D” dos jornais passaram à Capa dos Jornais juntamente e surpreendentemente acompanhados dos, antes discretíssimos, ministros do Supremo Tribunal Federal e das outras cortes superiores (STJ, TST, TSE, TSM) que se tornaram atores cada vez mais populares em todos os debates e assuntos da República do Brasil.

Neste contexto novo da história do país, a expressão “Ativismo Judicial”, em crescente uso, mas frequentemente mal-entendida e mal interpretada, tem sido usada por agentes de múltiplas esferas da sociedade na tentativa de explicar os novos fenômenos observados nas relações entre os três Poderes da República, que aparentemente, encontram-se desbalanceados.

De forma intercambiável e frequente, a expressão ativismo judicial tem sido usada, ora com sentido pejorativo para descrever uma invasão indevida nas esferas de atuação dos poderes da República, atuando de forma política e protagonizando o que tem sido chamado de “Juristocracia”; Ora tem sido usada para descrever as ações hercúleas de juízes que trabalham arduamente para suprir deficiências e lacunas da lei, frente às demandas da sociedade, quase que como por um ato legislativo através de um processo judicial, visando positivação ou a garantia de um direito constitucional. Mas para além desta dicotomia, a complexidade e as nuances do que pode ser configurado, descrito e classificado como ativismo judicial é tema profundo e difícil. Matérias como Teoria do Direito, Hermenêutica Jurídica, Legitimação Política, Capacidade Política, Judicialização da Política e Politização da Justiça são algumas das esferas envolvidas no escopo da expressão ativismo judicial.

De forma geral e introdutória, à guisa de nortear a pesquisa aqui apresentada, neste trabalho, buscar-se-á respostas para aquilo que de forma latente, para o brasileiro, o

ativismo judicial representa, ou seja, por um motivo ou por outro, as principais percepções deste fenômeno, desembocam na conclusão que o mesmo acontece em função da deslegitimação da Política e seus autores, em relação à sua tarefa essencial, para a qual foram escolhidos através do sufrágio nacional, de buscar a realização dos valores, anseios e objetivos determinados pela sociedade brasileira e que emanam do cotidiano desse povo como necessidades a serem supridas. A Política, os agentes e os sistemas de governo, carcomidos pela corrupção acabaram por se tornar, meramente, sinônimos de defesa de interesses pessoais, partidários, e mercantilistas que ofendem os valores da república, e nesse contexto, o poder judiciário será partícipe ou solução para as demandas dele decorrente? Quais as causas do ativismo judicial no Brasil? Defesa, correção, modulação, normatização e consolidação de direitos constitucionais ou Juristocracia? Quais as consequências? Preservação e legitimação da democracia ou insegurança jurídica? Estas são as perguntas que esta pesquisa pretende responder através de pesquisas bibliográficas e da análise de casos concretos de ativismo judicial e suas consequências.

1. O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial com todo o seu amplo sentido e desdobramentos é um tema polêmico e complexo que remonta à história do poder judiciário em várias nações. De forma geral e superficial o termo se refere à prática dos juízes de interpretar a lei e tomar decisões que vão além da mera aplicação das normas legais, na maioria das vezes buscando promover mudanças sociais ou corrigir injustiças. O termo é frequentemente usado de forma pejorativa por aqueles que acreditam que os juízes estão excedendo seus poderes constitucionais. (RAMOS, 2015, p.106-140)¹

A história do ativismo judicial e da utilização dessa terminologia é longa, ampla e múltipla em seu uso e significado. Ao longo dos anos, diferentes teorias e perspectivas têm sido apresentadas, e normalmente o contexto político e social, sempre em constante mudança, nos diferentes períodos da história, em todos os diversos sistemas jurídicos presentes no mundo, são forças que influenciam a prática do ativismo judicial e, de igual forma, como ele é percebido e conceituado, o que torna a tarefa de defini-lo algo bastante complexo e desafiador. Portanto, a seguir, será apresentado alguns marcos importantes para a compreensão deste conceito.

1.1 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

O conceito de ativismo judicial pode ser explicado a partir de uma primícia básica: É a participação ativa e proativa dos tribunais na formulação de políticas públicas e na resolução de questões sociais relevantes. Esta atuação diferente do papel tradicionalmente passivo dos tribunais, que se limitava a interpretar a lei e aplicá-la a casos específicos, pois o ativismo judicial envolve a tomada de decisões mais abrangentes que vão além dos aspectos estritamente legais, muitas vezes preenchendo lacunas deixadas pelo poder

¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* / Elival da Silva Ramos. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p.106-140.

legislativo ou assumindo um papel mais ativo na proteção dos direitos fundamentais (BARROSO, 2009, p. 6)².

O ativismo judicial, em sua mais relevante função é fundamental na efetivação das normas constitucionais e principalmente dos direitos e garantias fundamentais. Mayra Marinho Miarelli e Rogério Montai de Lima afirmam sobre isso que:

Por “ativismo judicial” entende-se o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito. (MIARELLI, 2012, p.34).³

Conceituando também o termo ativismo judicial, Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma:

Ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional particular acerca da estrutura e do funcionamento da jurisdição constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos transcendentais dos limites ordinários do papel institucional do Poder Judiciário (CAMPOS, 2013, p. 551).⁴

O ativismo judicial pode se manifestar de diversas maneiras, como por exemplo:

- Interpretando a lei de forma ampla para atingir objetivos sociais e políticos desejados.
- Criando precedentes que influenciam decisões futuras e têm um impacto mais amplo na sociedade.

² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 6, jan./dez. 2009.

³ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 34.

⁴ CAMPOS, C. A. de A. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, A. L. F. et al. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodium, 2013. p. 541- 596.

- Suprindo a inércia legislativa ao tomar decisões em questões onde o poder legislativo não atuou.
- Agindo como um contrapeso ao poder executivo, quando acredita que as ações deste violam princípios constitucionais.

O ativismo judicial vai na contramão do que se pregava a respeito do judiciário em tempos mais antigos como na expressão "*bouche de la loi*"⁵. Em tempos passados o juiz ou tribunal deveria apenas citar os preceitos contidos em textos legais, ou seja, somente a lei. O ativismo judicial é, agora, uma liberdade consciente e prudente, com respeito aos princípios constitucionais, pautada na interpretação legal e com o fulcro supremo na efetivação de direitos contidos na Constituição, mesmo que os mesmos ainda apareçam apenas de forma principiológica. (RAMOS, 2015, p.106-140)⁶

1.1.1 A história do conceito de ativismo judicial

A história do ativismo judicial remonta a séculos de evolução do sistema judicial e político em diversos países. As origens do ativismo judicial podem ser rastreadas até o período iluminista do século XVIII, quando os teóricos do direito começaram a debater o papel do judiciário na sociedade. No entanto, a expressão "ativismo judicial" ganhou destaque no início do século XX nos Estados Unidos, especialmente com o crescente poder da Suprema Corte norte-americana.

A expressão "ativismo judicial" foi utilizada, pela primeira vez, em um artigo de um jornalista e historiador sobre a Suprema Corte americana. Isso ocorreu em 1947, em um artigo chamado na ocasião de "The Supreme Court: 1947"⁷, o referente artigo foi publicado na revista *Fortune* pelo historiador americano Arthur Schlesinger Jr.⁸ É importante registrar que a expressão foi usada inicialmente por um jornalista e não por um jurista ou dentro de um contexto jurídico. Na ocasião, o jornalista escreveu sobre o perfil dos nove juízes da

⁵ Significado: Boca da Lei.

⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* / Elival da Silva Ramos. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p.106-140.

⁷ SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, p. 201.

⁸ RAUPP, Mauricio Santos. *Ativismo Judicial: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49.

Suprema Corte norte-americana, classificando-os de acordo com seus julgados como ativistas judiciais em áreas diferentes e específicas. (VALLE, 2009, p.20)⁹

A partir deste artigo, dois marcos importantes podem ser percebidos e estudados na história do ativismo judicial nos EUA, classificadas como as eras do "ativismo judicial" e do "ativismo judicial conservador".

Schlesinger expôs o termo "ativismo judicial" em contraposição à "autorrestrrição judicial", e separou a Suprema Corte em dois grupos conformes suas divergências intelectuais: os ativistas e os autorrestritivos, liderados por Hugo Lafayette Blacke e Felix Frankfurter respectivamente. (SCHLESINGER, 1947, p.201).

A era do ativismo judicial, que ocorreu principalmente nas décadas de 1950 e 1960, foi marcada por decisões progressistas da Suprema Corte em questões de direitos civis, liberdades individuais e questões sociais. Por exemplo, a decisão histórica no caso "Brown vs. Board of Education" (1954) que declarou a segregação racial nas escolas inconstitucional, e foi vista como um exemplo de ativismo judicial em busca da igualdade e justiça social. Outro momento marcante foi o movimento dos direitos civis dos anos 1960 nos Estados Unidos, em que a Suprema Corte desempenhou um papel fundamental na expansão dos direitos e liberdades individuais. Por exemplo, no caso "Roe v. Wade" em 1973, o tribunal reconheceu o direito ao aborto como um direito constitucionalmente protegido, estabelecendo uma mudança na legislação e na sociedade. (STRECK, 2019, p.46)¹⁰

Por outro lado, a era do "ativismo judicial conservador" ganhou força nas últimas décadas do século XX e início do século XXI. Durante esse período, a Suprema Corte tomou decisões que restringiram alguns direitos civis e ampliaram o poder do governo em questões de segurança nacional e liberdades individuais. A nomeação de juízes mais conservadores e suas interpretações da Constituição como "originalistas"¹¹ ou

⁹ VALLE, Vanice Lirio do (org). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal – Laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 20.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional / Lenio Luiz Streck*. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.46.

¹¹ Os "originalistas" defendem que a interpretação da Constituição deve se basear nas intenções originais dos seus redatores ou no significado original das palavras no momento em que foram escritas. Os originalistas argumentam que os juízes devem evitar impor suas próprias interpretações ou valores contemporâneos à Constituição. Essa abordagem busca manter a estabilidade e a previsibilidade nas interpretações legais. SCALIA, Antonin. "A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law." Princeton University Press, 1997.

"textualistas"¹² foram associadas a esse tipo de ativismo judicial. (DWORKIN, 1992, p. 257-281)¹³

Atualmente a expressão "ativismo judicial" é frequentemente usada de forma política e pode ser interpretada de maneira positiva ou negativa, dependendo do ponto de vista. Alguns críticos do ativismo judicial argumentam que os juízes não devem tomar decisões com base em suas opiniões políticas ou morais, mas sim limitarem-se a interpretar a Constituição e as leis conforme redigidas. Já os defensores do ativismo judicial acreditam que, em algumas situações, o judiciário deve agir de forma mais ativa para proteger os direitos das minorias e corrigir injustiças que o poder legislativo pode não ter abordado adequadamente. (DWORKIN, 1992, p. 257-281)¹⁴

Embora o ativismo judicial possa ser visto como uma forma de garantir justiça e equidade em situações em que outros ramos do governo falharam ou estão inativos, também é alvo de críticas. Alguns argumentam que ele pode minar o princípio democrático, pois atribui aos juízes poderes que deveriam ser reservados aos representantes eleitos. Além disso, há preocupações com a falta de prestação de contas dos juízes ativistas, que não precisam se submeter ao escrutínio do voto popular.

1.1.2 O surgimento do conceito de ativismo judicial o Brasil

No Brasil, a utilização do termo e a conceituação local da expressão ativismo judicial teve sua origem no final do século XX, embora seja possível encontrar algumas manifestações anteriores em decisões isoladas. Contudo, foi com o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida como a "Constituição Cidadã", que se estabeleceram a oportunidade, o contexto e as bases para as manifestações desse fenômeno. A Constituição Federal de 1988 trouxe uma gama extensa de direitos e garantias fundamentais e conseqüentemente uma ampla abertura para a interpretação dos princípios que a norteiam, o que abriu espaço

¹² O textualismo concentra-se especificamente no texto da lei, buscando interpretar as palavras em seu sentido comum e em seu contexto legal, sem considerar as intenções ou objetivos subjacentes dos legisladores. Os textualistas argumentam que essa abordagem garante a imparcialidade na interpretação legal e evita que os juízes insiram seus próprios pontos de vista na lei. ESKRIDGE Jr., William N., Philip P. Frickey, e Elizabeth Garrett. "Legislation and Statutory Interpretation." Foundation Press, 2014.

¹³ DWORKIN, Ronald. "The Rise of the Imperial Judiciary." *The University of Chicago Law Review*, vol. 59, no. 1, 1992, pp. 257-281.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. "The Rise of the Imperial Judiciary." *The University of Chicago Law Review*, vol. 59, no. 1, 1992, pp. 257-281.

para os magistrados, no exercício hermenêutico de interpretação das leis, atuarem de forma mais ativa na defesa desses direitos.

A Constituição de 1988 atribuiu uma série de prerrogativas ao judiciário, impulsionando-o, irresistivelmente, a uma atuação contínua e presente na sociedade e, por consequência, com maior repercussão e publicidade através dos meios de comunicação; nota-se, por exemplo, todos os inúmeros casos em que o judiciário se faz necessário para assegurar direitos fundamentais que não encontram norma ou previsão legal em condições de lhes dar regulamentação.

O controle de constitucionalidade pode ser (MORAES, 2021, p. 814-829)¹⁵:

- O preventivo (aquele realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo e antes do projeto de lei ingressar no ordenamento jurídico)
- O repressivo, que será realizado sobre a lei e não mais sobre o projeto de lei, após o término de seu processo legislativo e seu ingresso no ordenamento jurídico

Existem dois sistemas ou métodos de controle judiciário de constitucionalidade repressivo (MORAES, 2021, p. 814-829):

- O controle concentrado, abstrato ou reservado ou de via de ação;
- O controle difuso, concreto ou aberto ou de via de exceção.

O controle concentrado, abstrato de constitucionalidade, onde procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade é, pois, o objeto principal da ação. No Brasil, após a promulgação da Constitucional de 1988 é ampla a possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, ferramentas que controlam de forma abstrata a constitucionalidade como: a ADI, a ADO, a ADC e a ADPF, não se incluem aqui o mandado de injunção¹⁶ e a ADI interventiva

¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora Atlas, 2021, p.814-829

¹⁶ Sustenta o STF que o mandado de injunção não é mecanismo apto a controlar a constitucionalidade pela via abstrata (concentrada), razão por que se excluiu essa ação do estudo ora manobrado, pois não faz parte

(conhecida como representação interventiva)¹⁷ pois são ações de natureza diversa, no bojo das quais as discussões (e a decisão) se dão diante de um caso concreto. O Controle abstrato de Constitucionalidade se constitui modalidade de controle de legitimidade constitucional das leis ou atos normativos com força de lei, e surgiu em solo brasileiro desde a Emenda Constitucional nº 16, de 1965¹⁸, à Constituição de 1946, e agora, recebeu um substantivo acréscimo no rol de legitimados ativos que hoje se encontram previstos no art. 103 do texto constitucional (MORAES, 2021, p. 814-829).

Quanto ao controle difuso ou concreto de constitucionalidade, que é exercido por qualquer juiz ou tribunal, todas as esferas normativas (leis ou atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais) estão sujeitas a este controle respeitada a competência do órgão jurisdicional, evidentemente. Também conhecido como controle por via de exceção, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição. Sobre essas possibilidades de controle de constitucionalidade difuso, afirmou Lenio Luiz Streck:

A Constituição de 1988 manteve a fórmula de controle misto de constitucionalidade (controle direto, “abstrato”, incidental, concreto), agregando a ação de

do controle abstrato e muito menos do processo objetivo. Nesse sentido o MI 575 AgR/DF, rel. Min. Marco Aurélio: “Mandado de injunção. Objeto. Perda. Uma vez editada a lei em relação à qual restou apontada omissão, tem-se a perda de objeto do mandado de injunção. Mandado de injunção. Inconstitucionalidade de norma. Controle concentrado. O mandado de injunção não é o meio próprio a lograr-se o controle concentrado de constitucionalidade de certa norma” (BRASIL. STF, MI 575 AgR/DF, Tribunal Pleno, Min. Marco Aurélio, j. 19.10.1998. Disponível em:

[<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=575&classe=MI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>]. Acesso em: 20 mar. 2014).

¹⁷ Concorde-se com a orientação de Saul Torinho Leal ao aduzir que “A ADI interventiva faz nascer um conflito entre partes. De um lado, a União, do outro, o Estado-membro violador da Constituição Federal. Há, portanto, uma lide. Além disso, há também partes muito bem definidas ocupando, cada uma, um polo da relação processual estabelecida. A Ação, portanto, é concreta, dando margem, inclusive, para contraditório e ampla defesa. Por esta razão, dissemos, na abertura do capítulo sobre controle concentrado de constitucionalidade, que o estudo sobre ADI Interventiva seria apartado do estudo dos demais instrumentos processuais inerentes ao controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque a ADI Interventiva se afasta da essência do controle concentrado e caminha em passos largos para o controle concreto de constitucionalidade” (LEAL, Saul Tourinho. *Controle de constitucionalidade moderno*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 439). Assim, conforme já enfatizado pelo autor, percebe-se isso claramente nos dispositivos da Lei 12.562/2011, que regulamenta a representação interventiva.

¹⁸ A Emenda Constitucional n. 16/65 alterou o art. 101 da Constituição de 1946, dispondo da seguinte forma: “Art. 2 - As alíneas c, f, i e k, passam a ter a seguinte redação: (...) k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Registre-se que a alínea “k” do art. 101 é onde estão definidas as competências do Supremo Tribunal Federal.

inconstitucionalidade por omissão, inspirada no constitucionalismo português e iugoslavo (de antes da desintegração da federação), a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF e a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, introduzida pela EC 3.1. Assim, a modalidade de controle difuso com remessa ao Senado foi mantida no texto, atravessando, pois, as Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969. Pelo controle difuso de constitucionalidade, permite-se que, no curso de qualquer ação, seja arguida/suscitada a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo, em âmbito municipal, estadual ou federal. Qualquer das partes pode levantar a questão da inconstitucionalidade, assim como também o Ministério Público e, de ofício, o juiz da causa. Afinal, não há questão de ordem pública mais relevante que a inconstitucionalidade de um texto normativo. (STRECK, 2019, p.155)¹⁹.

Tal ampliação de controle constitucional difuso, aumentou substancialmente a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação o seu meio natural de implementação. O debate sobre a constitucionalidade das leis, que antes de 1965 ficava concentrado no meio político, hoje concentra-se cada vez mais nas instâncias judiciais ordinárias, que estão em condições de exercer o controle difuso e, agora e cada vez mais, o debate sobre a constitucionalidade das leis, também e por fim, concentra-se naquilo que é decidido no juízo abstrato do Supremo Tribunal Federal (MORAES, 2021, p. 814-829).

A partir de então, uma das primeiras manifestações do ativismo judicial no Brasil ocorreu na área dos direitos sociais, especialmente com relação à saúde e educação. Os Juízes começaram a determinar ações específicas para garantir o cumprimento desses direitos constitucionais, como fornecimento gratuito de medicamentos e vagas em escolas públicas. Essas decisões muitas vezes eram baseadas em princípios constitucionais e ignoravam alegações de que as ações eram de responsabilidade do Poder Executivo.

A partir da Constituição de 1988, o ativismo do judiciário no Brasil ficou evidente no controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Através de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs), o STF pode interpretar a Constituição de forma expansiva e criar direitos, por vezes extrapolando os limites do texto constitucional (MORAES, 2021, p. 814-829).

