



IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE  
TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

BÁRBARA PEREIRA DE ABREU

**ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DE ATUAÇÃO À LUZ DA  
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

SÃO JOÃO DEL REI  
2014

BÁRBARA PEREIRA DE ABREU

**ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DE ATUAÇÃO À LUZ DA  
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel, sob a orientação da Prof<sup>ª</sup>. Esp. Karina Cordeiro Teixeira.

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

BÁRBARA PEREIRA DE ABREU

**ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DE ATUAÇÃO À LUZ DA  
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof<sup>a</sup>. *Esp.* Karina Cordeiro Teixeira (orientadora)

---

Prof. *Msc.* Ciro di Benatti Galvão

---

Prof. *Msc.* Antônio Américo Campos Júnior

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter me dado forças para superar as dificuldades.

A minha orientadora Karina, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos meus pais, pelo incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

## RESUMO

Este trabalho tem como finalidade analisar as manifestações do ativismo judicial na atividade judicante brasileira diante dos preceitos constitucionais da separação e limitação dos poderes, bem como superar as críticas referentes a tal instituto, tendo em vista se tratar de um fenômeno imprescindível à concretização dos direitos fundamentais. Para tanto, busca nos primórdios das sociedades as primeiras ideias de limitação dos poderes, até sua concretização na Carta Magna de 1988, através do neoconstitucionalismo. Analisa, ainda, a estrutura funcional de cada órgão que compõe o poder, abordando o exercício de suas funções típicas e atípicas e o sistema de freios e contrapesos, como mecanismo responsável pelo controle dos abusos e ilegalidades no exercício do poder. Finalmente, procura exemplificar, por meio de julgados da Suprema Corte brasileira, manifestações do ativismo judicial, bem como promover uma análise crítica do exercício proativo do Poder Judiciário diante da sua legitimação e do princípio da separação dos poderes. Com isso, abre-se uma perspectiva positiva da atuação proativa de tal poder diante das inúmeras críticas, tendo em vista se tratar de uma maneira capaz de garantir preceitos fundamentais estampados na Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial; Separação dos Poderes; Direito Constitucional.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| INTRODUÇÃO .....   | 06 |
| 1 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....                               | 08 |
| 1.1 A legitimidade do poder no Estado Democrático de Direito .....   | 08 |
| 1.2 Princípio da Separação dos Poderes .....                         | 09 |
| 1.2.1 Aristóteles.....   | 09 |
| 1.2.2 Locke.....   | 10 |
| 1.2.3 Montesquieu .....  | 11 |
| 1.3 A evolução do constitucionalismo .....                           | 12 |
| 1.4 O neoconstitucionalismo e o Estado Democrático de Direito.....   | 14 |
| 2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....      | 17 |
| 2.1 A organização funcional dos poderes .....                        | 17 |
| 2.1.1 Poder Executivo .....  | 18 |
| 2.1.2 Poder Legislativo.....   | 19 |
| 2.1.3 Poder Judiciário.....  | 20 |
| 2.2 O sistema de freios e contrapesos .....                          | 21 |
| 3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL .....                                  | 26 |
| 3.1 Ativismo judicial e o processo de judicialização .....           | 26 |
| 3.2 Manifestações do ativismo judicial .....                         | 29 |
| 3.3 A legitimidade do Poder Judiciário em sua atuação proativa ..... | 34 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS .....   | 37 |
| REFERÊNCIAS.....   | 39 |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma conceituação do ativismo judicial e uma análise de seus desdobramentos frente ao princípio constitucional da Separação dos Poderes.

A escolha do tema se deu pelas constantes discussões que vieram à tona nas últimas décadas a respeito do assunto, criticando as decisões tomadas pelo Poder Judiciário em virtude de possível interferência na competência das demais esferas do poder. No âmbito judicial prega-se o Princípio da Inércia, em que o juiz só pode agir se provocado pela parte interessada para resolver um conflito ou garantir um direito. E faz tempo que vem sendo provocado para resolver questões que antes eram meramente administrativas, seja pela omissão dos demais poderes, seja pela proximidade dos cidadãos ao Poder Judiciário, conquistada pela solidificação do Princípio do acesso à justiça.