Em continuidade a isso, outro marco importante no desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil foi a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que permite ao Supremo Tribunal Federal (STF) julgar a inércia do Poder Legislativo ou Executivo em

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional / Lenio Luiz Streck. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.46

cumprir determinadas obrigações constitucionais. Esse instrumento conferiu ao STF um poder significativo para intervir em questões de interesse público e corrigir omissões legislativas. Sobre isso, afirmou o ministro Gilmar Mendes:

Tal como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o processo de controle abstrato da omissão (ADO) não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir.²⁰

No desenvolvimento do tema nos próximos capítulos, notar-se-á que as críticas mais comuns ao ativismo judicial no Brasil é que sempre que ele acontece existe um forte risco de interferência no processo democrático, uma vez que questões importantes de política pública e social são decididas por juízes não eleitos, afastando essas decisões do escrutínio popular. Além disso, há também o temor de que o ativismo possa minar ou até mesmo enfraquecer o princípio da separação dos poderes, ao permitir que o Judiciário assuma funções típicas do Legislativo e do Executivo.

1.2 CIVIL LAW E COMMON LAW

O Ativismo Judicial é um tema que transcende as fronteiras das tradições jurídicas mais proeminentes no mundo: o *Civil Law* e o *Common Law*. Esses sistemas legais têm abordagens distintas em relação ao papel dos juízes e à interpretação das leis, o que pode influenciar a forma como o ativismo judicial é praticado em cada um deles.

1.2.1 Civil Law

No *Civil Law*, que é predominante em grande parte da Europa continental e em muitos países da América Latina, a lei é codificada e baseia-se em textos legislativos explícitos e escritos. As decisões judiciais são geralmente fundamentadas na interpretação estrita da

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3682. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 mai. 2007 DJ de 06/09/2007.

legislação, deixando pouco espaço para a criação de novos direitos ou a implementação de mudanças significativas através do Judiciário. Tradicionalmente, o ativismo judicial tem sido menos comum no sistema *Civil Law*, uma vez que os juízes são vistos como aplicadores da lei e não como legisladores.

A origem da *Civil Law* remonta à Roma Antiga, onde foram desenvolvidas leis escritas que regulavam diversos aspectos da vida civil. O mais notável desses códigos foi o "*Corpus Juris Civilis*"²¹ ou "Código de Justiniano", compilado no século VI sob a supervisão do imperador bizantino Justiniano I. Este código unificou as leis romanas existentes e estabeleceu os fundamentos para muitos dos princípios que ainda hoje são aplicados no sistema da *Civil Law* (VENOSA, 2022, p. 57)²²

Após a queda do Império Romano, o Código de Justiniano teve um impacto duradouro em todo o continente europeu. A tradição jurídica romana influenciou a elaboração de códigos legais em várias regiões e países, como o Código de Napoleão na França, promulgado em 1804²³. Esse código se tornou um modelo para muitos outros países europeus e desempenhou um papel fundamental na difusão da *Civil Law* em todo o mundo.

Uma característica fundamental da *Civil Law* é a ênfase na legislação escrita. Os códigos civis são elaborados pelos legisladores e contêm regras gerais que regem as relações entre os cidadãos, como contratos, propriedade, responsabilidade civil e família. Esses códigos são atualizados e modificados ao longo do tempo para se adaptarem às mudanças sociais e econômicas. Sobre isso afirma Carlos Roberto Gonçalves: "A tradição do sistema da *Civil Law* enfatiza a busca pela aplicação do direito de forma uniforme, sistematizada e lógica, buscando solucionar os conflitos por meio da aplicação do ordenamento jurídico" (GONÇALVES, 2021)²⁴.

Além disso, a *Civil Law* é caracterizada pelo papel importante dos tribunais na interpretação e aplicação das leis. Os juízes têm a responsabilidade de analisar os casos e decidir com base nas leis conforme afirma Miguel Reale:

²¹ O "*Corpus Juris Civilis*" ou "Código de Justiniano" é uma das mais importantes compilações de leis da história do direito. Elaborado no século VI, durante o reinado do imperador Justiniano I, o Código de Justiniano reuniu e sistematizou diversas leis romanas em quatro principais obras: o "*Institutas*", o "*Digesto*", o "*Código*" e as "*Novelas*".

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

²³ CASTOR, Suzana. O legado de Napoleão: 200 anos do Código Civil. *Revista de História da Biblioteca Nacional*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 52, p. 54-57, jun. 2010.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. "*Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*". São Paulo: Saraiva, 2021.

A Civil Law é uma sistematização do direito que visa à compilação e ao encadeamento lógico dos preceitos concernentes às relações jurídicas, de maneira que se forme um conjunto harmônico de princípios e regras, onde todas as partes se interpenetram e se condicionam reciprocamente. (REALE, 2003)²⁵

Outra característica distintiva da *Civil Law* é o uso extensivo de doutrinas legais e doutrina jurídica para auxiliar na interpretação das leis. Os doutrinadores são acadêmicos e juristas que estudam e escrevem sobre a lei, fornecendo análises e comentários que ajudam a moldar a interpretação e a evolução do sistema legal.

1.2.2 Common Law

A Common Law, traduzida como "Direito Comum" em português, é um sistema jurídico que se baseia em decisões judiciais anteriores e na aplicação de precedentes para resolver casos futuros. É uma abordagem legal desenvolvida principalmente em países de tradição anglo-saxônica. Oficialmente o sistema é adotado por mais de 54 países do mundo, sendo os principais: Austrália, Nova Zelândia, Quebec, Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Guiana, Trinidad e Tobago, Barbados e os Estados Unidos da América (em sua maioria, exceto a Louisiana) (CAPELARI, 2002, p.51)²⁶.

A origem da *Common Law* remonta à Inglaterra medieval, no período pós invasão normanda em 1066. Antes dessa época, a justiça era administrada de forma descentralizada, variando conforme as diferentes regiões do país. Contudo, os reis normandos buscaram estabelecer um sistema legal mais unificado e centralizado. Com a coroação de William I (Guilherme, o Conquistador) em 1066, houve uma necessidade de unificar a aplicação da lei em todo o país.

Para isso, enviaram juízes itinerantes para percorrer o reino com o objetivo de padronizar as decisões e aplicar a lei de forma consistente. Ao longo do tempo, os tribunais ingleses começaram a seguir as decisões uns dos outros, formando assim precedentes que deveriam ser seguidos em casos similares no futuro. Isso levou ao desenvolvimento do

²⁵ REALE, Miguel. "Lições Preliminares de Direito". São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁶ RUDOLFO, Rafael Nunes Pires. Da Common Law ao Ativismo Judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica -ISSN 1980-7791

conceito de "*stare decisis*"²⁷, que significa "*manter-se pelas decisões anteriores*". Esse princípio é uma característica distintiva do sistema da *Common Law* e é o que fornece sua estabilidade e previsibilidade.

Para chegar a isso, uma das contribuições mais importantes de Guilherme para a Inglaterra foi o estabelecimento do sistema legal conhecido como "*Common Law*". Antes de sua chegada, a Inglaterra era governada por uma mistura complexa de leis locais e costumes tribais, conhecida como (*customary law*), ou seja, "direito consuetudinário". Guilherme buscou consolidar o poder central e padronizar a aplicação da lei em todo o reino.

Como já foi observado, ele nomeou juízes reais itinerantes, conhecidos como "*Justices of Assize*"²⁸ para viajar pelo país e aplicar as leis do rei em lugar das leis locais. Esses juízes levavam consigo os julgamentos e decisões da corte central, criando precedentes legais que deveriam ser seguidos em casos semelhantes. Essa prática estabeleceu a base para o desenvolvimento da *common law* inglesa, que se baseia em precedentes e na aplicação consistente das leis em todo o reino.

Conforme ensina René David ao fazer um breve resumo no que tange a evolução histórica da *Common Law*:

"Podem reconhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da common law, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da common law, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas regras de equidade. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a common law deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração." (DAVID, 1998, p. 283-284)²⁹

²⁷ "Stare decisis" é um princípio fundamental do sistema jurídico da common law. O termo em latim significa "manter o que foi decidido" ou "manter os precedentes". Ele refere-se à prática de os tribunais se basearem em decisões judiciais anteriores para tomar decisões em casos similares no futuro. Isso contribui para a consistência, previsibilidade e evolução gradual do direito no sistema de common law.

²⁸ "Justices of Assize" eram juízes itinerantes que faziam parte do sistema legal inglês medieval e renascentista. Eles eram responsáveis por viajar por diferentes condados para presidir julgamentos criminais importantes, como casos de assassinato, estupro e outros crimes graves. Os Juízes de Assize eram encarregados de garantir que a justiça fosse feita de forma imparcial e consistente em todo o país. Os Juízes de Assize desempenhavam um papel crucial na administração da justiça na Inglaterra pré-moderna.

²⁹ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

A *common law* gradualmente substituiu muitas das leis locais e regionais, tornando-se a base do sistema jurídico inglês e, posteriormente, influenciando fortemente outros sistemas jurídicos em todo o mundo. A *common law* é caracterizada por sua adaptabilidade e evolução ao longo do tempo, à medida que novos casos são julgados e novos precedentes são estabelecidos.

Ao longo dos séculos, a *Common Law* evoluiu e se expandiu para diferentes partes do mundo, influenciando sistemas jurídicos em muitos países. Alguns dos principais desdobramentos e características da *Common Law* incluem:

- **Precedentes e *Stare Decisis*:** Um dos pilares fundamentais da *Common Law* é o uso de precedentes para tomar decisões em casos semelhantes. O princípio do "*stare decisis*" significa que as decisões judiciais anteriores devem ser seguidas e respeitadas pelos tribunais ao decidir casos futuros.
- **Equidade:** Além da *Common Law*, a Inglaterra desenvolveu um sistema paralelo conhecido como "*Equity*"³⁰ (SPENCER, 2019)³¹, que permitia que tribunais chancelassem decisões baseadas em princípios de justiça e equidade, mesmo quando não havia precedentes estritos. A fusão entre *Common Law* e Equidade, conhecida como "fusionismo", ocorreu em meados do século XIX e é vista em muitos países que seguem o sistema da *Common Law*.
- **Papel dos Tribunais:** Na *Common Law*, os tribunais têm um papel crucial na formulação do direito, à medida que suas decisões estabelecem precedentes e criam regras que orientam futuros julgamentos. Isso contrasta com sistemas jurídicos baseados em leis codificadas, onde o papel dos tribunais é mais limitado.
- **Jurados:** O sistema da *Common Law* também é conhecido por empregar júris em muitos casos criminais e civis. Os jurados são compostos por cidadãos leigos que auxiliam o juiz na análise das provas e na tomada de decisões.
- **Desenvolvimento Evolutivo:** A *Common Law* é um sistema dinâmico que evolui com o tempo. À medida que novos casos são julgados, os tribunais podem

³⁰ O sistema jurídico conhecido como "Equity" (equidade) é um componente complementar do sistema de common law, especialmente presente em países como o Reino Unido e suas antigas colônias. Enquanto o common law se baseia fortemente em precedentes judiciais, a equidade é um conjunto de princípios e regras que buscam atingir a justiça em casos em que o common law não oferece uma solução adequada. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.

³¹ SPENCE, Lyndsay M. *Equitable Remedies: Substantive, Procedural, and Tax*. Thomson Reuters, 2019.

reinterpretar ou desenvolver conceitos legais para se adaptarem às mudanças sociais e tecnológicas.

Ainda sobre este sistema jurídico, Marinoni destaca:

Aliás, na tradição do common law inglês, o Parlamento considerava as decisões proferidas pelas Cortes nos casos concretos para, a partir delas, precisar e delinear a lei decorrente da vontade comum. Interessante perceber que exatamente aí surge uma primitiva noção de *due process of law*, visto como o caminho a ser seguido para a elaboração da lei ancorada nos costumes. (MARINONI, 2010, p. 35)³²

Mas, além de todas estas características, é importante notar que a *Common Law* também é complementada por estatutos promulgados pelo legislativo. Embora os tribunais sejam responsáveis por interpretar e aplicar a lei, o poder de legislar continua sendo uma prerrogativa dos órgãos legislativos.

1.2.3 O ativismo judicial na *Civil Law* e *Common Law*

O ativismo judicial em ambos os sistemas pode assumir várias formas. Por exemplo, no *Common Law*, pode-se observar juízes interpretando leis de maneira mais ampla para proteger os direitos individuais, expandindo a noção de igualdade ou garantindo liberdades fundamentais. No *Civil Law*, o ativismo judicial pode ocorrer quando os tribunais enfrentam lacunas na legislação e precisam tomar decisões para preenchê-las, ou quando se deparam com casos de grande repercussão social e política.

Apesar das diferenças, os dois sistemas podem aprender com o outro quando se trata de ativismo judicial. O *Civil Law* pode se beneficiar de uma abordagem mais flexível, permitindo que os tribunais tomem decisões mais adequadas aos contextos específicos de cada caso. Ao mesmo tempo, o *Common Law* pode aprender com o *Civil Law* a valorizar a importância da estabilidade e da previsibilidade na aplicação das leis.

Em resumo, o ativismo judicial é um fenômeno presente tanto no *Civil Law* quanto no *Common Law*, embora em graus diferentes, devido às características distintas desses sistemas legais. Independentemente da tradição jurídica, o papel do judiciário na sociedade

³² MARINONI, Luiz Guilherme. A força dos precedentes. Salvador - BA: Editora Podivm, 2010, p. 35.

é crucial para garantir a proteção dos direitos e a justiça, mas deve ser exercido com equilíbrio e responsabilidade para evitar desequilíbrios ou excessos de poder.

1.3 COMMON LAW E O CONSTITUCIONALISMO NORTE AMERICANO

A Common Law e o constitucionalismo Norte Americano são dois pilares fundamentais do sistema legal dos Estados Unidos. A *Common Law* é um sistema jurídico baseado em precedentes judiciais, enquanto o constitucionalismo Norte Americano é um conjunto de princípios e valores estabelecidos na Constituição dos Estados Unidos.

A *Common Law* é um sistema de direito desenvolvido ao longo dos séculos na Inglaterra e adotado pelos Estados Unidos. Ele se baseia em decisões judiciais anteriores, conhecidas como precedentes, que são aplicados a casos similares no futuro. Essa abordagem enfatiza a importância da coerência e consistência nas decisões judiciais e permite que o sistema legal evolua gradualmente, adaptando-se às mudanças sociais e tecnológicas. A Suprema Corte é especialmente relevante na aplicação da *Common Law* no sistema jurídico americano. Suas decisões estabelecem precedentes que devem ser seguidos pelos tribunais inferiores em casos futuros. Esse sistema de "*stare decisis*" (respeito aos precedentes) garante a consistência e previsibilidade do direito, permitindo que a jurisprudência evolua gradualmente ao longo do tempo. (DWORKIN, 1986)³³

A Common Law é complementada pela legislação estatutária, que é promulgada pelo poder legislativo. No entanto, mesmo com a legislação estatutária, os tribunais têm a autoridade de interpretar a lei e tomar decisões com base nos princípios da *Common Law*. Isso significa que os tribunais têm um papel ativo na definição do direito e na sua aplicação em casos específicos.

Por sua vez, O constitucionalismo norte-americano está enraizado na Constituição dos Estados Unidos, que é a lei suprema do país. Mas para que a Common Law e o Constitucionalismo norte americano coexistissem harmonicamente, durante um longo período da história norte americana, muito desenvolvimento legal e jurídico foi necessário.

³³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.

Sir Edward Coke³⁴ é provavelmente um dos personagens principais nesta história. É praticamente certo que transposição do *common law* inglês à América do Norte se deve a Sir Edward Coke, o incansável jurista inglês que, viu na *common law*, mais que no Parlamento, a garantia mais eficaz contra o absolutismo.

O caminho americano, no âmbito constitucional, foi trilhado nos desdobramentos do conflito entre duas concepções distintas da extensão do poder legislativo: De um lado a concepção propagada por Sir Edward Coke e Locke, de um poder legislativo limitado, e do outro a concepção defendida por Sir William Blackstone³⁵ e Hobbes, do legislativo *legibus solutus*³⁶; De forma resumida, conforme estudos realizados por Nicola Matteucci: Por um lado, as constituições americanas previam toda uma série de direitos aos cidadãos, mas não traziam consigo nenhuma previsão legal de algum remédio constitucional se caso as assembleias os violassem; por outro lado, a Constituição Federal não previa procedimentos que permitissem resolver os sempre possíveis conflitos entre Estados e Estado Federal, uma vez haviam repartido a soberania sobre o mesmo povo. Portanto, se fazia necessário encontrar um árbitro, tanto para limitar o legislativo, como também equilibrar esta nova força de divisão de poderes entre as assembleias Estatais e as assembleias Federais, arbítrio esse, capaz de garantir plena eficácia às normas da constituição, que atribuíam direitos e deveres tanto aos Estados como ao Estado Federal. E foi precisamente na busca desse árbitro que se assentaram as linhas do constitucionalismo americano que concederam aos tribunais judiciais a função de não aplicar as leis que fossem produzidas no âmbito da onipotência do parlamento se as

³⁴ Sir Edward Coke (1552-1634) foi um renomado jurista, político e membro do parlamento inglês durante o período da dinastia Tudor e dos primeiros anos da dinastia Stuart. Ele nasceu em Mileham, Norfolk, Inglaterra, em 1º de fevereiro de 1552, estudou no Trinity College, em Cambridge, e depois ingressou no Inner Temple, uma das quatro associações de advogados de Londres. Sua carreira jurídica começou a se destacar na década de 1580, quando foi nomeado juiz do Tribunal Comum Pleas e, posteriormente, do Tribunal do Rei. Coke é amplamente conhecido por seu papel fundamental no desenvolvimento e consolidação do sistema jurídico da Common Law na Inglaterra e em suas colônias, incluindo a América do Norte. Thomas, A. P. (2018). *Origins of the Common Law in the United States*. Routledge.

³⁵ Sir William Blackstone (1723-1780) foi um jurista e professor de direito inglês que desempenhou um papel fundamental no desenvolvimento do sistema jurídico da Common Law. Sua obra mais conhecida, "Comentários sobre as Leis da Inglaterra" ("Commentaries on the Laws of England"), publicada entre 1765 e 1769, é considerada uma das mais influentes e importantes na história do direito. Blackstone, William. "Commentaries on the Laws of England." Oxford: Clarendon Press, 1765-1769.

³⁶ A expressão em latim pode ser traduzida como "liberto das leis" ou "não sujeito às leis". Essa expressão é frequentemente usada para descrever um indivíduo ou uma autoridade que está acima das leis ou que acredita estar acima das regras que se aplicam ao restante da sociedade, uma expressão que se aplicava ao poder da coroa num sistema monárquico.

mesmas fossem anticonstitucionais, bem como da mesma maneira, contra o perigo de um abuso de poder por parte das diversas assembleias coexistentes sobre um mesmo território, se atribuía ao poder judicial. (MATTEUCCI, 1998, p. 182)³⁷

A Constituição americana, joia fundamental do seu constitucionalismo foi redigida em 1787 e entrou em vigor em 1789, e é considerada uma das mais antigas e duradouras constituições escritas do mundo. A Constituição estabelece um sistema de governo dividido em três ramos: o executivo, o legislativo e o judiciário. Cada ramo possui poderes e responsabilidades específicas, e há um sistema de *checks and balances*³⁸ (freios e contrapesos) para garantir que nenhum ramo exerça poder excessivo.