A problemática reside no fato de o ativismo judicial ser imprescindível para a solução dos diversos problemas enfrentados pela sociedade, nos casos de omissão dos demais poderes, sendo, por outro lado, discutido sua legalidade diante da limitação do poder imposta pelo Constitucionalismo, a fim de se evitar o arbítrio e a ingerência de um poder em relação ao outro, bem como fazer valer as leis, e não os interesses.

Objetivou-se, com o presente estudo, desmistificar tal fenômeno, visto pelos críticos como uma afronta aos ditames constitucionais de limitação do poder, estabelecendo seus aspectos positivos e necessários ao atual contexto da atividade judicante brasileira, bem como ao acompanhamento da evolução da sociedade contemporânea. O intento, de forma mais específica, é investigar o ativismo judicial e suas correntes, sejam elas positivas ou negativas, assim como as funções instituídas constitucionalmente ao Poder Judiciário, a fim de se analisar um possível conflito existente entre tal poder e o Princípio da Separação dos Poderes, previsto na Constituição Federal. Dessa forma, pretende-se mostrar que tal poder pode exercer sua função jurisdicional sem extrapolar sua competência e limites da razoabilidade e legalidade.

Para a elaboração do trabalho monográfico realizou-se um levantamento bibliográfico em obras tradicionais de Direito Constitucional, principalmente do

constitucionalista Luis Roberto Barroso, bem como uma análise de julgados recentes da Suprema Corte que envolvem o tema em questão. A pesquisa foi complementada com a exploração de artigos publicados em revistas jurídicas especializadas e na internet.

O desenvolvimento do trabalho se deu em três capítulos. O primeiro capítulo traz uma evolução histórica da teoria da separação dos poderes, inicialmente fazendo uma contextualização do poder no Estado. Para se entender a evolução do Princípio da Separação dos Poderes foi feita uma análise das teorias de diversos pensadores, tais como Aristóteles, Locke e Montesquieu, sendo este responsável pela teoria dos poderes estabelecida na Constituição Federal de 1988. A abordagem percorreu os primórdios do constitucionalismo, movimento precursor das ideias de limitação do poder arbitrário, até alcançar o neoconstitucionalismo, que além de pregar a limitação do poder, enfatizou a importância de se garantir a eficácia da Constituição Federal, mais precisamente no que se refere aos direitos fundamentais.

O segundo capítulo faz um estudo da Constituição no que tange às competências instituídas a cada instância do poder, ou melhor, a cada órgão que exerce o poder, tendo em vista ser este uno, como veremos adiante. Empreendeu-se uma análise da organização funcional dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de se entender de que maneira atuam nas suas funções típicas e atípicas. Na parte final desse capítulo fez-se um exame do sistema de freios e contrapesos em relação à separação dos poderes, haja vista que tais institutos se unem a fim de evitar arbitrariedades na atuação dos poderes.

Por fim, o terceiro capítulo aborda o ativismo judicial na atividade judicante brasileira. Num primeiro momento, estuda-se um possível conflito entre os seguintes conceitos: ativismo judicial e judicialização, tendo em vista diversas serem as confusões causadas entre seus significados. A seguir, por meio de análises de diversos julgamentos da Suprema Corte, abordou-se as possíveis manifestações do ativismo judicial, utilizando as obras do constitucionalista e atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso. Para finalizar, propõe um debate acerca da legitimidade do Poder Judiciário em sua atuação proativa frente aos ditames constitucionais da separação e limitação dos poderes.

## 1. TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

### 1.1. A legitimidade do poder no Estado Democrático de Direito

As sociedades sempre se organizaram em torno de um poder, qualquer que fosse a sua forma. Para Dallari (2003, p. 52 e 53), os Estados, assim como as sociedades, sempre existiram, pois o “homem sempre se achou integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento do grupo todo”. Pode-se dizer que o Estado surgiu para dar proteção aos indivíduos que viviam em agrupamento, como afirmava Locke (1983, p. 83) na sua teoria contratualista, para que o poder fosse controlado pelo próprio poder delegado, de comum acordo e de forma espontânea, a um indivíduo.