A Constituição também estabelece os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, como a liberdade de expressão, religião e imprensa, o direito ao devido processo legal e o direito de portar armas. Esses direitos são protegidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que tem a autoridade de revisar as leis e determinar sua constitucionalidade.

1.4 COMMON LAW E O ATIVISMO JUDICIAL NORTE AMERICANO

A base do sistema *Common Law* é o precedente judicial, ou seja, decisões tomadas em casos anteriores que servem como orientação para casos futuros semelhantes. Esses precedentes ajudam a estabelecer um conjunto de princípios legais que se acumulam e evoluem gradualmente à medida que novas questões jurídicas surgem e são resolvidas pelos tribunais. Portanto, a *Common Law* é caracterizada pela flexibilidade e adaptabilidade, permitindo que a lei se ajuste às mudanças sociais e tecnológicas ao longo do tempo. No entanto, a natureza evolutiva da *Common Law* também pode abrir espaço para o ativismo judicial. Os ativistas judiciais frequentemente baseiam suas decisões em

³⁷ MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de F. J. Ansuatpegui Roig e M. Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998, p.182.

³⁸ O sistema de "checks and balances" (freios e contrapesos) é um conceito fundamental na teoria política e governamental que visa evitar a concentração excessiva de poder em qualquer um dos ramos do governo, garantindo assim um equilíbrio de poderes e protegendo os direitos e liberdades individuais. No sistema de "checks and balances", os diferentes ramos do governo (executivo, legislativo e judiciário) têm a capacidade de limitar e controlar uns aos outros, impedindo que um ramo se torne dominante ou opressivo. Cada ramo tem suas próprias funções e poderes, mas também possui mecanismos para controlar os outros ramos e evitar abusos de poder. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. "O Federalista". Editora Vozes, 2003.

princípios constitucionais e morais, buscando proteger os direitos individuais e corrigir o que consideram injustiças sociais.

Historicamente, as decisões dos tribunais desempenharam um papel fundamental na evolução do direito americano, uma vez que não havia um código legal unificado e abrangente que pudesse cobrir todas as situações possíveis. Nesse sentido, a *Common Law* permitiu aos tribunais desenvolverem princípios e regras com base nas circunstâncias específicas de cada caso, estabelecendo precedentes para julgamentos futuros.

Sobre o modo de aplicação dos precedentes em diferentes instancias nas cortes americanas, afirma Lenio Luiz Streck:

No que tange à doutrina do *precedent* no sistema americano, deve ficar claro que a autoridade obrigatória é a das decisões dos tribunais superiores da mesma jurisdição e das decisões do próprio tribunal. Como não se é de esperar que o Tribunal inferior ignore uma decisão anterior do tribunal superior na mesma jurisdição, com poder de revisão, o que interessa saber é até que ponto um tribunal seguirá uma de suas próprias decisões anteriores. A questão é posta ao ser tomada uma decisão isolada, pois, embora o peso da autoridade persuasória varie em número de decisões análogas, basta uma decisão anterior para constituir precedente. Para resolver tal problemática é importante distinguir entre decisão, conhecida no sistema americano como *holding* (no direito inglês se chama *ratio decidendi*), e fundamento, chamada pelos americanos de *dictum*. (STRECK, 2019, p.35)³⁹

Diante disso, no contexto norte americano, é possível perceber nitidamente a relação entre a *common law* e o ativismo judicial através de como os precedentes são estabelecidos e mantidos. Os tribunais inferiores são obrigados a seguir as decisões de tribunais superiores em casos similares, criando assim uma hierarquia de jurisprudência. Quando os tribunais superiores assumem uma abordagem ativista, suas decisões podem ter um impacto significativo em áreas legais mais amplas e em questões de grande relevância social.

Por exemplo, no caso histórico de *Brown v. Board of Education* (1954)⁴⁰, a Suprema Corte dos Estados Unidos adotou uma postura ativista ao declarar que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional. Essa decisão rompeu com o precedente anterior e

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional* / Lenio Luiz Streck. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.35.

⁴⁰ TESTONI, Mariana Atala. O caso *Brown vs. Board of Education* e o direito como integridade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5923, 19 set. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68358>. Acesso em: 23 jun. 2023.

teve um impacto profundo na sociedade americana, acelerando o movimento pelos direitos civis.

No entanto, o ativismo judicial também tem seus críticos tanto em solo norte americano quanto em outros países nas américas, que argumentam que essa abordagem viola o princípio da separação dos poderes, já que questões que deveriam ser decididas pelo legislativo são deixadas a cargo dos tribunais. Além disso, muitos acreditam que o ativismo judicial enfraquece a democracia ao permitir que juízes não eleitos tomem decisões políticas fundamentais que deveriam ser de responsabilidade dos representantes eleitos pelo povo (DWORKIN, 2000, pgs. 17-52).⁴¹

1.5 A CIVIL LAW E O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

No Brasil, a influência do Constitucionalismo Brasileiro se faz presente na estruturação do sistema jurídico. A primeira Constituição do Brasil foi promulgada em 1824, após a independência do país de Portugal, estabelecendo o regime monárquico. Porém, foi apenas com a Constituição de 1891, após a Proclamação da República, que o país passou a adotar um sistema constitucional mais sólido e democrático.

Ao longo do século XX, o Brasil enfrentou períodos de instabilidade política e mudanças constitucionais. A Constituição de 1934, por exemplo, foi influenciada pelas ideias do movimento constitucionalista europeu da época, e a Constituição de 1946 buscou consolidar a democracia após a ditadura do Estado Novo.

Contudo, a Constituição que mais marcou a história recente do Brasil é a promulgada em 1988, conhecida como a "Constituição Cidadã", assim batizada no ato de sua promulgação, pelo então deputado Ulisses Guimarães. Ela é considerada uma "Constituição Dirigente" e adota princípios fundamentais do Estado de Direito e da democracia. Essa Constituição estabelece as bases para a legislação infraconstitucional e exerce um papel importante na hierarquia das leis. A Constituição de 1988 também trouxe importantes avanços em relação

⁴¹ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, 2000.

à proteção ambiental, aos direitos indígenas e à descentralização do poder por meio dos municípios. (CANOTILHO, 2018, p.68).⁴²

Em relação ao sistema jurídico, o Brasil adota predominantemente a Civil Law. Seus códigos estatutários, como o Código Civil e o Código Penal, são fundamentais para regular uma ampla gama de relações jurídicas no país.

A relação entre a Civil Law e o Constitucionalismo Brasileiro ocorre principalmente no âmbito da interpretação e aplicação das leis. Embora a Civil Law seja pautada principalmente na legislação codificada, é necessário que essas leis estejam em conformidade com a Constituição Federal. Caso haja conflito entre uma lei civil e um princípio constitucional, prevalecerá a norma constitucional.

Assim, o Constitucionalismo Brasileiro exerce uma função importante no controle de constitucionalidade das normas jurídicas no país. O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão responsável por garantir a supremacia da Constituição, podendo declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que afrontem os princípios fundamentais estabelecidos na Carta Magna. Dessa forma, a Constituição atua como um filtro de validade para as leis civis e demais normas jurídicas.⁴³

O Ministro Luiz Roberto Barroso afirma:

O plano da justificação política lida, substancialmente, com a questão da separação de Poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais. É no seu âmbito que se procuram resolver as tensões que muitas vezes se desenvolvem entre o processo político majoritário – feito de eleições, debate público, Congresso, Chefes do Executivo – e a interpretação constitucional. Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes – e.g., na declaração de inconstitucionalidade – como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação constitucional ou da integração das omissões constitucionais. É nesse ambiente que se colocam discussões como ativismo judicial e autocontenção, supremacia judicial, supremacia legislativa e populismo constitucional, dificuldade contramajoritária e soberania popular.⁴⁴

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes, ...[et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. Comentários à Constituição do Brasil – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, P. 68

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Editora Saraiva, 10ª Ed., 2022.

⁴⁴ IBIDEM, pg. 100

O Constitucionalismo Brasileiro também influencia a elaboração e a interpretação das leis civis. Os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição são considerados como diretrizes a serem seguidas na criação de normas civis. Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana presente na Constituição tem reflexos na legislação civil, orientando a proteção dos direitos individuais e a igualdade entre os cidadãos.

Em suma, a relação entre a Civil Law e o Constitucionalismo Brasileiro se dá na medida em que a legislação civil deve ser compatível com os princípios constitucionais estabelecidos na Constituição Federal. Essa relação garante a supremacia da Constituição como documento fundamental do ordenamento jurídico brasileiro e assegura que as leis civis estejam em conformidade com os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.⁴⁵

1.6 O PÓS-POSITIVISMO E O ATIVISMO JUDICIAL O BRASIL

O pós-positivismo é uma corrente filosófica e jurídica que surge como uma resposta crítica ao positivismo jurídico. Enquanto o positivismo entende o direito como um conjunto de normas criadas pelo legislador, o pós-positivismo busca superar essa visão estritamente formalista e considerar outros elementos, como os valores, princípios e o contexto social, na interpretação e aplicação do direito.

Essa abordagem pós-positivista valoriza a complexidade do fenômeno jurídico e reconhece que as normas jurídicas não podem ser aplicadas de forma mecânica, mas precisam ser interpretadas em consonância com os princípios e valores que permeiam o sistema jurídico e a sociedade.

Sobre esse tema afirmou Pedro Lenza:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora Atlas, 2021.

teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (LENZA, 2022, p.57)⁴⁶

Uma das consequências dessa visão é o fortalecimento do papel do juiz na tomada de decisões. No contexto do ativismo judicial, os juízes são instados a desempenhar um papel mais ativo na interpretação e aplicação do direito, podendo ir além das estritas normas legais para considerar outros elementos, como a jurisprudência, os princípios constitucionais, os tratados internacionais e a realidade social, para alcançar resultados mais justos e equitativos.

No Brasil, o pós-positivismo e o ativismo judicial ganharam destaque nas últimas décadas, especialmente no Supremo Tribunal Federal (STF), que é a mais alta corte do país. A interpretação mais ampla da Constituição, a consideração de princípios e valores na tomada de decisões e a maior abertura para o diálogo com outras áreas do conhecimento são algumas das características desse movimento.

Essa postura mais proativa dos magistrados tem sido motivada por diversas questões, incluindo a lacuna em algumas leis, a morosidade do Legislativo em enfrentar certos temas e a necessidade de proteger direitos fundamentais em face de pressões políticas. O professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos ainda categoriza o ativismo em 10 possíveis formas de ocorrências, a maioria de ordem não apenas legítima, mas também necessária ao sistema democrático:

- (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 (legislativo 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

⁴⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 57.

Executivo, indo além de puro e simplesmente anular 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 avançarem 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 referências 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, p. 355)⁴⁷

O Ministro Celso de Mello defendeu o ativismo judicial exercido pela Suprema Corte, justificando sua existência na “necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República”, sendo uma “necessidade institucional” quando a inércia do Poder Público “desrespeita a Constituição e ofende direitos que nela se fundam” (MELLO, 2010, p. 77).

Dentre as principais decisões do STF que demonstram o ativismo judicial no Brasil, destacam-se a ampliação dos direitos das minorias, como a garantia dos direitos LGBTQ+ e o reconhecimento das uniões homoafetivas. Além disso, a Corte também tem atuado em casos de grande repercussão social, como a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação e a autorização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

No entanto, as decisões ativistas do STF também têm sido objeto de críticas por parte de alguns setores da sociedade. Argumenta-se que, ao decidir questões que deveriam ser tratadas pelo Legislativo, o tribunal acaba extrapolando seu papel institucional e interferindo indevidamente no sistema político. Outros ainda argumentam que essa postura pode levar a uma judicialização excessiva da política e minar a separação dos poderes, uma vez que questões que deveriam ser decididas pelo Legislativo são cada vez mais transferidas para o Judiciário, o que tem sido visto como uma prática corrosiva ao equilíbrio dos três poderes da República.

⁴⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.355.

Entretanto, é possível afirmar que a confusão entre as funções de julgador-legislador, evocado pelo ativismo judicial pode colocar todo esse sistema democrático em xeque. Alertando nesse sentido o jurista José Joaquim Gomes Canotilho avalia:

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta das funções, dizendo-se simplesmente que uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de se saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. (CANOTILHO, 1998, p.559)⁴⁸

Sobre isso, nunca é demais lembrar o que foi defendido pelo Barão de Montesquieu:

[...] estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares [...] é uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a abusar dele salvo se, pelas disposições das coisas, o poder freie o poder. (MONTESQUIEU, 1994, p.25-26)⁴⁹

Em suma, o pós-positivismo e o ativismo judicial no Brasil representam uma busca por uma compreensão mais ampla e contextualizada do direito, permitindo que os juízes exerçam um papel mais ativo na proteção dos direitos fundamentais e na promoção da justiça.

Portanto, feita a análise preliminar da história do ativismo judicial, sua conceituação e apresentado o caminho percorrido de sua origem até que chegasse ao Brasil, é fácil concluir neste capítulo que o Ativismo Judicial é um tema muito mais abrangente e complexo do se imagina ou se comenta comumente.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 559.

⁴⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espírito das leis. Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 25-26.

2. CAUSAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Como já foi mostrado o ativismo judicial é um fenômeno complexo que ocorre quando o Poder Judiciário, de forma mais proativa e interpretativa, se envolve em questões que tradicionalmente seriam da esfera do Legislativo ou Executivo. No contexto brasileiro, o ativismo judicial tem se tornado uma prática frequente nas últimas décadas, despertando debates sobre suas causas e consequências para o sistema jurídico e político do país.

De forma geral e genérica as principais causas do ativismo judicial no Brasil podem ser atribuídas a fatores históricos, políticos, sociais e estruturais do sistema jurídico brasileiro. Dentre as principais causas, de acordo com os estudos feitos pelo Dr. Ivar Alberto Glasherster Martins Lange Hartmann⁵⁰, destacam-se:

Deficiências do Legislativo: O Congresso Nacional brasileiro tem enfrentado críticas constantes quanto à sua capacidade de legislar de forma eficiente e resolver questões sociais importantes. A falta interesse pelas questões relevantes à sociedade e não propriamente aos atores políticos associada a falta de agilidade e aprofundamento técnico nas leis aprovadas deixam lacunas, matérias importantes sem respostas ou soluções legais, o que acaba impelindo várias pautas às cortes superiores, o que provoca o Judiciário a tomar decisões para preencher essas falhas.

Judicialização da política: O Poder Judiciário no Brasil tem sido demandado para tomar decisões em temas que tradicionalmente seriam tratados pelo Poder Legislativo ou pelo Executivo. Essa judicialização ocorre devido à omissão dos demais poderes em tratar de questões complexas e controversas, transferindo para o Judiciário a responsabilidade de enfrentá-las, muitas vezes pela judicialização emanadas naturalmente das necessidades nascidas das relações sociais, outras vezes, pela própria transferência de responsabilidades dos outros poderes ao poder Judiciário.

Garantismo constitucional: Uma vez que a Constituição Federal de 1988 é considerada uma das mais garantistas do mundo, conferindo amplos direitos e garantias individuais aos cidadãos, a interpretação mais abrangente desses direitos e a preocupação com a proteção

⁵⁰ Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Público pela PUC-RS. Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School. Ex-Professor Associado e Pesquisador da FGV Direito Rio (2012-2020), onde coordenou o projeto Supremo em Números, o Núcleo de Ciência de Dados Jurídicos e o Centro de Tecnologia e Sociedade. Coordenador Executivo da Revista Direitos Fundamentais e Justiça (Qualis A2).

das minorias muitas vezes levam os juízes a adotarem uma postura ativista para fazer valer os princípios constitucionais.

Pressão social e midiática: Nas últimas décadas a sociedade brasileira está cada vez mais atenta aos problemas sociais e aos debates políticos o que tem demandado, sobre os poderes da República, ações concretas para resolvê-los. A popularização das mídias de comunicação e a democratização das informações através das múltiplas plataformas virtuais também desempenha um papel importante na divulgação de casos polêmicos e os debates em seu entorno, o que aumenta a pressão para que o Judiciário tome posições mais ativas e assertivas para dirimir questões que não são acudidas pelas normas nem pelos demais poderes.

Superação de obstáculos políticos: Em certos casos, o ativismo judicial pode ser visto como uma tentativa do Judiciário de contornar obstáculos políticos e promover mudanças em temas considerados essenciais. Isso pode ocorrer em contextos em que as reformas legislativas são politicamente inviáveis ou em situações de crise institucional. Com o ambiente polarizado que se estabeleceu no país, especialmente na última década, a falta de diálogo no ambiente político, a indisposição para o debate visando soluções e não beligerância associada ao caráter ideológico cada vez mais caracterizado nas siglas partidárias, impulsionam todos os debates às portas do judiciário em busca de respostas e soluções (DANTAS, 2011, pg 26-39).⁵¹

De forma mais detalha, entretanto, se faz necessário a análise dessas causas de forma mais detalhada para a compreensão do fenômeno do ativismo judicial no Brasil. Segue-se a partir deste ponto tal análise.

2.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO

O Neoconstitucionalismo é uma corrente teórica que surgiu no final do século XX e se consolidou como uma nova abordagem do Direito Constitucional. O jurista mexicano Miguel

⁵¹ DANTAS, Ivar Hartmann. A atividade político-jurídica do Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: limites e possibilidades. Revista do Direito Público, Londrina, v. 6, n. 1, p. 26-39, jan./abr. 2011.

Carbonell⁵² criou o termo neoconstitucionalismo, que agora está presente no direito brasileiro. Foi uma mudança do modelo estritamente legalista da Constituição para uma visão normativa, fortalecendo a jurisdição constitucional para proteger direitos fundamentais, mesmo sem a aprovação da maioria política eleita. No Brasil, o neoconstitucionalismo ganhou destaque a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, também conhecida como "Constituição Cidadã". Ao contrário das abordagens anteriores, que viam a Constituição como um mero documento político, o neoconstitucionalismo defende a ideia de que a Constituição é o centro do sistema jurídico, e deve ser interpretada e aplicada de forma a promover a concretização dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

Uma das principais características do neoconstitucionalismo é a valorização dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, a Constituição não é apenas um conjunto de normas jurídicas, mas sim um instrumento de garantia e proteção dos direitos humanos. Essa valorização dos direitos fundamentais reflete-se na adoção de técnicas de interpretação constitucional mais ampliativas, que buscam conferir maior efetividade aos direitos previstos na Constituição.

No neoconstitucionalismo, o protagonista principal é o magistrado, que figura como a porta de entrada jurídica para promover os interesses da população em geral em vez de subserviente aos interesses dos grupos privilegiados. Isso significa que os direitos fundamentais individuais, políticos, sociais e difusos são reconhecidos em várias dimensões. Todo esse arcabouço foi importante, não só para a consolidação do Poder Judiciário, mas também do Ministério Público. É a figura da filtragem constitucional do direito (SCHIER, 1999)⁵³

Além disso, o neoconstitucionalismo também traz consigo a ideia de uma jurisdição constitucional mais ativa. Isso significa que não apenas os magistrados, mas o próprio Poder Judiciário como um todo tem um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais e na fiscalização da constitucionalidade das leis. Os tribunais, especialmente

⁵² Miguel Carbonell, Doutor em Direito, pesquisador especialista na área de Direito Constitucional no Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México e Membro do Conselho Consultivo da CNDH (Comisión Nacional de los Derechos Humanos). Carbonell é autor de 33 livros, além de haver coordenado ou compilado outras 38 obras e publicado mais de 330 artigos em revistas especializadas e obras coletivas do México, Espanha, Itália, Inglaterra, Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Peru, Chile, República Dominicana e Uruguai.

⁵³ SCHIER, P. R. Filtragem constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999

o Supremo Tribunal Federal, adquirem um protagonismo maior na interpretação da Constituição e na definição de seu alcance e limites.

Diante do exposto, vale citar o que declarou o Ministro Luis Roberto Barroso ao escrever sobre o Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito brasileiro:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.(BARROSO, 2006)⁵⁴

2.1.1 Uma nova Hermenêutica judicial

É aqui que a uma nova hermenêutica judicial entra em cena. A hermenêutica é a ciência da interpretação, e a nova hermenêutica judicial é uma abordagem interpretativa que busca a atualização e adequação do direito à realidade em constante transformação.

A Nova Hermenêutica Judicial e o Neoconstitucionalismo estão interligados por diversos aspectos. Ambas as correntes buscam superar a visão formalista do Direito, atribuindo maior importância ao contexto e à finalidade das normas. A valorização dos princípios constitucionais é outro ponto de convergência entre essas abordagens, uma vez que ambos reconhecem a centralidade dos direitos fundamentais na construção de uma sociedade justa e democrática.

Essas correntes também compartilham a visão de que o processo interpretativo não pode ser pautado exclusivamente por critérios técnicos, mas deve levar em conta os valores, a ética e a realidade social. Assim, a interpretação das normas constitucionais deve considerar não apenas o texto, mas também os anseios e valores da sociedade em um dado momento histórico.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista da EMERJ, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006.

A Nova Hermenêutica Judicial e o Neoconstitucionalismo também podem ser avaliadas por seus aspectos positivos e negativos. A seguir serão elencados prós e contras à essas correntes (GALVÃO, 2014, p. 101-114)⁵⁵:

Pontos positivos:

- Atualização da legislação: A nova hermenêutica judicial permite que as decisões judiciais sejam mais adequadas às realidades sociais e mudanças da sociedade ao longo do tempo. Isso permite uma aplicação mais justa e efetiva da lei.
- Promoção dos direitos fundamentais: A abordagem valoriza a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, garantindo maior respeito aos princípios constitucionais e aos tratados internacionais de direitos humanos.
- Interpretação conforme a Constituição: Permite que normas infraconstitucionais sejam interpretadas de acordo com a Constituição, evitando conflitos com princípios e regras constitucionais.
- Flexibilidade: A nova hermenêutica judicial oferece maior flexibilidade na interpretação e aplicação da lei, o que é especialmente importante em casos complexos e novas situações não previstas pela legislação.
- Fortalecimento do Judiciário: Com a possibilidade de uma interpretação mais ampla e aberta, os tribunais têm mais liberdade para proteger os direitos fundamentais e promover a justiça em suas decisões.
- Pontos negativos:
- Subjetividade: A interpretação mais aberta e subjetiva da lei pode levar a decisões divergentes entre os juízes e tribunais, gerando insegurança jurídica e falta de previsibilidade nas decisões judiciais.
- Ativismo judicial: A abordagem da nova hermenêutica pode abrir espaço para decisões ativistas, em que os juízes assumem um papel mais ativo na formulação de políticas públicas, o que pode extrapolar suas funções e atribuições.
- Risco de arbitrariedade: A flexibilidade na interpretação da lei pode levar a uma maior discricionariedade dos juízes, possibilitando decisões baseadas em preferências pessoais, sem uma base jurídica sólida.

⁵⁵ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito / Jorge Octávio Lavocat Galvão. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 101-114.

- Dificuldade na aplicação uniforme da lei: A falta de critérios objetivos pode dificultar a aplicação uniforme da lei em todo o sistema jurídico, levando a diferentes entendimentos em casos semelhantes.
- Desvalorização do legislador: A ênfase na interpretação judicial pode diminuir a importância do papel do legislador na criação das leis, enfraquecendo o princípio da separação dos poderes.

Portanto, é notório que essas correntes têm o potencial de aprimorar a qualidade das decisões judiciais, aproximando o Direito das necessidades e expectativas da sociedade, mas também de gerar grande instabilidade e insegurança jurídica no país. Considerando a melhor e mais eficaz atuação do judiciário, naquilo que lhe cabe constitucionalmente, ao combinar uma interpretação dinâmica com o protagonismo da Constituição, é perfeitamente possível ao judiciário, a promoção de uma justiça mais próxima dos valores contemporâneos e dos desafios enfrentados pela humanidade.

Para isso é essencial, portanto, que o Neoconstitucionalismo seja equilibrado com o respeito aos princípios democráticos e à separação de poderes. O Judiciário deve agir de forma responsável e fundamentada, garantindo que suas decisões estejam em conformidade com a Constituição e as leis vigentes (BARROSO, 2003, p. 1-62).⁵⁶

2.2 INEFICÁCIA DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO

Uma das principais causas apontadas para o ativismo judicial no Brasil é a ineficácia dos poderes Legislativo e Executivo. À medida que a sociedade evolui, novas questões surgem para as quais não há legislação adequada. Isso significa que o Congresso Nacional e o governo não têm conseguido cumprir adequadamente suas funções constitucionais, o que acaba levando o Judiciário a suprir essa lacuna e atuar em questões que deveriam ser de competência dos outros poderes.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Trimestral de Direito Público, v. 44, p. 1-62, 2003.

2.2.1 No Poder Legislativo

O poder Legislativo é uma das peças fundamentais do sistema democrático, sendo responsável por criar, modificar e revogar as leis que regem a sociedade. No Brasil, o Congresso Nacional é o órgão legislativo que reúne a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. A incapacidade do poder legislativo de acompanhar o ritmo das mudanças sociais e tecnológicas tem sido apontada como uma das principais razões para o ativismo judicial (AMARAL, 2020, p. 42-56)⁵⁷.

O processo legislativo muitas vezes é lento, burocrático e sujeito a interesses políticos conflitantes, o que dificulta a aprovação de leis atualizadas e abrangentes para lidar com novos desafios. Conforme Figueiredo, no entanto, ao longo dos anos, tem sido comum observar problemas relacionados à ineficácia do poder Legislativo brasileiro, tais como (FIGUEIREDO, 2018, p. 67-72)⁵⁸:

- Fragmentação partidária: O sistema político brasileiro é caracterizado por uma elevada fragmentação partidária, o que dificulta a formação de maiorias coesas no Congresso Nacional e pode levar à instabilidade governamental.
- Morosidade legislativa: A tramitação lenta e burocrática dos projetos de lei muitas vezes atrasa a implementação de mudanças necessárias à sociedade.
- Falta de representatividade: Em algumas ocasiões, o Congresso Nacional não consegue representar adequadamente os interesses e anseios da população, resultando em leis desconectadas das demandas sociais.
- Baixa qualidade das leis: A produção de leis mal redigidas, contraditórias ou incompletas pode gerar interpretações dúbias e problemas na aplicação prática.
- Influência de interesses particulares: A atuação de grupos de pressão e o loteamento de cargos podem levar à aprovação de leis que privilegiam certos setores da sociedade em detrimento do interesse público.

⁵⁷ AMARAL Júnior, Alberto do. "A ineficácia do poder legislativo como fator gerador do ativismo judicial". *Revista Jurídica*, v. 15, n. 2, p. 42-56, 2020.

⁵⁸ FIGUEIREDO, A. C., & Limongi, F. (Eds.). *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. Editora FGV, 2018, p. 67-72.

2.2.2 No poder Executivo:

O Poder Executivo é responsável por executar as políticas públicas, implementar programas sociais e administrar a máquina pública, mas diversas questões têm dificultado o desempenho eficiente dessa função. Em função dessas limitações, a sociedade frequentemente recorre ao Judiciário para resolver questões que deveriam ser tratadas pelo Executivo. Por exemplo, temas relacionados à saúde, educação, meio ambiente, segurança pública e direitos sociais muitas vezes acabam sendo judicializados, colocando nas mãos dos juízes a responsabilidade de tomar decisões que deveriam ser de competência do poder Executivo.

O ativismo judicial, nesse contexto, surge como uma forma de os juízes intervirem na esfera política e legislativa, agindo além do papel tradicional de aplicar a lei a casos específicos.

Dentre os principais fatores que contribuem para a ineficácia do Poder Executivo no Brasil, Luiz Roberto Barroso destaca os principais (BARROSO, 2015, p. 223- 242)⁵⁹:

- **Corrupção e Má Gestão:** A corrupção e a má gestão têm sido problemas crônicos na administração pública brasileira. Desvios de recursos, favorecimento político e falta de transparência têm minado a capacidade do Executivo de implementar políticas de maneira eficaz e atender às demandas da sociedade.
- **Instabilidade Política:** A política brasileira frequentemente enfrenta instabilidades, como troca frequente de governantes e disputas políticas acirradas. Essa instabilidade pode prejudicar o planejamento e a continuidade de programas e projetos, impactando negativamente a eficácia das ações governamentais.
- **Burocracia e Lentidão:** A máquina pública muitas vezes é ineficiente e burocrática, dificultando a execução ágil de políticas públicas. Processos lentos e excesso de trâmites administrativos podem retardar a implementação de medidas importantes para a sociedade.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Direito GV, v. 11, n. 2, 2015, p. 223- 242.

- Excesso de Medidas Provisórias (MPs): O uso excessivo de Medidas Provisórias pelo Poder Executivo pode contornar a atuação do Legislativo, tornando-o menos relevante em algumas decisões políticas.
- A má distribuição de recursos: A escassez de recursos financeiros unida a má distribuição para as múltiplas frentes de trabalho é um problema recorrente para o Poder Executivo. Problemas na distribuição ou alocação dessas verbas pode limitar a capacidade de o governo investir em áreas prioritárias, deixando lacunas que o Judiciário muitas vezes busca preencher por meio de suas decisões.

Portanto, é obvio que a ineficácia dos poderes Legislativo e Executivo no Brasil tem sido um fator significativo que contribui para o ativismo judicial no país. A morosidade e a inabilidade política desses poderes em lidar com questões essenciais e resolver problemas sociais geram uma crescente pressão sobre o Judiciário para que atue como um substituto na formulação e implementação de políticas públicas. Enquanto o ativismo judicial pode ser uma resposta temporária para preencher lacunas e garantir direitos, é fundamental que o país busque fortalecer os poderes constituídos para que atuem de forma eficiente e eficaz, assegurando um equilíbrio saudável entre os três poderes do Estado.

2.3 A CONTENÇÃO FRENTE A DISFUNÇÃO DOS PODERES DA REPÚBLICA

Quando o poder executivo ou legislativo não consegue ou se recusa a agir de forma eficiente para resolver questões importantes ou tomar decisões cruciais, os tribunais podem sentir a necessidade de intervir. Essa intervenção pode ocorrer para proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, garantir o cumprimento da legislação ou corrigir omissões do poder executivo.

Uma das teorias que explica essa dinâmica é a "*teoria da disfunção constitucional*" proposta pelo jurista norte-americano Mark Tushnet⁶⁰ em seu livro "*Taking the Constitution Away*

⁶⁰ Mark Victor Tushnet (nascido em 18 de novembro de 1945) é um jurista americano. Ele é especialista em direito e teoria constitucional, incluindo direito constitucional comparado, e atualmente é professor de direito na Harvard Law School. Tushnet é identificado com o movimento de Estudo crítico do direito.

from the Courts" (TUSHNET, 1999)⁶¹. Tushnet argumenta que quando os outros ramos do governo estão disfuncionais ou politicamente paralisados, o poder judiciário pode ser visto como uma opção mais efetiva para abordar problemas prementes e responder a demandas sociais não atendidas.

A disfunção do poder executivo pode ocorrer quando a administração pública enfrenta problemas de gestão, corrupção, crises econômicas, ineficiência ou falta de liderança, resultando em uma incapacidade de implementar políticas públicas de forma adequada. Em tais situações, os tribunais podem ser chamados a intervir para garantir que os direitos dos cidadãos sejam protegidos e que as demandas sociais sejam atendidas.

Da mesma forma, a contenção do poder legislativo pode ocorrer quando o processo legislativo é obstruído por interesses partidários, falta de consenso ou até mesmo pela inércia política. A ausência de leis ou regulamentos atualizados pode levar a vazios legais e sociais, o que pode fazer com que os tribunais sejam mais proativos na definição de novos precedentes ou na aplicação de princípios legais mais amplos para resolver questões complexas.

Ademais, a contenção do poder legislativo ou executivo também pode estar relacionada ao conceito de "democracia defensiva", conforme discutido pelo cientista político Robert A. Dahl⁶² em *"On Democracy"* (DAHL, 1998)⁶³. Dahl defende que, em algumas situações, as cortes podem ser a única instituição capaz de proteger os princípios democráticos quando o poder executivo abusa de seu poder ou ameaça os direitos fundamentais.

No contexto brasileiro, a contenção do poder executivo também pode estar associada à crescente judicialização da política e ao acirramento de conflitos entre os poderes. A Constituição Federal de 1988 fortaleceu o Judiciário e concedeu ao Supremo Tribunal Federal (STF) um papel de destaque na proteção dos direitos fundamentais e na defesa da Constituição.

⁶¹ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 1999.

⁶² Robert Alan Dahl (17 de dezembro de 1915 – 5 de fevereiro de 2014) foi um cientista político norte-americano. Considerado o fundador da escola behaviorista em ciência política e formulador do conceito de "poliarquia". Lecionou na Universidade Yale, por 40 anos, até se tornar professor emérito.

⁶³ DAHL, Robert Alan. *On democracy* / Robert A. Dahl Yale University Press New Haven ; London 1998.

No entanto, o ativismo judicial também é objeto de críticas. Alguns argumentam que ele pode levar a uma interferência excessiva dos juízes na esfera política, minando a legitimidade democrática e usurpando o papel dos representantes eleitos.

Algumas das disfunções mais comuns são (AUGUSTO, 2016)⁶⁴:

- Legislativo Inerte: Quando o Poder Legislativo falha em cumprir sua função de elaborar leis e promover mudanças necessárias na legislação, os tribunais podem ser provocados a atuar para garantir os direitos fundamentais e a efetivação de normas constitucionais.
- Executivo Omissor: Se o Poder Executivo não executa suas responsabilidades, como por exemplo, não implementando políticas públicas essenciais, o Judiciário pode ser acionado para assegurar o cumprimento das obrigações constitucionais.
- Corrupção e Abusos: A disseminação da corrupção e abusos por parte dos poderes Executivo e Legislativo pode criar uma crise de legitimidade que leva os tribunais a intervir para proteger a Constituição e os direitos dos cidadãos.
- Falhas do Processo Político: Disputas políticas acirradas e dificuldades no processo decisório podem gerar impasses legislativos, fazendo com que o Judiciário seja instado a tomar decisões sobre questões controversas.

Em resumo, a disfunção e a necessidade de contenção do poder executivo ou legislativo é uma das causas fundamentais do ativismo judicial, levando os tribunais a intervir em questões políticas e sociais importantes. Essa dinâmica levanta questões complexas sobre o equilíbrio adequado entre os poderes e a proteção dos princípios democráticos.

2.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização, é um fenômeno em que questões que deveriam ser tratadas e resolvidas no âmbito político, principalmente pelo Poder Legislativo, acabam sendo levadas ao

⁶⁴ AUGUSTO, Marcio Gomes. Ativismo Judicial e Disfunção Constitucional: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 53, n. 211, jul./set. 2016.

Judiciário para uma decisão. Isso ocorre quando há uma falta de consenso político, uma lacuna legislativa ou quando determinados atos ou leis são considerados inconstitucionais.

Ran Hirshl⁶⁵, para melhor explicar a mecânica do movimento de judicialização da política, diferencia três fórmulas amplas de judicialização comuns à política:

- a) A disseminação do discurso, das normas e dos procedimentos jurídicos na esfera pública, do jargão jurídico, nos fóruns e nos processos de formulação de políticas, aproximando as práticas judiciais daquelas próprias da política como se ferramentas da política o fossem;
- b) A judicialização da formulação de políticas públicas e demandas sociais por meio de revisão judicial ordinária;
- c) A judicialização das demandas puramente políticas, ou seja, a transferência para os tribunais de assuntos de natureza e expediente político e a sua significância, incluindo a legitimidade do regime central e as questões de identidade coletiva que definem políticas inteiras. (HIRSCHL, 2003, p. 723).⁶⁶

Conforme a classificação feita por Ran Hirshl, a judicialização da política, naquilo que lhe é próprio, de natureza puramente política mesmo, ou ainda de caráter megapolítica (as controvérsias políticas centrais que definem políticas inteiras), inclui, por exemplo: a judicialização de processos eleitorais, ou ainda a revisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo naquilo que lhe é próprio como no planejamento macroeconômico e questões do âmbito da segurança nacional, ou ainda a corroboração judicial da transformação do regime e, sobretudo, a judicialização da identidade coletiva formativa, ideológica e até mesmo religiosa que compreende o processo de construção da nação com suas lutas políticas pela própria definição, ou seja, a razão da própria política. Quando todas essas áreas são levadas às cortes supremas por meio de instrumentos jurídicos, têm-se estabelecido um processo profundo de judicialização da política (HIRSCHL, 2003, p. 727)

⁶⁵ Ran Hirschl é um cientista político e estudioso do direito comparativo. Ele é o Distinguished Professor David R. Cameron de Direito e Política na Universidade de Toronto. Anteriormente, ocupou a Cátedra de Pesquisa do Canadá em Constitucionalismo, Democracia e Desenvolvimento na Universidade de Toronto.

⁶⁶ HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006. p. 723.

Conforme demonstram Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder, a judicialização política é uma combinação de vários elementos que influenciam o ambiente social e político das democracias modernas. A expansão deste fenômeno é causada pelos seguintes fatores: (1) A expansão dos regimes democráticos; (2) A concretização do princípio da separação dos poderes; (3) A expansão dos direitos fundamentais – com o aumento dos programas constitucionalmente estabelecidos por adoção por parte do poder público; (4) O desejo de certos grupos de levar a Cortes Constitucionais a tomar decisões quando, num cenário de debate público, é mais difícil a implementação de seus interesses; (5) A utilização das mesmas Cortes para se opor ao governo; (6) A incapacidade dos poderes representativos; e (7) A decisão deliberada do Judiciário sobre determinadas questões (VALLINDER, 1995).⁶⁷

Uma vez desencadeado o processo de judicialização da política no Brasil, tendência comum na maioria das democracias do mundo, cabe observar o que a provocou e suas consequências. Em solo brasileiro a judicialização da política tem sido motivada por uma série de fatores, incluindo a manipulação discursiva por parte dos políticos que transferem as questões impopulares ao poder judiciário a fim de se isentar do ônus das decisões, a falta de confiança nas instituições políticas, a ineficácia do sistema de representação política e a busca por soluções mais rápidas e efetivas para problemas públicos. Com isso, muitas questões políticas importantes têm sido levadas ao Judiciário, incluindo temas como direitos civis, sociais e ambientais, além de disputas eleitorais e até mesmo decisões administrativas.