No Brasil, após períodos de instabilidade política, econômica e social, a definição de poder se tornou condizente com os princípios do Estado Democrático de Direito através da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual estabelece, no artigo 1º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Assim, pode-se considerar que um dos objetivos do Brasil pós-ditadura era evitar abusos e arbitrariedades no exercício do poder. Extrai-se do artigo supra que a titularidade do poder é do povo, exercido de forma indireta por meio de representantes eleitos, demonstrando-se a força da soberania popular.

Nas palavras de Michel Temer (2001, p.117),

não há Estado sem poder. Este é emanção da soberania. É nota tipificadora do Estado. É de sua atuação que surgem as normas organizadoras do Estado: trata-se do conjunto de preceitos imperativos incidentes sobre certos seres fixados em determinado território. Evidencia-se o poder pela circunstância da organização. Esta é fornecida pelas aludidas normas imperativas.

Como dito acima, não existe Estado sem poder, havendo uma significativa relação entre esses conceitos, já que “a teoria do Estado apoia-se sobre a teoria dos três poderes (o legislativo, o executivo, o judiciário) e das relações entre eles” (BOBBIO, 1987, p. 77). Já para Groppaldi (1968, p. 303), o Estado é uma “pessoa

jurídica soberana, constituída de um povo organizado sobre um território sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e progresso social”.

A soberania, um dos elementos que define o Estado, caracteriza o poder supremo estatal, capaz de dizer qual regra será aplicável a cada caso. Conforme Dallari (2003, p. 78 e 79), no combate da burguesia contra a monarquia absolutista, a soberania popular exerce grande influência, caminhando no sentido de soberania nacional, concebendo-se a nação como o próprio povo numa ordem. Ainda, o governo soberano deve exercer o poder absoluto de autodeterminação emanado do povo, capaz de exercer a vontade livre do seu povo (MEIRELLES, 2005, p. 60).

Devido às consequências dos regimes absolutista e totalitário, os quais não primavam pela soberania popular, o constitucionalismo destacou-se pela força do poder do povo, a fim de se evitar arbítrios, e, para tal, optou-se pela divisão orgânica do poder com fundamento na teoria da separação dos poderes.

## **1.2. Princípio da Separação dos Poderes**

### **1.2.1. Aristóteles**

Na Antiguidade, Aristóteles pensou a teoria da tripartição dos poderes como uma forma de limitar os poderes arbitrários dos antigos regimes, estabelecendo competências diferentes para cada órgão de poder, quais sejam deliberativo, executivo e judicial. Em relação à separação dos poderes, Aristóteles expôs na sua obra *Política* que cada instância de poder seria responsável por funções distintas, quais sejam edição de normas gerais, aplicação das normas ao caso concreto e a função de julgamento.

Nas palavras de Michel Temer (2001, p. 119), Aristóteles pregou a existência do poder que deliberava sobre os negócios do Estado, o que exercia as decisões do poder deliberante, bem como o poder que exercia a jurisdição. Não eram independentes, sendo considerados apenas atividades de governo.

Ocorre que tal teoria não privilegiava a soberania popular, em decorrência de ser o poder exercido pelo soberano, ou seja, este concentrava a titularidade de todas as três funções estatais.

### 1.2.2. Locke

O estado de natureza concedia aos homens liberdade plena, mas à medida que os interesses sobre a propriedade privada predominaram, fez-se necessário delimitar direitos através de um contrato social, em benefício uns dos outros. Do contrato social surgiu o Estado, em substituição à sociedade natural.