Por esse motivo, nos fala o Professor André Ramos Tavares citando outros juristas:

Assim, o Poder Judiciário passou a ser, para usar a expressão de Boaventura Sousa Santos (2003), um “fiador da democracia” e, para isso, como observou Sálvio de Figueiredo Teixeira, “não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante dos destinos das nações, também responsável pelo bem comum, especialmente em temas como dignidade humana (...) Copartícipe, em suma, da construção de uma nova sociedade” (Teixeira, 2008: 143). [...] Na medida em que as decisões do Judiciário são capazes de produzir consequências profundas nas relações sociais, nos deveres estatais, na atuação dos governantes etc., é natural a intensificação da fiscalização sobre este “gigante” (Cappelletti) recém-desperto. Afinal, o controle recíproco insere-se, ainda, na própria teoria clássica da separação dos poderes. Além disso, novas condicionantes

⁶⁷ Essas observações são feitas por TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: Nyu Press, 1995 (Edição do Kindle), n/p.

e restrições vão surgir exatamente para conter um certo excesso que já vai acometendo algumas parcelas do Poder Judiciário. (TAVARES, 2021, p. 29)⁶⁸

A judicialização da política oferece um claro risco de desequilíbrio à tripartição dos poderes e produz um efeito absolutamente danoso ao poder judiciário, sobre isso o Juíz Federal Dr. Luciano Tertuliano da Silva assevera:

Desse modo, permite-se ao sistema político colocar a sociedade em confronto direto com o poder judiciário para, assim, criar o pano de fundo, a situação motora, hábil a legislar, com o apoio social, o sacrifício das garantias e dos direitos fundamentais do sistema judiciário, neutralizando seu efeito moderador, causando perigosa gravidade constitucional Futura mediante mecânica ridiculamente simplista ponto. (SILVA, 2017, p. 170)⁶⁹

Outro efeito indigesto da judicialização da política é a sobrecarga do sistema judiciário, que muitas vezes não tem recursos suficientes para lidar com o grande número de processos políticos. Além disso, o Judiciário, ao assumir funções políticas, pode acabar desequilibrando o sistema de pesos e contrapesos entre os poderes, comprometendo a separação dos poderes, que é fundamental para a democracia.

O ministro Barroso é conhecido por defender que a judicialização da política, em certa medida, é inevitável e desejável em um contexto de democracia consolidada e de instituições funcionais. Para ele, o Poder Judiciário deve atuar como uma espécie de "árbitro" nas questões políticas que estejam em conflito com a Constituição e os direitos fundamentais.

Afirmou o Ministro Luís Roberto Barroso:

A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a

⁶⁸ TAVARES, André Ramos. Manual do poder judiciário brasileiro / André Ramos Tavares. - 2. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2021. p. 29.

⁶⁹ SILVA, Luciano Tertuliano, manipulação discursiva e crise de estado como obstáculo a institucionalização dos direitos fundamentais no Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2017, p. 170

classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2010, p. 363).⁷⁰

Em seus posicionamentos, Barroso enfatiza a importância da atuação do STF como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, exercendo um papel contramajoritário para proteger minorias e garantir a observância dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Ele argumenta que, em alguns casos, o Judiciário pode e deve intervir para corrigir falhas do processo político e evitar retrocessos em direitos conquistados (BARROSO, 2010, p. 361-382).⁷¹

No entanto, apesar de defender a judicialização da política em certos contextos, Barroso também chama a atenção para os riscos desse fenômeno. Ele alerta que o Poder Judiciário não deve substituir o Poder Legislativo ou assumir funções que não lhe são próprias. O papel do Judiciário, para ele, é garantir a Constituição e assegurar que as leis e atos do poder público estejam em conformidade com a *Marta Magna*.

Fazendo uma relação entre a judicialização e o ativismo judicial, Barroso afirma:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam 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. 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, 2010, p. 361-382)⁷²

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 57, n. 1, p. 363, 2010.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 57, n. 1, p. 361-382, 2010.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

Segundo o jurista e professor Elival da Silva Ramos, a judicialização da política pode ser vista de duas perspectivas distintas, mas interligadas: a positiva e a negativa.

Na perspectiva positiva, o fenômeno pode ser entendido como uma resposta do Poder Judiciário para corrigir falhas e omissões dos outros poderes, especialmente quando estes não cumprem adequadamente suas funções constitucionais. Nesse sentido, o Judiciário se torna uma salvaguarda dos direitos fundamentais e da legalidade, garantindo a justiça e a proteção dos cidadãos contra abusos e arbitrariedades por parte do Executivo e Legislativo.

Já na perspectiva negativa, Ramos alerta para os riscos de um ativismo judicial excessivo, em que os juízes adotam um papel mais proativo na formulação e implementação de políticas públicas, invadindo esferas de competência dos outros poderes e enfraquecendo a democracia representativa. Essa preocupação se refere à possível usurpação de funções típicas do Poder Legislativo, que é o órgão responsável pela criação das leis e políticas públicas (RAMOS, 2015, p. 289-303)⁷³

Em resumo, a judicialização no Brasil envolve a transferência de questões políticas e legislativas para o Judiciário. Embora possa ter aspectos positivos, também levanta desafios que requerem a busca de soluções para garantir a harmonia entre os poderes e o efetivo cumprimento dos princípios democráticos.

2.5 POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A politização do poder judiciário é um fenômeno complexo e controverso que tem sido objeto de debate em várias sociedades ao redor do mundo. Refere-se à influência de fatores políticos e partidários sobre as decisões e ações de juízes e tribunais, minando, em certa medida, a independência e a imparcialidade do sistema judiciário.

Uma das principais preocupações com a politização do poder judiciário é que ela pode comprometer a confiança do público no sistema judicial e minar a ideia fundamental de que a justiça deve ser cega e imparcial. Quando os cidadãos percebem que os juízes estão sendo influenciados por fatores políticos em suas decisões, a credibilidade e a legitimidade do judiciário podem ser abaladas.

⁷³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015. Pgs. 303.

O Brasil enfrentou, ao longo de sua história recente, diversos casos de politização do judiciário e ativismo judicial. Em alguns momentos, juízes e tribunais foram criticados por decisões que pareciam atender a agendas políticas ou ideológicas, o que gerou questionamentos sobre a imparcialidade do poder judiciário.

2.5.1 O Papel do Juiz e o Princípio da Imparcialidade

O juiz desempenha um papel crucial na sociedade, sendo responsável por interpretar e aplicar as leis de forma imparcial, sem favorecer qualquer das partes envolvidas em um processo judicial.

O princípio da imparcialidade é um dos pilares fundamentais do Estado de Direito e da democracia. Ele assegura que as decisões judiciais sejam tomadas com base exclusivamente nos fatos e na legislação aplicável, sem favorecimento a qualquer das partes envolvidas no processo. A imparcialidade do juiz é crucial para garantir a justiça e a equidade no sistema judiciário, bem como a confiança da sociedade nas instituições. (SARLET, 2019, p. 390)⁷⁴.

No entanto, com a politização do judiciário e o crescimento do ativismo judicial, o princípio da imparcialidade pode ser abalado. Quando juízes se envolvem em questões políticas ou tomam posições ideológicas em suas decisões, corre-se o risco de prejudicar a credibilidade do Poder Judiciário, além de comprometer a separação de poderes, uma vez que o papel do judiciário passa a se confundir com o do Legislativo.

No contexto específico do Brasil, a imparcialidade do juiz é um valor essencial para a credibilidade e a confiança no Poder Judiciário. Quando os magistrados, especialmente aqueles das cortes superiores como os ministros do STF, são percebidos como parciais, a sociedade perde a confiança de que suas demandas serão tratadas de forma justa e equânime.

As manifestações de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) fora dos autos processuais tem sido objeto de debate e controvérsia nos últimos anos. Alguns ministros têm se pronunciado publicamente sobre assuntos políticos e sociais, gerando questionamentos sobre sua imparcialidade.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 390.

Um exemplo relevante e claro disso ocorreu em um caso relacionado à operação Lava Jato em 2018, quando o ministro Gilmar Mendes proferiu críticas públicas a procuradores da República envolvidos nas investigações. As declarações do ministro foram interpretadas por alguns como uma manifestação de predisposição em relação aos investigados e levantaram dúvidas sobre sua imparcialidade ao julgar casos relacionados à Lava Jato.

Outro exemplo ocorreu em 2020, quando o ministro Edson Fachin criticou publicamente a atuação do então Procurador-Geral da República, Augusto Aras, em relação aos processos da Lava Jato. Novamente, as declarações do ministro geraram debates sobre a sua imparcialidade, visto que ele poderia vir a julgar casos envolvendo a atuação da Procuradoria-Geral da República.

Esses exemplos ilustram como as manifestações públicas de magistrados podem suscitar preocupações sobre a imparcialidade do juiz. Mesmo que os ministros tenham o direito de expressar suas opiniões fora do ambiente jurídico, é importante que eles exerçam a prudência para evitar qualquer percepção de parcialidade em suas decisões futuras.

É fundamental que os magistrados compreendam a relevância de sua posição e da instituição que representam, buscando preservar a confiança da sociedade no Poder Judiciário por meio da observância rigorosa do princípio da imparcialidade. Nesse sentido, a discricção e a cautela em suas manifestações públicas são essenciais para proteger a integridade do sistema de justiça e garantir que as decisões judiciais sejam tomadas com base estritamente nos fatos e na lei, sem influências externas ou predisposições políticas.

2.5.2 O Risco da “Fuga da Legalidade”

Tratando deste tema, Conrado Hübner Mendes⁷⁵, Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, enfatiza que o risco real e principal do fenômeno da politização da justiça é a “fuga da legalidade”⁷⁶. Segundo o professor Conrado, é possível detectar de forma mais clara essa fuga da legalidade quando observamos a politização da

⁷⁵ Conrado Hübner Mendes é Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito pela Universidade de Edimburgo e Doutor em Ciência Política pela USP. Embaixador científico da Alexander von Humboldt Stiftung.

⁷⁶ HÜBNER MENDES, Conrado. Politização da justiça no Brasil / Conrado Hübner Mendes. - São Paulo : Friedrich Ebert Stiftung (FES) Brasil, Maio de 2021. - 4 Seiten = 80 KB, PDF-File. - (Perspectiva). - (Democracia e direitos humanos) Electronic ed.: São Paulo : FES, 2021

justiça como parte de um tripé de mútua sustentação no contexto pós-positivista que vive o Brasil hoje.

Este tripé consiste na junção da politização da justiça, a judicialização da política e o ativismo judicial. Ao observá-lo é possível identificar alguns padrões de “fuga da legalidade” que aparentemente vêm sendo praticados pelo poder judiciário brasileiro.

O primeiro é o do “populismo judicial”, ou “populisprudência” que é caracterizado pelo comportamento dos juízes que apelam ao “sentimento social”, à “voz das ruas”, a uma ideia subjetiva de uma representação do “povo”, a uma “missão” ou a uma “causa maior”, como o combate à corrupção ou a regeneração moral do país. Exemplos desse comportamento são o julgamento do “Mensalão” no Supremo Tribunal Federal, a cassação da chapa Dilma/Temer no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e a condução judicial da “Operação Lava-Jato”. Em todos esses casos, o direito perde protagonismo para as metas e ambições do sistema político, curvando-se à conveniência do poder político. O poder judiciário deixa de ser um meio de controle do poder, para assumir um papel de instrumento do poder. (MENDE, 2021, pg. 1)⁷⁷

O segundo padrão é o da “parcialidade judicial”, caracterizado pelas posturas nas quais juízes decidem “em causa própria”, o que pode se referir aos interesses de facções políticas das quais os juízes fazem parte (“factionisprudência”), aos interesses dos amigos e familiares dos juízes (“amicusprudência”) e mesmo aos interesses corporativos da magistratura (“cleptosprudência”). Na busca pela satisfação dos interesses de facções às quais têm simpatia, juízes refletem nas suas decisões as ambições de seus correligionários, de partidos políticos e grupos de pressão específicos. (MENDES, 2021, pg. 1)⁷⁸

O terceiro padrão, é o do juiz pragmático, instrumental. É caracterizado pelo perfil do juiz que se define pelos efetivos resultados. Ele não se limita ou se pauta por padrões formais de legalidade, ou pela regularidade dos meios, ou ainda pelo rigor jurídico dos fundamentos de sua decisão, mas sim com seus resultados de curto e médio prazo. Um exemplo disso pode ser observado no comportamento de um mesmo juiz do STF, Ministro Gilmar Mendes. Entre 2016 e 2017, ele ajudou a incendiar o cenário do impeachment da ex-presidente

⁷⁷ MENDES, Conrado Hübner. Politização da justiça no Brasil. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung (FES) Brasil, Maio de 2021. - 4 Seiten = 80 KB, PDF-File. - (Perspectiva). - (Democracia e direitos humanos) Electronic ed.: São Paulo : FES, 2021, pg. 1. ISBN 978-65-87504-20-9

⁷⁸ Ibidem.

Dilma Rousseff, militando ferrenhamente junto aos partidários contrários a continuação do mandato de Dilma Rousseff, mas, apenas dois anos depois, passou a enfatizar a necessidade de respeito ao mandato eleito, para conter a Operação Lava Jato em defesa de seus “amigos”. Em 2021, foi fundamental para fixar a suspeição de Sérgio Moro e liberar Lula da prisão, tornando-o uma opção única e viável, segundo as pesquisas, contra Bolsonaro, em 2022. Essa postura não revela qualquer posicionamento jurídico, mas um conjunto de medidas políticas, estratégicas, para retirar certo grupo do poder político em benefício de outro. Um juiz que muda de ideia e de decisão conforme sua leitura da conjuntura política. Aqui, a politização é total: um juiz que não se comporta como juiz, mas como político (MENDES, 2021, pg. 2)⁷⁹.

2.5.3 A independência do Poder Judiciário e a composição do STF

Há também um debate sobre como garantir a independência do poder judiciário e evitar sua politização especialmente na composição das cortes superiores. A expectativa republicana quanto a composição das cortes superiores é que a mesma seja produto de um processo de nomeações transparentes e baseadas no mérito, o que é essencial para garantir que os juízes sejam escolhidos com base em suas habilidades e qualificações, em vez de sua afiliação política. Além disso, é importante ter salvaguardas institucionais para proteger o judiciário de interferências políticas indevidas.

No sistema brasileiro, a nomeação dos ministros do STF é de competência exclusiva do Presidente da República, que escolhe o candidato a ser nomeado para a vaga. Essa escolha é então submetida à aprovação do Senado Federal. Essa forma de indicação dos ministros pode gerar problemas de politização do judiciário.

Um dos principais desafios é que a indicação de ministros do STF pode ser influenciada por critérios políticos, partidários ou ideológicos, em vez de ser pautada exclusivamente em mérito técnico e independência do magistrado. Isso pode levar à nomeação de juízes que possuam alinhamento político com o governo de plantão, criando um risco de que as decisões do STF sejam tomadas com viés partidário ou ideológico, em detrimento da imparcialidade e da interpretação estrita da Constituição.

⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. Politização da justiça no Brasil. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung (FES) Brasil, Maio de 2021. - 4 Seiten = 80 KB, PDF-File. - (Perspectiva). - (Democracia e direitos humanos) Electronic ed.: São Paulo : FES, 2021, pg. 1. ISBN 978-65-87504-20-9

Além disso, a indicação de juízes pelo Poder Executivo pode resultar em um maior controle político sobre o judiciário, comprometendo a independência do STF e a separação de poderes, princípios essenciais para o funcionamento democrático de um Estado de Direito. A politização do judiciário pode levar a uma judicialização excessiva de questões políticas e sociais, transformando o STF em uma arena para debates políticos que deveriam ser conduzidos no âmbito do Legislativo e do Executivo.

2.5.4 A falta de accountability do judiciário

A falta de accountability do judiciário tem sido apontado como um fator que oportuniza a politização da justiça no Brasil. A prestação de contas, é essencial para garantir a transparência, a responsabilidade e a legitimidade das instituições judiciais. No contexto das cortes superiores, como o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal Eleitoral (STE) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a falta de mecanismos efetivos de prestação de contas pode levar a uma percepção de impunidade e falta de responsabilidade por parte dos magistrados. Nesta esteira algumas das principais questões relacionadas à falta de accountability do judiciário, mencionados pelo Ministro Luís Roberto Barroso incluem (BARROSO, 2010, p. 361-382)⁸⁰:

- Transparência nas decisões: A transparência na tomada de decisões é fundamental para que a sociedade compreenda as razões que embasam os julgamentos dos magistrados. A falta de clareza e acesso às informações pode gerar desconfiança e levar à percepção de que decisões importantes estão sendo tomadas sem a devida prestação de contas.
- Controle externo e independência: Embora o judiciário deva ser independente para exercer suas funções de forma imparcial, a independência não deve ser confundida com a falta de controle externo. Mecanismos efetivos de controle, como corregedorias e conselhos, são essenciais para garantir que os juízes atuem de acordo com os princípios éticos e deontológicos da magistratura.
- Responsabilização por condutas inadequadas: A falta de accountability pode permitir que juízes ajam de forma inadequada ou até mesmo parcial, sem

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 57, n. 1, p. 361-382, 2010.

enfrentar consequências por suas ações. É fundamental que haja mecanismos para responsabilizar magistrados que violem os princípios éticos e comprometam a imparcialidade do judiciário.

- A autonomia financeira e administrativa do judiciário. A independência do Poder Judiciário é crucial para o exercício de suas funções, mas é importante que essa independência seja equilibrada com mecanismos de controle e prestação de contas que garantam a responsabilidade por suas ações.
- A vitaliciedade dos cargos. Este é um dos principais fatores que contribui para a falta de accountability das cortes superiores no Brasil. Uma vez nomeados para esses tribunais, os ministros têm mandatos vitalícios, o que significa que não podem ser removidos do cargo, exceto em casos de impeachment. Essa estabilidade no cargo é importante para garantir a independência do judiciário, mas também pode gerar um ambiente de impunidade, uma vez que os magistrados podem se sentir protegidos de eventuais consequências de suas decisões ou condutas inadequadas.

Tratando desta matéria, o Ministro Barroso destaca a importância de que os juízes estejam sujeitos a controles externos e que haja mecanismos efetivos para investigar e punir eventuais desvios de conduta. O ministro também tem defendido a adoção de práticas de governança mais transparentes e responsáveis no Poder Judiciário, buscando garantir que as decisões dos magistrados sejam tomadas com base em critérios técnicos e jurídicos, sem influências externas ou políticas. (BARROSO, 2010, p. 362-382).⁸¹

Portanto, é notório a realidade da politização do judiciário brasileiro, especialmente nas cortes superiores, o que fenomeniza o crescente ativismo judicial no país. Promover uma cultura de prestação de contas e responsabilidade entre os magistrados e o judiciário como um todo é essencial para garantir a independência e a imparcialidade do sistema judiciário brasileiro, fortalecendo sua legitimidade perante a sociedade. Essas medidas são cruciais para assegurar que as cortes superiores cumpram seu papel de guardiãs da Constituição e garantidoras do Estado de Direito no Brasil.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 57, n. 1, p. 361-382, 2010.

2.6 A MODULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A modulação é uma possibilidade relativamente nova no sistema jurídico brasileiro, criada dentro do contexto das regras de controle de constitucionalidade, e infelizmente um instrumento que tem sido mal utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em decisões permeadas de ativismo judicial. Para entender o que é a modulação é importante partir das suas possibilidades de aplicação para o seu significado. Os tribunais usam a modulação dos efeitos das decisões judiciais para determinar como uma decisão específica afetará casos passados, presentes e futuros. Essa modulação tem como objetivo tanto o equilíbrio dos interesses contraditórios, como também garantir a justiça, a estabilidade do sistema jurídico e a proteção dos direitos das partes afetadas. (COELHO, 2013, p.107)⁸²

A possibilidade de modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da lei 9.868/99, que em seu artigo 27 estabelece:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.⁸³

Até a edição da lei 9.868/99 quando um tribunal emitia uma decisão que poderia ter amplas implicações, e que poderia reverberar para o presente, o passado e o futuro, haviam apenas duas possibilidades para sua aplicação: (a) aplicação de feito *Ex Tunc*: Isso significa que a decisão terá efeito retroativo, sendo aplicada a casos passados. Isso pode levar a uma revisão de casos já julgados e a consequências importantes para partes que se valeram das jurisprudências ou precedentes anteriores. (b) aplicação de feito *Ex Nunc*: Aqui, a decisão tem efeito prospectivo, aplicando-se apenas a casos futuros a partir da data da

⁸² COELHO, Sacha Calmon N. Segurança Jurídica. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2013, p. 107. E-book. ISBN 978-85-309-4790-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4790-3/>. Acesso em: 15 ago. 2023.

⁸³ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Seção 1, p. 1.

decisão. Isso garante que os casos já julgados não sejam reabertos, preservando a estabilidade jurídica.

A partir da lei 9.868/99, a possibilidade de modulação trouxe inovação sob a égide de proteção à parte litigante e à sociedade em geral de, em sendo a declaração de inconstitucionalidade e seu efeito *ex tunc* mais prejudicial do que a própria regra em vigência, mesmo que evitada de inconstitucionalidades, a modulação dos efeitos da decisão para que eles não tragam prejuízo ainda maior à parte em processo ou à toda a sociedade. (ÁVILA, 2012, p.363)⁸⁴.

Para Humberto Ávila, o instituto da modulação de efeitos passou a existir para ser utilizado de forma excepcional, ou seja, somente quando ficar amplamente comprovado que a aplicação de efeitos *ex tunc* seria extremamente prejudicial. Assim sendo, quando os ministros, no ato da aplicação do referido instituto, precisam: (a) justificar expressamente por que a nulidade *ex tunc* é afastada, apontando o fundamento da norma constitucional que serve de base para a preservação dos efeitos do ato inconstitucional; (b) justificar como o afastamento da nulidade *ex tunc* é capaz de manter o estado de constitucionalidade e (c) comprovar os efeitos negativos que adviriam da decretação da nulidade *ex tunc*. (ÁVILA, 2014, p.594)⁸⁵

Considerando o ambiente favorável ao ativismo judicial e o risco de maior insegurança jurídica, o tributarista professor Sacha Calmon N. Coelho afirma:

A primeira dificuldade teórica a ser enfrentada em relação à possibilidade de modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade apresenta-se pela necessidade de conciliação desse instituto com a teoria da nulidade das declarações de inconstitucionalidade, tradicionalmente adotada pela jurisprudência e doutrina pátrias. [...] o que causa espécie quando se trata da modulação dos efeitos, entretanto, não é o fato de o Judiciário dispor sobre o momento a partir do qual a decisão judicial passa a ter vigência (afinal, os efeitos de uma decisão judicial são sempre prospectivos, dada a impossibilidade de se mudar o passado); mais difícil é aceitar que ele possa confirmar, posto que por certo período, a vigência de uma norma que ele mesmo julga inconstitucional (COELHO, 2013, p. 109)⁸⁶

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 363.

⁸⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 594.

⁸⁶ COELHO, Sacha Calmon N. **Segurança Jurídica**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013, p. 109. E-book. ISBN 978-85-309-4790-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4790-3/>. Acesso em: 15 ago. 2023.

Ou seja, para Coelho, quando ocorre a modulação, o STF está estabelecendo um prazo de validade para leis inconstitucionais, o que acaba por se configurar em ato normativo inconstitucional. Aplicando isso ao contexto do direito tributário, ele continua:

Partindo-se do pressuposto de que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tributária implica o reconhecimento de uma intervenção tributária inválida, surge a indagação: poder-se-ia sustentar a existência de motivos aptos a justificar a validação de uma incidência inconstitucional, por meio de uma decisão judicial? Na disciplina proposta pelo art. 27 da Lei 9.868/1999, tais razões foram identificadas como “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” (COELHO, 2013, p. 111)⁸⁷

Uma vez que a lei 9.868/99 estabelece quais os motivos justificáveis para a modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade como sendo: “*segurança jurídica*” e “*excepcional interesse social*”. Mas o que estes limites normativos significam e tutelam? Quanto a “*segurança jurídica*”, nas palavras de José Afonso da Silva:

A “*segurança jurídica*” consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (SILVA, J., 2006, p. 133)⁸⁸.

De forma bem clara, o exemplo clássico de aplicação do princípio da segurança jurídica, que está contemplado na Constituição Federal de 1988, é o art. 5º, inciso XXXVI, segundo o qual: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito*”⁸⁹. A segurança jurídica pretendida e tutelada pela Constituição Federal serve de garantia ao cidadão e ao Estado Democrático, sobre isso afirma Daniel Francisco Mitidiero:

A coisa julgada serve à realização do princípio da segurança jurídica, tutelando a ordem jurídica estatal e, ao mesmo tempo, a confiança dos cidadãos nas decisões judiciais. Sem coisa julgada material não há ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões estatais. Não há, em outras palavras, Estado de Direito. Bem por isso, o art. 5.º, XXXVI, da CF, quando afirmou que “a lei não prejudicará (...) a coisa julgada”, quis dizer que nenhuma lei infraconstitucional pode

⁸⁷ Ibidem

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006, p.133.

⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 14 de agosto de 2023.

negar ou desproteger a coisa julgada. Qualquer lei que diga que uma decisão – proferida em processo em que todos os argumentos e provas puderam ser apresentados – pode ser revista ou desconstituída pelo Poder Judiciário, não acatada pelo Poder Executivo, ou alterada ou modificada pelo Poder Legislativo, é uma lei inconstitucional. (MITIDIERO, 2023, p. 543)⁹⁰

Quanto a “*excepcional interesse social*”, conforme apresentado por Daniel Francisco Mitidiero, trata-se do conceito legal que se refere a situações nas quais, devido a circunstâncias específicas e fundamentais, a aplicação das regras e regulamentos normais pode ser flexibilizada em prol do bem-estar da sociedade como um todo. Essa flexibilização é muitas vezes justificada quando a observância rigorosa das regras poderia resultar em consequências negativas para muitas pessoas ou para a sociedade em geral. (MITIDIERO, 2023, p.508).⁹¹

É seguro afirmar que o conceito se relaciona, acima de tudo com o interesse da sociedade de forma geral, pois tal instituto visa resguardar a esfera jurídica das relações dos cidadãos, daqueles que estão sob a Administração Pública, os que são administrados. Sobre isso, Ana Paula Ávila, afirma claramente que: O legislador foi expresso em escolher a utilização do termo interesse social ao invés de interesse público ou interesse estatal, denotando a clara opção por proteger a soma dos interesses individuais em detrimento dos interesses estatais. (Ávila, 2009, p. 164-165)⁹².

Portanto, o “*excepcional interesse social*” é o reconhecimento da necessidade, em algumas situações, de equilibrar o respeito pelas normas legais com a necessidade de lidar com situações extraordinárias que demandam uma abordagem mais flexível. Isso pode ocorrer em contextos como urbanização, desenvolvimento econômico, saúde pública, meio ambiente e outras áreas em que a aplicação estrita das leis pode impedir o progresso ou causar danos consideráveis.

Segundo o professor Ingo Wolfgang Sarlet, embora seja uma ferramenta para equilibrar interesses e promover a estabilidade do sistema jurídico, considerando a possibilidade cada

⁹⁰ MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 543.

⁹¹ MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 508.

⁹² ÁVILA, Paula Ávila. A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: OLivraria do Advogado Editora, 2009, p. 164-165.

vez mais evidente da prática de ativismo judicial, que muitas vezes é politicamente motivado, a possibilidade de modulação também tem sido objeto de muitas críticas. As principais são: a insegurança Jurídica, a possibilidade de violação dos direitos adquiridos, a desigualdade na aplicação das decisões, o desvirtuamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade para fins políticos. (SARLET, 2016)⁹³

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado." Editora Livraria do Advogado, 2016.

3. CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Depois de exposta e trabalhada a origem e a história do ativismo judicial, bem como suas causas, especialmente no contexto brasileiro, cabe agora um exame das consequências que já podem ser observadas a partir deste fenômeno.

Aqui estão algumas das principais consequências do ativismo judicial:

3.1 CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS DO ATIVISMO JUDICIAL:

3.1.1 Proteção dos direitos fundamentais

Em alguns casos, o ativismo judicial pode ser usado para proteger os direitos fundamentais das minorias e grupos vulneráveis que poderiam ser negligenciados pelo poder legislativo ou executivo. Juízes ativistas podem interpretar e aplicar as leis de maneira mais ampla para garantir a igualdade de tratamento e a proteção dos direitos humanos. Segundo o ministro Barroso, algumas maneiras pelas quais o ativismo judicial pode contribuir para a proteção dos direitos fundamentais (BARROSO, 2013, p.522)⁹⁴:

- Interpretação expansiva dos direitos: Os juízes ativistas podem adotar uma abordagem progressista e ampliar a interpretação dos direitos fundamentais, garantindo que sejam aplicáveis a novas situações ou grupos marginalizados que antes não eram adequadamente protegidos.
- Proteção de minorias: O ativismo judicial pode desempenhar um papel crucial na proteção dos direitos das minorias, incluindo grupos étnicos, sexuais, religiosos ou culturais que enfrentam discriminação e exclusão.
- Equilíbrio de poder: Em um sistema democrático, o ativismo judicial pode atuar como um contrapeso aos poderes legislativo e executivo, garantindo que as leis e políticas adotadas não violem os direitos fundamentais dos cidadãos.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2. reimpr. Belo Horizonte:Fórum, 2013. p.522.

- Resposta a lacunas legislativas: Em situações em que o poder legislativo falha em abordar questões cruciais de direitos humanos, o ativismo judicial pode preencher as lacunas legais e fornecer proteção aos cidadãos.
- Retificação histórica: O ativismo judicial pode corrigir injustiças históricas e promover a reconciliação social, especialmente em países que passaram por períodos de violações graves de direitos humanos.

É notória a posição do Supremo Tribunal Federal Brasileiro em relação aos direitos sociais e às normas programáticas. Segundo Sarmiento (SARMENTO, 2008, p.10)⁹⁵:

São exemplos eloquentes a alteração de posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como 'normas programáticas', e hoje submetidas a uma intensa proteção judicial, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção, e a progressiva superação da visão clássica Kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao 'legislador negativo', com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, que permitiram a participação dos *amici curiae*, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF.

3.1.2 Promoção da justiça social

O ativismo judicial pode contribuir para a correção de desigualdades sociais e discriminação sistêmica, ajudando a promover uma sociedade mais justa e inclusiva. A promoção da justiça social pelo judiciário envolve garantir a igualdade de tratamento, a proteção dos direitos das minorias e a correção de injustiças históricas. Juízes ativistas podem tomar decisões que buscam corrigir problemas estruturais e históricos, buscando uma distribuição mais equitativa dos recursos e oportunidades.

Especialmente as cortes superiores desempenham um papel fundamental na promoção da justiça social, pois têm autoridade para interpretar a Constituição e as leis de forma a

⁹⁵ SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA Neto, C.P.; SARMENTO, D.(org.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

garantir uma maior proteção dos direitos humanos e a corrigir desigualdades sociais e discriminações sistêmicas (DWORKIN, 2002, p. 37).⁹⁶

Aqui estão alguns aspectos importantes do papel do judiciário na promoção da justiça social:

- Interpretação ampla dos direitos fundamentais: O judiciário pode adotar uma interpretação ampla dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, garantindo que sua proteção se estenda a todas as pessoas, independentemente de sua origem ou posição social.
- Proteção de minorias: O judiciário desempenha um papel essencial na proteção dos direitos das minorias, que podem enfrentar discriminação e exclusão social. Os tribunais podem tomar decisões que garantam que os direitos desses grupos sejam respeitados e protegidos.
- Combate à discriminação: O judiciário pode atuar no combate à discriminação, tomando decisões que proíbam ações discriminatórias e promovendo a igualdade de tratamento para todos os cidadãos.
- Decisões em prol da igualdade social: Os juízes podem tomar decisões que busquem a correção de desigualdades sociais e históricas, garantindo uma distribuição mais justa de recursos e oportunidades.
- Garantia de acesso à justiça: O judiciário deve assegurar que todas as pessoas, especialmente as mais vulneráveis, tenham acesso igualitário à justiça, independentemente de sua condição econômica ou social.
- Equilíbrio de interesses: Ao julgar casos que envolvem conflitos de direitos ou interesses, as cortes superiores podem buscar um equilíbrio que promova a justiça social, garantindo que os mais vulneráveis não sejam prejudicados em detrimento de outros grupos ou interesses.
- Diálogo com a sociedade civil: As cortes superiores podem buscar um maior diálogo com a sociedade civil, ouvindo especialistas, organizações não governamentais e grupos afetados pelas questões em julgamento. Esse diálogo permite que as decisões judiciais sejam informadas pelas perspectivas e experiências daqueles que são mais impactados por elas.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

3.1.3 Correção de lacunas legislativas

Em situações em que o poder legislativo não consegue ou demora a agir sobre questões importantes, seja por conta de conflitos partidários, ou impasses burocráticos ou regimentais, ou por falta de representatividade da matéria, o ativismo judicial pode preencher as lacunas legislativas, garantindo que certos direitos sejam protegidos e questões sociais sejam enfrentadas.

O papel do judiciário na correção de lacunas legislativas pode ser observado em diversos cenários:

- **Proteção de direitos fundamentais:** Quando há omissão legislativa na proteção de direitos fundamentais, o judiciário pode agir para garantir que esses direitos sejam respeitados. Os tribunais podem interpretar a Constituição de forma ampla e progressista, estendendo a proteção dos direitos fundamentais a novos contextos ou grupos sociais.
- **Questões emergentes:** Em um mundo em constante mudança, novas questões surgem e podem não estar abrangidas pelas leis existentes. O judiciário pode enfrentar esses desafios interpretando e aplicando o direito de maneira criativa para lidar com essas situações inéditas.
- **Direitos das minorias:** As lacunas legislativas frequentemente afetam grupos minoritários e vulneráveis, que podem não estar adequadamente protegidos pela legislação vigente. O judiciário pode agir para preencher essas lacunas e garantir que todos os cidadãos tenham seus direitos respeitados.
- **Inefetividade da legislação:** Em alguns casos, a legislação pode ser inefetiva ou insuficiente para resolver problemas sociais complexos. O judiciário pode adotar medidas para assegurar que a lei seja aplicada de forma justa e efetiva.
- **Interpretação extensiva:** O judiciário pode realizar uma interpretação extensiva das normas existentes para incluir situações não previstas inicialmente pelo legislador. Isso permite que a lei seja aplicada de maneira mais abrangente e adequada às necessidades da sociedade.

Conforme destaca Carlos Ari Sundfeld, professor de Direito Administrativo, a função corretiva do Poder Judiciário tem sua maior aplicação nas omissões ou insuficiências da

atividade normativa, notadamente nas situações em que o poder legislativo se abstém de cumprir sua função, gerando lacunas na lei" (SUNDFELD, 2002, p. 95).⁹⁷

Dessa forma, o judiciário tem o dever de interpretar a legislação de forma criativa, aplicar princípios constitucionais e, em certos casos, criar precedentes para preencher as lacunas e promover justiça e equidade nas decisões judiciais.

3.1.4 Fortalecimento da democracia

Ao servir como um contrapeso aos poderes legislativo e executivo e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, o ativismo judicial pode desempenhar um papel significativo no fortalecimento da democracia. Essas ações podem, por exemplo, aumentar a inclusão social, proteger as minorias e garantir a igualdade social. A seguir estão algumas maneiras pelas quais o ativismo judicial pode ajudar a fortalecer a democracia, juntamente com citações de literatura para apoiar o assunto:

- **Controle de constitucionalidade:** As cortes podem realizar o controle de constitucionalidade para verificar se as leis estão de acordo com a Constituição. Essa função permite que o judiciário proteja os direitos fundamentais dos cidadãos e impeça que os poderes legislativo e executivo façam coisas que não são constitucionais.
- **Proteção dos direitos fundamentais:** Mesmo em situações em que o poder legislativo é hesitante ou insensível às demandas das minorias ou grupos vulneráveis, as cortes ativistas podem proteger os direitos fundamentais. Isso aumenta a inclusão e a equidade, que são necessárias para uma democracia sólida.
- **Fomento à transparência e prestação de contas:** As decisões judiciais podem aumentar a transparência e a responsabilidade dos funcionários públicos. O judiciário pode garantir que os governantes sejam responsabilizados por suas ações ao revisar políticas públicas e ações governamentais, o que é essencial para o funcionamento democrático.

⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. Malheiros, 2002, p. 95.

- Resistência a abusos de poder: O ativismo judicial pode ajudar a proteger outros poderes do Estado de abusar de seu poder. Ao monitorar as ações do governo, o judiciário tem a capacidade de garantir que as instituições democráticas sejam mantidas e que os limites do Estado de Direito sejam respeitados.

3.1.5 Exemplo de ativismo judicial positivo

O Ministro Luiz Roberto Barroso oferece em seu Curso de Direito Constitucional uma lista exemplificativa⁹⁸ de atos de ativismo judicial considerados pelo autor como contribuições inquestionáveis do ativismo nas cortes superiores (BARROSO, 2022, P. 159). Dentre os exemplos citados há um destaque especial para a ADPF 54.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 é um marco no ativismo judicial no Brasil porque mostra como o Supremo Tribunal Federal (STF) atuou proativamente para interpretar a Constituição a fim de proteger os direitos fundamentais das mulheres. O caso discutia a possibilidade de interrupção da gravidez em fetos anencéfalos, que são fetos com má-formação cerebral que não podem funcionar durante a vida extrauterina.

Em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou a ADPF 54 para declarar inconstitucional os artigos do Código Penal Brasileiro que proibiam o aborto em qualquer situação. O julgamento do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 2012 e sua decisão foi um claro exemplo de ativismo judicial, pois o tribunal ampliou a interpretação constitucional para proteger direitos fundamentais em situações controversas.

⁹⁸ A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82.424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91.952/SP e Súmula Vinculante 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330 e ADC 41/DF); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF); (xi) vedação ao financiamento privado das campanhas eleitorais (ADI 4.650)695; e (xii) ensino religioso em escolas públicas (ADI 4.439)696. A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1.085/Itália e MS 27.875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF), da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP) e a judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS).

Os argumentos a favor da procedência foram os seguintes:

O STF realizou uma série de audiências públicas e procurou ouvir os setores diversos que o caso alcança. Em resumo os argumentos a favor da procedência da ADPF 54 reiteram que: a) a hipótese em julgamento não configura aborto, pois não se trata de potencialidade de vida. Assim, não configura hipótese prevista no artigo 124 do CP; b) o sistema jurídico brasileiro não determina o início da vida, mas fixa o seu fim (com a morte encefálica, nos termos da Lei de Transplante de Órgãos); e c) as normas do Código Penal que criminalizam o aborto são excepcionadas pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Constituição) (ROSÁRIO; OLIVEIRA, 2019)⁹⁹.