Nas palavras de Locke (1983, p. 83),

Os homens, apesar de todos os privilégios do estado de natureza, mantendo-se em más condições enquanto nele permanecem , são rapidamente levados à sociedade. Daí resulta que raramente encontramos qualquer grupo de homens vivendo dessa maneira. Os inconvenientes a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que todo homem tem de castigar as transgressões dos outros obrigam-nos a se refugiarem sob as leis estabelecidas de governo e nele procurarem a preservação da propriedade. É isso que os leva a abandonarem de boa vontade o poder isolado que têm de castigar, para que passe a exercê-lo um só indivíduo, escolhido para isso entre eles; e, mediante as regras que a comunidade ou os que forem por ela autorizados, concordarem em estabelecer. E nisso se contém o direito original dos poderes legislativo e executivo, bem como dos governos e das sociedades.

O homem, nesse estado de natureza, abandonou a autotutela em virtude das leis feitas pela sociedade, bem como abandonou o poder de castigar os crimes contra a lei natural para que esta função fosse exercida pelo Executivo.

Locke defende a teoria dos poderes baseada na passagem do estado de natureza para o contratual, em que os indivíduos abandonam o exercício do poder por si para depositá-lo nas mãos dos poderes legislativo, executivo e federativo. Este último se relaciona com estados estrangeiros, celebrando tratados, paz ou guerra. O poder legislativo edita leis, sendo considerado supremo em relação aos

demais. Por fim, o executivo aplica o disposto nas leis, dentro do Estado, a fim de que não haja abusos por parte dos que as fazem (CARVALHO, 2005, p. 115). Locke inova ao afirmar a necessidade destes serem independentes, diferente do que pregava seu antecessor Aristóteles, além de divergir, como veremos a seguir, de Montesquieu, ao atribuir ao poder legislativo posição relevante em relação aos demais poderes, os quais se subordinavam a ele.

Na sua visão, os homens eram tentados a ascender ao poder; por isso era necessário estabelecer um limite para que atuassem, ou seja, determinar funções a fim de que não agissem arbitrariamente, visando interesses privados. Assim, Locke (1983, p. 91) dizia não convir que os legisladores tenham também o poder de executar as leis, pois poderiam adequá-las à sua vontade.

### 1.2.3. Montesquieu

Na teoria de Montesquieu não houve uma inovação no sentido de identificar as funções estatais, mas, partindo das ideias de Aristóteles, expôs que “tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si” (LENZA, 2010, p. 397).

Diferente do que ocorria nos Estados Absolutistas, em que prevalecia a tirania por parte dos governantes, Montesquieu difundiu a ideia de divisão funcional e orgânica, em que cada poder exerceria sua função típica, atuando de forma independente e harmônica. Para ele era importante que cada função fosse exercida por diferentes titulares, quais sejam, legislativo, executivo e judiciário. Afirmava que

pelo primeiro poder, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 2002, p.165).

Baseado nas ideias liberalistas propôs a tripartição dos poderes como uma forma de limitar o poder dentro do Estado, diminuindo significativamente o absolutismo. Afirmava que um Estado sem limites não atenderia aos preceitos de

democracia. Se os poderes se confundissem, não haveria liberdade. Assim, deviam ser independentes para que se fiscalizassem mutuamente e controlassem abusos. Para Montesquieu (2005, p. 166)

quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tal teoria foi recepcionada pela Constituição de 1988 de maneira flexível, ao “permitir maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta dos mesmos” (LENZA, 2010, p. 397). No atual ordenamento constitucional, existe um poder legislativo, um executivo e um judiciário, independentes e harmônicos, com funções próprias e indelegáveis. Na verdade, há uma separação funcional, tendo em vista ser o poder uno e indivisível. É o exercício de tais funções, administrativa, legislativa e judicante, que deve ser respeitado, de modo que um não exorbite seus limites de atuação.

As teorias da separação dos poderes serviram de sustentação para o movimento constitucionalista, na medida em que seu principal fim seria a limitação do poder arbitrário e a busca de um modelo constitucional ideal. Assim, como se vê adiante, o constitucionalismo abrange a separação dos poderes e a “garantia de direitos como instrumentos de limitação do exercício do poder estatal consagrados nas Constituições com o objetivo de proteger as liberdades fundamentais” (NOVELINO, 2013, p. 18).