Por outro lado, os argumentos contrários foram:

a) o de que o feto já pode ser considerado um ser humano; b) que haveria maiores chances de sobrevivência extrauterina se proibido o aborto, consoante um caso raro de uma criança chamada Marcela de Jesus Galante Ferreira, que apesar de ter sido diagnosticada com anencefalia, teria sobrevivido alguns meses após nascer (médicos rechaçam o uso do “caso Marcela”, por erro no diagnóstico); c) legalizar o aborto de fetos anencéfalos representaria um passo significativo para a legalização do aborto em sentido amplo e irrestrito; e d) o aborto de fetos anencéfalos caracterizaria uma prática eugênica, ou seja, uma forma de aborto preconizada por regimes arianos, a exemplo do nazista, no qual se eliminariam indivíduos com deficiências físicas ou mentais, em uma forma de purificação da raça. (ROSÁRIO; OLIVEIRA, 2019)¹⁰⁰.

Dos 10 votos proferidos, os únicos contrários à permissão da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos foram o do ministro Ricardo Levandowsky e do então presidente do Tribunal, César Peluso.

A decisão final do STF reconheceu a constitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos por maioria de votos. O tribunal baseou sua decisão nos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da mulher e da saúde, enfatizando que forçar mulheres a gerar fetos anencéfalos poderia causar sofrimento físico e emocional extremo, violando seus direitos fundamentais.

⁹⁹ ROSÁRIO, Luana Paixão; OLIVEIRA, Bianca Barbosa; OLIVEIRA, João Mateus Fagundes. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54: Uma Análise à Luz da Fenomenologia Hermenêutica e do Ativismo Judicial. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 30, p. 83-108, jun. 2019. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1444>. Acesso em: 01 out. 2019.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

3.2 CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DO ATIVISMO JUDICIAL:

3.2.1 A erosão da separação de poderes:

A tripartição dos poderes da República do Brasil é um princípio fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, que se baseia na teoria proposta por Montesquieu¹⁰¹ no século XVIII¹⁰². Esse modelo visa garantir a independência e o equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, evitando a concentração excessiva de poder em um único órgão e protegendo os direitos e liberdades individuais dos cidadãos.

Tal sistema foi instaurado constitucionalmente desde a primeira Constituição Brasileira. Esta primeira Constituição de 1824 separou os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo e adicionou o poder Moderador, que o Imperador Dom Pedro I exercia. O poder moderador era exercido por uma única pessoa, além de ter a capacidade de observar e corrigir os outros poderes. Era notório que o poder pendia sempre para esse lado do sistema de freios e contrapesos. Essa foi a Constituição que permaneceu em vigor por mais de 65 anos.

Em 1937, a nova Constituição Brasileira, promulgada por Getúlio Vargas, eliminou a divisão de poderes, dando ao presidente o controle total do poder Executivo e excluindo todo o poder Legislativo, eliminando assim a existência de Câmaras de Vereadores ou Deputados Estaduais. Getúlio Vargas assumiu cada vez mais o controle do sistema político e o poder.

Uma nova Constituição foi aprovada em 1946 após a queda de Getúlio Vargas e o renascimento da democracia. O poder do governo foi limitado e o equilíbrio de poder foi restaurado.

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, firmou os princípios já consagrados na Constituição anterior e confirmou os princípios e fundamentos do Estado democrático brasileiro, incluindo a separação dos três poderes: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Essa separação é consagrada no artigo 2º da Constituição

¹⁰¹ Montesquieu (1689-1755) foi um filósofo social e escritor francês. É o autor de "Espírito das Leis". Foi o grande teórico da doutrina que veio a ser mais tarde a separação dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. É considerado o autêntico precursor da Sociologia Francesa. Pensador influente nas áreas da *filosofia da história* e do *direito constitucional*, foi também um dos maiores prosadores da língua francesa. Montesquieu foi um dos grandes nomes do pensamento iluminista

¹⁰² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Ed. Martin Claret, 2002.

Federal e é um dos pilares essenciais para o funcionamento da democracia e para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Desde 1988, o Supremo Tribunal Federal foi reconhecido como “Guardião da Constituição”, procedimento que foi adotado pelo poder judiciário, visando proteger o regime político democrático de futuros golpes. Tal reconhecimento consta na Constituição Federal de 1988, artigo 102.

Infelizmente, no cenário atual do Brasil, o crescente ativismo judicial, na prática, tem produzido uma sobreposição de funções entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, afetando a independência e a autonomia desses ramos do governo. Quando os tribunais assumem um papel mais proeminente na formulação de políticas, podem comprometer a capacidade do poder legislativo de legislar e do poder executivo de implementar as leis.

Segundo o professor Joaquim Falcão, reconhecido jurista brasileiro, "o ativismo judicial pode ser visto como um fenômeno positivo quando os outros poderes falham, mas é preocupante quando o Judiciário se afasta de sua missão original, comprometendo a separação de poderes." (FALCÃO, 2018, p. 45)¹⁰³.

3.2.2 Legislação por juízes e a mutação constitucional:

Miguel Reale¹⁰⁴ afirmou que as palavras quase sempre mantêm o seu significado escondido. Quando se trata do termo "mutação constitucional", não há diferença. Ou seja, a expressão significa exatamente uma modificação na Constituição. Entretanto, a mutação aqui discutida, por outro lado, é verificada informalmente, sem previsão expressa constitucional, mas por ela implicitamente autorizada e, pode-se dizer, as vezes, até necessária e querida. Isso a diferencia dos processos formais de reforma ou revisão da Constituição.

"*Poder constituinte difuso*" é o termo usado por Georges Burdeau¹⁰⁵ para descrever essas modificações constitucionais que são feitas informalmente além do poder constituinte derivado. Embora pareça ser uma espécie de poder constituinte desorganizado, tem a

¹⁰³ FALCÃO, Joaquim. (2018). "O Movimento do Direito e a Juristocracia: A Democracia Frente aos Atos do Juiz." Rio de Janeiro: FGV Editora, P. 45

¹⁰⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁰⁵ BURDEAU, Georges. Traité de science politique: le statut du pouvoir dans l'état. 2. ed. Paris: LGDJ, 1969.

capacidade de mudar a Constituição porque na realidade é "*organizado*" sim. O poder constituinte difuso emerge da própria Constituição, pois serve para complementar e continuar a evolução daquilo que foi criado pelo constituinte original. É duradouro e continuará atuando enquanto a Constituição estiver em vigor. Entretanto, o problema aqui abordado, se estabelece quando o poder judiciário extrapola na utilização do poder constituinte difuso e avança sobre as competências do poder legislativo ordinário.

O mestre Daniel Silva Passos afirmou: "O magistrado, com isso, abandona a condição de mero aplicador do Direito, assumindo o posto de concretizador do direito. A atividade criativa deixa de ser monopólio do Legislativo, passando a competir tal múnus também ao magistrado." Semelhantemente, afirma o Juiz Denival Francisco da Silva:

A partir do instante em que o Poder Judiciário assume o controle da constitucionalidade das leis, este adquire maior notoriedade e poder de decisão. Mas, o que tinha pretensão positiva, gerou, por outro lado, riscos de extrapolação dos limites de atuação dos juízes. Essa mudança, e diga-se, não reivindicada pela magistratura, não podia então passar sem firmes reações contrárias. (SILVA, 2018, P. 154).¹⁰⁶

Atualmente tem se tornado cada vez mais comum a prática de um magistrado, especialmente das cortes de graus superiores, encontra uma lacuna na legislação ou uma questão de interpretação difícil e a partir de uma questão específica, o magistrado interpreta a lei de forma a criar regras, muitas vezes baseadas em suas próprias crenças e valores.

Esse fenômeno é muito preocupante, pois a Constituição é a norma fundamental de um Estado, e sua interpretação deve ser lógica e consistente. Os tribunais podem ter interpretações divergentes da Constituição ao longo do tempo, o que pode levar a incertezas sobre o verdadeiro significado e alcance das leis.

3.2.3 Legitimidade da Justiça:

Quando juízes participam mais da elaboração de políticas públicas, é possível que suas decisões sejam interpretadas como politizadas e baseadas em valores pessoais em vez de bases jurídicas sólidas. Isso pode dar a impressão de que o judiciário está agindo

¹⁰⁶ SILVA, Denival Francisco da. De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 154

politicamente ou ideologicamente, comprometendo o princípio da imparcialidade do juiz, que é fundamental para a legitimidade do sistema judiciário.

Quando se percebe a prática do ativismo judicial, os magistrados e cortes em questão, podem enfrentar resistência de outros poderes e setores da sociedade que podem não concordar com as decisões tomadas. Em casos de decisões polêmicas ou controversas, pode haver oposição à execução das decisões judiciais, o que reduz a autoridade e a eficácia do sistema judiciário (GONZÁLEZ, 2011, p.235-246)¹⁰⁷

Um outro perigo que deslegitima o poder judiciário é que, no uso extrapolado do ativismo judicial, o mesmo pode resultar em abuso de poder, pois os juízes podem se exceder às suas responsabilidades legais e interferir nas atividades dos outros poderes. Devido ao desequilíbrio e à desconfiança na autonomia do judiciário, pode ser considerado uma usurpação do poder legítimo dos poderes legislativo e executivo.

3.2.4 O Risco da *juristocracia*

Ran Hirschl criou o termo "juristocracia", que já foi bem adotado no Brasil para descrever críticas ao poder judiciário e seus membros, principalmente após 1988. A ocupação cada vez maior do poder judiciário de espaços e sentidos políticos tem alterado a forma como este poder entende a constituição. Assim, a supremacia da constituição foi substituída pela supremacia das cortes constitucionais por um realismo quase sempre cínico (HIRSCHL, 2004, p. 49)¹⁰⁸.

Outra preocupação é a possibilidade de decisões políticas serem mascaradas de jurídicas, o que poderia danificar terrivelmente a legitimidade das instituições e a confiança da população no poder judiciário. Logo, a chamada interpretação criativa da Constituição associada a expansão do campo de atuação do Judiciário pode abrir espaço para tomadas de decisões que refletem puramente as preferências pessoais dos magistrados, em detrimento do clemente interesse público.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ, Natascha. Ativismo judicial e seu impacto na democracia. Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 191, p. 235-246, jul./set. 2011.

¹⁰⁸ HIRSCHL, R. Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge (Ma.)/London: Harvard University Press, 2004.

3.2.5 Exemplo de ativismo judicial negativo

Um exemplo negativo de ativismo judicial pode ser claramente observado na tentativa de arbitrar o exercício da Liberdade de Expressão, preconizado pelo próprio STF através do Inquérito 4.781¹⁰⁹, inquérito este que, foi apelidado pelo então *Ministro Marco Aurélio*¹¹⁰, de: *Inquérito do Fim do Mundo*. Provavelmente, este inquérito, entrará para a história como o maior e pior exemplo de ativismo judicial e por que não dizer de *inconstitucionalidade* protagonizado por parte do judiciário Brasileiro.

Instaurado em 14 de março de 2019, pelo então presidente da Suprema Corte Federal, Ministro José Antônio Dias Toffoli, por meio da Portaria GP nº 69, que nomeou por meios não convencionais, o Ministro Alexandre de Moraes, como relator do inquérito que fere vários princípios constitucionais.

Antes de prosseguir, é necessário fazer uma distinção entre inquérito e processo: Um Inquérito, de acordo com Guilherme de Souza Nucci:

A denominação inquérito policial, no Brasil, surgiu com a edição da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto-lei 4.824, de 28 de novembro de 1871, encontrando-se no art. 42 daquela Lei a seguinte definição: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito". Passou a ser função da polícia judiciária a sua elaboração. Apesar de seu nome ter sido mencionado pela primeira vez na referida Lei 2.033/71, suas funções, que são da natureza do processo criminal, existem de longa data e tornaram-se especializadas com a aplicação efetiva do princípio da separação da polícia e da judicatura. Portanto, já havia no Código de Processo de

¹⁰⁹ Trata-se de inquérito instaurado pela Portaria GP Nº 69, de 14 de março de 2019, do Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente, nos termos do art. 43 do Regimento Interno desta CORTE. O objeto deste inquérito, conforme despacho de 19 de março de 2019, é a investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito. <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>

¹¹⁰ O termo "inquérito do fim do mundo" foi usado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, em 2020, para se referir ao Inquérito nº 4.781, que apura notícias falsas, ameaças e difamações contra ministros da Corte e suas famílias. O inquérito foi aberto em março de 2019 pelo presidente do STF à época, ministro Dias Toffoli. No entanto, o uso deste termo é uma expressão coloquial e não uma designação oficial ou técnica para o inquérito em questão. A denominação oficial do inquérito é "Inquérito nº 4.781".

1832 alguns dispositivos sobre o procedimento informativo, mas não havia o nomen juris de inquérito policial. (NUCCI, 2023, p. 177)¹¹¹.

Já o Processo é o instrumento que se inicia a partir do momento em que o juiz admite denúncia apresentada pelo promotor que é o representante do MP. Sobre isso afirma o doutrinador Aury Lopes Jr.:

O processo penal não é um fim em si mesmo, mas um meio, uma ferramenta necessária para a realização da justiça penal. Ele visa à persecução do delito, com a finalidade de apurar e sancionar os infratores da lei penal... A essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessados, reforçando o papel das partes e do contraditório. Os atos do procedimento miram o provimento final e estão inter-relacionados, de modo que a validade do subsequente depende da validade do antecedente, e da validade de todos eles, depende a sentença. (LOPES, 2023, p. 18)¹¹²

Tendo isto em mente é possível observar várias irregularidades nos procedimentos de instauração e desdobramentos do Inquérito 4.781:

Violação do sistema acusatório e o princípio da imparcialidade: O sistema acusatório vigente no Brasil visa o equilíbrio processual através da diluição de funções processuais entre diferentes agentes, vetando a qualquer um deles a ocupação de mais de uma posição processual. (PIOVEZAN, 2020, p. 49)¹¹³. No inquérito 4.781, temos um magistrado ocupando ao mesmo tempo as posições de juiz, investigador (polícia), acusador (MP) e vítima.

Violação das prerrogativas advocatícias de acesso aos autos: Os advogados dos indiciados no inquérito 4.781 têm sistematicamente pedido auxílio a OAB que, já, mais de uma vez, recorreu ao próprio STF pedindo que se cumpra o que está estabelecido no Art. 7º do Estatuto da OAB, Lei nº 8.906, e também na Súmula nº 14 do STF. O que configura abuso de autoridade, conforme artigo 32 da Lei nº 13.869/19.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 177

¹¹² LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal / Aury Lopes Jr. 20ª ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023.

¹¹³ PIOVEZAN, Claudio R. de Moraes (organizador), Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do direito Brasileiro. 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 49.

Violação do devido processo legal: O inquérito 4.781 fere o devido processo legal ao investigar pessoas sem prerrogativa de foro no STF. A Constituição Federal em seu artigo 102, estabelece quem são as autoridades que têm foro especial de julgamento no STF: Presidente da República, Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, Ministros e Procurador Geral da República. Levando em consideração que o foro de prerrogativa de função deve ser estabelecido com base no foro do suposto agressor e não da vítima, e o inquérito não indicou investigado nem fato criminoso. Não há também indícios de competência do Supremo para instaurar a investigação, pois não demonstrou a possibilidade de envolvimento de alguém que tenha foro por prerrogativa de função e nem mesmo se referiu a ato que se relacionasse ao exercício de suas funções (BENEVIDES E GUIMARÃES, 2019)¹¹⁴.

A Violação da titularidade do ministério público para a condução de investigação ou promoção do arquivamento do inquérito: No inquérito 4.781, as medidas cautelares de busca e apreensão foram decretadas de ofício, sem a manifestação da PGR, pelo contrário. Em 2019, a então PGR, Raquel Dodge, determinou o arquivamento do referido inquérito em 16/04/2019, manifestando-se novamente, quatro meses depois, pelo arquivamento do inquérito em 02/08/2019.

A Violação dos termos do regimento interno do STF: A instauração de inquérito e suas respectivas investigações são tarefas exclusivas do Ministério Público. Entretanto, o Regimento Interno do STF em seus artigos 43, 44 e 45 conferem uma exceção: Os artigos preveem a possibilidade de instauração de inquérito, pelo STF, para apurar a prática de ato ilícito praticado no interior de suas dependências. Ocorre que o RISTF foi editado sob a égide da CF de 1969, que não previa a função privativa do MP para proceder ação penal. Já na CF de 1988, os artigos 43, 44 e 45 do RISTF não foram recepcionados por dissonância às novas normas Constitucionais. Portanto, ocorrem duas terríveis irregularidades: a) Os art. 43 a 45 do RISTF não foram recepcionados na CF de 1988; b) Mesmo que fossem, os fatos em apuração são genéricos, não realizados no interior da corte, futuros e por meio da internet.

¹¹⁴ BENEVIDES, LG; GUIMARÃES, VS. A Inconstitucionalidade Do Inquérito Penal Nº. 4.781/Stf: Inquérito Contra “FAKE News” Envolvendo Ministros Do Supremo Tribunal Federal. 2019. Disponível em: <https://tccnice.unipacto.com.br/tccs> Acesso em 10 jun 2020.

A Violação do princípio do juiz natural: No Brasil não é possível escolher julgadores. As normas de organização judiciária já estabelecem as competências dos juízes. Dessa forma não há como selecionar um juiz específico para atuar em um processo, nem tão pouco se afastar dele, salvo em caso de suspeição. No caso do Inquérito 4.781, o Ministro Dias Toffoli encaminhou os autos diretamente ao Ministro Alexandre de Moraes, nomeando-o seu relator sem a observação de qualquer procedimento de distribuição (sorteio) previsto no artigo 66 da RISTF. Há um erro grave na técnica jurídica adotada já na distribuição do feito que não foi atendido de forma legal, contrariando os preceitos mais básicos do princípio do juiz natural já que o Ministro Dias Toffoli delegou a relatoria, de forma livre, ao Ministro Alexandre de Moraes, contrariando o art. 66 do RISTF:

Art. 66. A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 38, de 11 de fevereiro de 2010) § 1º O sistema informatizado de distribuição automática e aleatória de processos é público, e seus dados são acessíveis aos interessados. (Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2 de agosto de 2006) § 2º Sorteado o Relator, ser-lhe-ão imediatamente conclusos os autos. (Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2 de agosto de 2006).

No mesmo sentido vai o art. 75 do Código de processo Penal:

Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

Conforme escreve o jornalista André Borges Uliano, ironicamente o próprio STF eleva de maneira exagerada o art. 43 do seu regimento interno e subestima o art. 66 do mesmo regimento fazendo nascer uma perigosa discricionariedade totalmente incompatível com a constituição e com o Estado democrático de direito. (ULIANO, 2021)¹¹⁵

¹¹⁵ ULIANO, André Borges . Entenda por que o inquérito instaurado por Dias Toffoli é ilegal. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/inquerito-toffoli-ilegal/>. Acesso em: 01/02/2021.

É bom lembrar sempre o ensino do jurista italiano Luigi Ferrajoli ao afirmar que o processo acusatório tem como principal característica a clara separação entre o juiz e as partes, para garantir a imparcialidade e o contraditório, cabendo às partes toda a iniciativa no decorrer do processo, estando totalmente incompatível com este sistema a prática de produção de provas e atividades de investigação por parte do juiz (FERRAJOLI, 2014)¹¹⁶.

A violação do direito a ampla defesa por ausência de fato definido a ser apurado: O Inquérito 4.781 procura um fato que justifique a sua abertura e não o contrário, nesse afã, acaba por violar o artigo 5º do CPP exatamente pela inversão procedimental, pois fica claro que o objetivo, que é a investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, no passado, no presente e no futuro, o que tacitamente fere o estabelecido no referido artigo do CPP e seus incisos. Portanto, O indevido protagonismo do magistrado na produção da prova prejudica a imparcialidade e conseqüentemente a paridade de armas e que a inobservância desses preceitos, representa perigo para os direitos e garantias fundamentais do acusado, devido a uma postura autoritária do magistrado, podendo haver prejuízo para a sociedade, cujos interesses são tutelados pelo Ministério Público (PIOVEZAN, 2020)¹¹⁷.

3.3 A INSEGURANÇA JURÍDICA

No Brasil, a insegurança jurídica tem se tornado quase que um problema crônico. Tanto os cidadãos quanto os agentes econômicos e investidores estão sempre preocupados com isso. Ela refere-se à instabilidade e incerteza nas decisões judiciais e na aplicação da lei, o que cria um ambiente desfavorável para o crescimento social e econômico do país.

Existe uma relação direta e indireta entre as causas e as conseqüências do ativismo judicial e a insegurança jurídica que vive o país. A prova disso é que ao estudar sobre o problema,

¹¹⁶ FERRAJOLI, L. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

¹¹⁷ PIOVEZAN, Claudio R. de Moraes (organizador), Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do direito Brasileiro. 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

de imediato e bem na superfície, os motivos encontrados para a insegurança jurídica no Brasil, são exatamente os mesmos enumerados neste texto como causas ou consequências do ativismo judicial. Tais como:

- Excesso de litigância: O Brasil enfrenta um grande desafio quanto ao crescente número de processos judiciais por questões civis, tributárias e trabalhistas, entre outras. A quantidade excessiva de decisões judiciais sobrecarrega o sistema e dificulta a previsão e a aplicação contínua das decisões, causando incertezas. (MARTINS, 2020)¹¹⁸
- Demora na resolução de processos: A morosidade do sistema judiciário do país persiste. A demora nos processos leva à insegurança jurídica, pois dificulta a obtenção de justiça e mantém a incerteza quanto a eficácia e o interesse do sistema judiciário nacional que é espantosamente rápido para questões de interesses políticos, mas morosa para as outras questões. (CÂMARA, 2003, p. 15-46)¹¹⁹
- Interpretações divergentes da lei: Muitas vezes, as instâncias do poder judiciário interpretam a lei de maneiras diferentes, o que resulta em decisões controversas. Isso causa incerteza porque a aplicação da lei pode variar dependendo do tribunal ou do juiz responsável pelo caso. (MELLO, 2020)¹²⁰
- Legislação complexa e excessiva: A legislação brasileira é diversificada e complicada, com uma grande quantidade de decretos, portarias e emendas. A multiplicidade de leis faz com que as regras sejam mais difíceis de entender e aplicar corretamente, o que pode resultar em interpretações incorretas e insegurança jurídica. (MELLO, 2020)¹²¹
- Falta de previsibilidade: A insegurança jurídica também está relacionada à falta de previsibilidade das decisões judiciais. Quando não é possível prever como os tribunais decidirão sobre determinada questão, as empresas e investidores têm dificuldade em tomar decisões estratégicas. (MARTINS, 2020)¹²²

¹¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Curso de direito tributário". Saraiva Educação, 2020.

¹¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. "A demora na prestação jurisdicional". Revista de Processo, São Paulo, v. 107, p. 15-46, 2003.

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Curso de direito administrativo". Malheiros Editores, 2020.

¹²¹ Ibidem

¹²² MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Curso de direito tributário". Saraiva Educação, 2020.

- Corrupção e falta de confiança nas instituições: A insegurança jurídica também está associada ao fato de que as decisões judiciais são imprevisíveis. As decisões estratégicas são difíceis para as empresas e investidores quando não é possível prever como os tribunais reagirão a uma determinada questão.(ZAVERUCHA, 2019)¹²³

Quanto às consequências, as principais podem ser assim destacadas (YOSHIDA, 2012, p. 211-226)¹²⁴:

- Baixo investimento e desestímulo ao empreendedorismo: Investidores e empreendedores nacionais e internacionais se afastam de mercados mais instáveis e imprevisíveis devido à insegurança jurídica. Todas as grandes economias mundiais, quando são expostas a esse tipo de insegurança, veem a fuga de capital e o rebaixamento nas notas de classificação do país para o mercado de investimento.
- Prejuízos ao desenvolvimento econômico: O ambiente de negócios é prejudicado pela incerteza jurídica, que dificulta o planejamento de médio e longo prazo, o que impede o crescimento econômico do Brasil. As interferências jurídicas ativistas nas ações econômicas do poder executivo e legislativo impactam indiretamente o ambiente de negócios que está sempre lidando com a carência de infraestrutura, regras claras para o livre comércio, reforma e atualização tributária entre tantos outros assuntos que estão diretamente relacionados a economia do país.
- Aumento dos custos de transação: Empresas e indivíduos tem um alto custo de investimento de recursos para evitar perigos jurídicos, como processos judiciais e disputas legais, que aumentam os custos de transações e diminuem a competitividade, e isso porque, uma vez que as judicializações de todas as questões, associadas às interpretações ativistas criativas e divergentes, se tornaram extremamente comuns, o custo extra com questões jurídicas, precisa, necessariamente, ser incluído no custo de qualquer operação econômica no Brasil.

¹²³ ZAVERUCHA, Jorge. "Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas". Editora Todavia, 2019.

¹²⁴ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ato Jurídico Perfeito, Direito Adquirido, Coisa Julgada e Meio Ambiente. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 66, p.113-151, abr. 2012. Bimestral. DTR\2012\2743.

A insegurança jurídica que a nação enfrenta é extremamente preocupante, pois a mesma não está restrita apenas à legislação ou ao poder legislativo; É comum também nos atos do governo e nas decisões tomadas pelo judiciário. (YOSHIDA, 2012, p. 211-226)¹²⁵.

Auxiliados pelos constantes apontamentos feitos através das mídias oficiais, como os jornais escritos e digitais, e as mídias não oficiais, como redes sociais, o povo brasileiro tem percebido com desilusão, que infelizmente, a prática judicial brasileira aceita naturalmente a noção de que os juízes e tribunais podem tomar decisões diferentes em casos iguais, o que deslegitima a justiça, que não pode resolver conflitos de forma acidental e casuística. Em vez disso, a justiça tem o dever de tratar todos os casos de maneira coerente e isonômica, mantendo a previsibilidade. (MARINONI, 2016, p.70)¹²⁶.

Portanto, uma das principais causas de insegurança jurídica é a flutuação da jurisprudência de nossos tribunais, frequentemente influenciada por fatores externos, como a influência da opinião pública ou favores indevidos de julgadores que negligenciam sua obrigação de ser imparciais no cumprimento da lei. (COSTA, 2012, p.41)¹²⁷.

Embora o ativismo judicial possa contribuir para a efetivação de direitos e a proteção de grupos vulneráveis, a falta de limites claros pode gerar incertezas e contradições nas decisões judiciais. Para mitigar a insegurança jurídica, é necessário encontrar um equilíbrio entre a atuação proativa do judiciário e o respeito aos limites constitucionais e legais, buscando fortalecer a segurança jurídica e a estabilidade do sistema legal brasileiro, conforme conclui o Juiz Luciano Tertuliano da Silva:

Ao judiciário cabe realizar o papel de controlador dos excessos do sistema político, purificando sistematicamente a convivência mútua, ou, ao contrário, assumir a corresponsabilidade pela dilatação e ou da referida desconfiguração, com conseqüente aumento dos excessos e inobservância dos limites morais e estruturais da política. O caminho será escolhido de acordo com a postura a ser adotada. (SILVA, 2017, pg. 198)¹²⁸

¹²⁵ Ibidem

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes: Justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 70 p.

¹²⁷ COSTA, Antonio Tito. A Propósito da Segurança Jurídica. In: BOTTINO, Marco Túlio (Org.). Segurança Jurídica no Brasil. São Paulo: Rg Editores, 2012. p. 41-49.

¹²⁸ SILVA, Luciano Tertuliano, Manipulação discursiva e crise de estado como obstáculo à institucionalização dos direitos fundamentais no Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2017, pg. 170

4. CONCLUSÃO

Em conclusão aos estudos sobre o ativismo judicial e a insegurança jurídica, claramente percebe-se que entre os dois fenômenos há uma série complexa de causas e consequências que afetam a forma como o sistema jurídico e o Estado de Direito funcionam. Quando o ativismo judicial é usado demais e até mesmo de forma casuística, pode levar a decisões que excedem a função normal do judiciário, interferindo em questões que deveriam ser resolvidas pelo Legislativo ou pelo Executivo. Embora a busca legítima por justiça social e proteção de direitos possa ser considerada a principal motivação do ativismo judicial, ele pode causar insegurança jurídica ao causar incertezas sobre os limites das funções de cada poder e a estabilidade das normas jurídicas, seu alcance e por fim a própria legitimidade democrática.

A falta de previsibilidade e uniformidade nas decisões judiciais causa essa insegurança jurídica. Isso torna difícil primeiramente aos atores não políticos, no sentido de exercício de poder representativo no estado democrático como aqueles que são eleitos para um cargo legislativo ou executivo, os cidadãos, as empresas e instituições preverem as consequências de suas ações e escolhas. Claramente, a falta de previsibilidade ofende o princípio constitucional da segurança jurídica, e isso gera um ambiente absolutamente difícil para os negócios jurídicos, econômicos, políticos e estatais.

Por outro lado, os agentes políticos que emergem através do sufrágio eleitoral, flutuam entre a intenção deliberada de transferir ao judiciário o ônus de decidir e tomar medidas impopulares a fim de preservarem-se da opinião pública, ou, por suas próprias omissões ou abusos, sentem-se invadido da sua esfera de poder quando o judiciário, respondendo de forma ativista, supera as lacunas e produz respostas com força legal a partir de demandas jurídicas. O resultado é um cenário jurídico instável, onde as leis podem ser interpretadas e aplicadas de forma imprecisa, o que leva a incertezas e dificulta a manutenção da ordem social.

Quando da observação das causas do ativismo judicial, a junção de cada uma delas no contexto brasileiro atual, de forma colossal, causa uma onda crescente de instabilidades que, por mais que individualmente, cada causa em particular, tem uma boa justificativa e um nobre objetivo, ao cominarem, nem sempre alcançam seu propósito, pelo contrário, quase sempre produzem o resultado contrário. O desequilíbrio entre os poderes é evidente,

bem como a transferência de responsabilidade entre eles. A omissão somada ao ativismo judicial e o mútuo desvirtuamento tanto das ferramentas de controle constitucional quanto aplicação das suas normas aos casos concreto, seja por omissão ou por parcialidade, produz, necessariamente, um cenário de insegurança jurídica.

É necessário buscar um equilíbrio adequado entre os poderes do Estado, garantindo que cada poder cumpra suas funções constitucionais de forma independente e harmônica, para reduzir os efeitos negativos do ativismo judicial e reduzir a insegurança jurídica. Para garantir a estabilidade do sistema jurídico e a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, são necessários: o diálogo institucional, e o respeito às competências de cada poder.

Portanto, uma vez que é impossível, num contexto pós-positivismo, pensar num judiciário não ativista, especialmente em face ao espírito do neoconstitucionalismo que encontro amparo na Carta Magna de 1988, é imprescindível que o ativismo judicial seja exercido com parcimônia, respeitando os limites constitucionais e o princípio da separação dos poderes. Ademais, mecanismos como a criação de súmulas vinculantes, a uniformização de jurisprudência, controle difuso de constitucionalidade e a busca por maior previsibilidade nas decisões, podem sim, contribuir para reduzir a insegurança jurídica.

Por fim, é fundamental participar de debates democráticos e pensar criticamente sobre o papel do Judiciário na sociedade para melhorar o sistema jurídico e garantir a proteção dos direitos individuais e a confiança no Estado de Direito. Somente por meio dessa avaliação crítica e consciente será possível alcançar uma relação mais harmoniosa e equilibrada entre ativismo judicial e segurança jurídica tão necessárias para o bem da nação. Somente fortalecendo os pilares fundamentais da justiça e da democracia o Brasil será um país melhor.

5. REFERENCIAS

AMARAL Júnior, Alberto do. "A ineficácia do poder legislativo como fator gerador do ativismo judicial". **Revista Jurídica**, v. 15, n. 2, p. 42-56, 2020.

AUGUSTO, Marcio Gomes. Ativismo Judicial e Disfunção Constitucional: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 211, jul./set. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 363.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 594.

ÁVILA, Paula Ávila. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: OLivraria do Advogado Editora, 2009, p. 164-165.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Editora Saraiva, 10ª Ed., 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 6, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito GV**, v. 11, n. 2, 2015, p. 223- 242.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 57, n. 1, p. 363, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 44, p. 1-62, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2ª. reimpr. Belo Horizonte:Fórum, 2013. p.522.

BENEVIDES, LG; GUIMARÃES, VS. **A Inconstitucionalidade Do Inquérito Penal Nº. 4.781/Stf: Inquérito Contra “FAKE News” Envolvendo Ministros Do Supremo Tribunal Federal**. 2019. Disponível em: <https://tccnice.unipacto.com.br/tccs> Acesso em 10 jun 2020.

BLACKSTONE, William. "**Commentaries on the Laws of England**." Oxford: Clarendon Press, 1765-1769.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 14 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Seção 1, p. 1.

BURDEAU, Georges. **Traité de science politique: le statut du pouvoir dans l'état**. 2ª. ed. Paris: LGDJ, 1969.

CAMPOS, C. A. de A. Moreira Alves v.; Gilmar Mendes: **A evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, A. L. F. et al. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodium, 2013. p. 541- 596.

CÂMARA, Alexandre Freitas. "**A demora na prestação jurisdicional**". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, p. 15-46, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.355.

CANOTILHO, J. J. Gomes,..[et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. **Comentários à Constituição do Brasil – 2ª. ed.** – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, P. 68

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina,1998, p. 559.

CASTOR, Suzana. O legado de Napoleão: 200 anos do Código Civil. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 52, p. 54-57, jun. 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon N. **Segurança Jurídica**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013, p. 109. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4790-3/>. Acesso em: 15 ago. 2023.

COSTA, Antonio Tito. **A Propósito da Segurança Jurídica**. In: BOTTINO, Marco Túlio (Org.). *Segurança Jurídica no Brasil*. São Paulo: Rg Editores, 2012. p. 41-49.

DAHL, Robert Alan; Robert A. Dahl. **On democracy**. Yale University Press New Haven; London, 1998.

DANTAS, Ivar Hartmann. A atividade político-jurídica do Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: limites e possibilidades. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 6, n. 1, p. 26-39, jan./abr. 2011.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DWORKIN, Ronald. **"The Rise of the Imperial Judiciary."** The University of Chicago Law Review, vol. 59, no. 1, 1992, pp. 257-281.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes, 2000.

ESKRIDGE Jr., William N., Philip P. Frickey, e Elizabeth Garrett. **"Legislation and Statutory Interpretation."** Foundation Press, 2014.

FALCÃO, Joaquim. (2018). **"O Movimento do Direito e a Juristocracia: A Democracia Frente aos Atos do Juiz."** Rio de Janeiro: FGV Editora, P. 45

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

FIGUEIREDO, A. C., & Limongi, F. (Eds.). **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. Editora FGV, 2018, p. 67-72.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 101-114.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **"Direito Civil Brasileiro: Parte Geral"**. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONZÁLEZ, Natascha. Activismo judicial e seu impacto na democracia. **Revista de Informação Legislativa**, v. 48, n. 191, p. 235-246, jul./set. 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **"O Federalista"**. Editora Vozes, 2003.

HIRSCHL, R. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge (Ma.)/London: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. **The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**. Fordham Law Review, New York, v. 75, n. 2, p. 721-753, nov. 2006. p. 723.

HÜBNER MENDES, Conrado. **Política da justiça no Brasil** / Conrado Hübner Mendes. - São Paulo : Friedrich Ebert Stiftung (FES) Brasil, Maio de 2021. - 4 Seiten = 80 KB, PDF-File. - (Perspectiva). - (Democracia e direitos humanos) Electronic ed.: São Paulo : FES, 2021

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 57.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: Justificativa do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 70 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Salvador - BA: Editora Podivm, 2010, p. 35.

MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad: **História del constitucionalismo moderno**. Tradução de F. J. Ansuatpegui Roig e M. Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998, p.182.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **"Curso de direito tributário"**. Saraiva Educação, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **"Curso de direito administrativo"**. Malheiros Editores, 2020.

MENDES, Conrado Hübner. **Politização da justiça no Brasil**. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung (FES) Brasil, Maio de 2021. - 4 Seiten = 80 KB, PDF-File. - (Perspectiva). - (Democracia e direitos humanos) Electronic ed.: São Paulo: FES, 2021, pg. 1. ISBN 978-65-87504-20-9

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 34.

MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 508.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 25-26.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora Atlas, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 20ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 177

PIOVEZAN, Claudio R. de Moraes (organizador), **Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do direito Brasileiro**. 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 49.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015. Pgs. 303.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49.

REALE, Miguel. **"Lições Preliminares de Direito"**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSÁRIO, Luana Paixão; OLIVEIRA, Bianca Barbosa; OLIVEIRA, João Mateus Fagundes. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54: Uma Análise à Luz da Fenomenologia Hermenêutica e do Ativismo Judicial**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 30, p. 83-108, jun. 2019. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1444>. Acesso em: 01 out. 2019.

RUDOLFO, Rafael Nunes Pires. Da Common Law ao Ativismo Judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica -ISSN 1980-7791

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 390.

SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. "**Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**." Editora Livraria do Advogado, 2016.

SARMENTO, D. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SOUZA Neto, C.P.; Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/AProtecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 05 mar 2015.

SARMENTO, D.(org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCALIA, Antonin. "**A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**." Princeton University Press, 1997.

SCHIER, P. R. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999

SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947, p. 201.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.133.

SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: a contribuição do poder judiciário no desmonte da democracia no Brasil**. Florianópolis: EMais, 2018, p. 154

SILVA, Luciano Tertuliano. **Manipulação discursiva e crise de estado como obstáculo a institucionalização dos direitos fundamentais no Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2017, p. 170

SPENCE, Lyndsay M. **Equitable Remedies: Substantive, Procedural, and Tax**. Thomson Reuters, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.35 e 46.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito**. Malheiros, 2002, p. 95.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **ADI nº 3682**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 mai. 2007 DJ de 06/09/2007.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: Nyu Press, 1995 (Edição do Kindle), n/p.

TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. 2ª. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2021. p. 29.

TESTONI, Mariana Atala. O caso Brown vs. Board of Education e o direito como integridade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5923, 19 set. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68358>. Acesso em: 23 jun. 2023.

THOMAS, A. P. **Origins of the Common Law in the United States**. Routledge. 2018.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton University Press, 1999.

ULIANO, André Borges . **Entenda por que o inquérito instaurado por Dias Toffoli é ilegal**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/inquerito-toffoli-ilegal/>. Acesso em: 01/02/2021.

VALLE, Vanice Lirio do (org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal – Laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 20.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

ZAVERUCHA, Jorge. **"Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas"**. Editora Todavia, 2019.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ato Jurídico Perfeito, Direito Adquirido, Coisa Julgada e Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 66, p.113-151, abr. 2012. Bimestral. DTR\2012\2743.