### **1.3. A evolução do constitucionalismo**

O constitucionalismo procurou, entre seus pilares, sustentar e concretizar a limitação do poder arbitrário, a fim de se evitar o domínio político, buscando, desse modo, uma nova maneira de se organizar o poder político. Em outro sentido, buscou

a implantação de um sistema normativo escrito que aclamasse direitos fundamentais e que regesse a atuação dos governantes.

O surgimento do Estado, como ente capaz de regular as relações e liberdades humanas, confunde-se com o início do Direito Constitucional, na medida em que “é através do denominado Poder Constituinte que nasce a concepção básica do Estado e da própria Constituição como organização jurídica-política fundamental que transforma a nação em efetivo Estado” (FRIEDE, 2005, p. 1). Todas as organizações sociais, desde as mais primitivas, possuíam regras de convivência, sejam escritas ou costumeiras. A evolução do Estado permitiu que estas normas se tornassem múltiplas, com o objetivo de reger as atividades exercidas pelo Estado.

A história da humanidade fez com que surgisse uma preocupação em torno dos direitos do homem, bem como a maneira com que os governantes agiriam em prol da sociedade. Os Estados Absolutistas e os regimes totalitários são exemplos que demonstram a necessidade de se organizar regras que vinculem a atuação dos governantes, para que os direitos fundamentais de vida e liberdade não sejam prejudicados. Assim, o Direito Constitucional se tornou um instrumento que sujeita a atuação dos gestores às próprias leis editadas, buscando o equilíbrio harmônico entre os deveres do Estado e os direitos do cidadão (FRIEDE, 2005, p. 2). Objetiva determinar a estrutura estatal, dispondo sobre a organização do Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), competências, limites e direitos e garantias fundamentais.

Canotilho (1993, p. 51) *apud* Lenza (2010, p. 50) afirma ser o constitucionalismo uma ideologia

que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...] uma técnica específica de *limitação do poder com fins garantísticos*.

Com a mesma visão, Kildare Carvalho expõe o constitucionalismo como “um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado” (2011, p. 211).

Na Antiguidade, o constitucionalismo se manifestou na limitação do poder político e no exercício da democracia direta, estabelecendo igualdade entre governantes e governados.

Na Idade Média, a Inglaterra se destacou ao editar a Magna Carta em 1215. O constitucionalismo se expressou ao estipular a proteção a direitos individuais, através do *due process of Law* e do *Habeas Corpus*.

Como na Idade Média, na Idade Moderna direitos individuais também foram garantidos, mas direcionados a determinados homens, não tendo caráter universal (LENZA, 2010, p. 51).

As preocupações com os direitos do homem após as Guerras Mundiais trouxeram as prerrogativas do constitucionalismo até as constituições mais recentes, e pode-se considerar que primam pelo mesmo objetivo: conter qualquer arbítrio do poder. A Constituição francesa de 1791 emergiu como um marco do constitucionalismo moderno, já que pós Revolução de 1789, objetivou-se romper com os marcos do Absolutismo, dando ao povo o poder legítimo. Nesse momento ganharam importância os valores do “individualismo, absentismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo” (LENZA, 2010, p. 52).

O constitucionalismo no Brasil permitiu uma harmonização entre a Constituição, que impõe limites aos poderes ordinários e os ideais do regime democrático, tendo em vista que cabe a Constituição buscar veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o bom funcionamento do Estado Democrático, protegendo das maiorias políticas ocasionais (BARROSO, 2010, p. 90).

A Constituição de 1988 se enquadra nos moldes do constitucionalismo contemporâneo, centrada em um conteúdo social que estabelece normas de atuação do Estado, ou seja, normas programáticas. Nesta fase, destaca-se a proteção aos direitos de fraternidade e solidariedade, como paz, autodeterminação dos povos, solidariedade, reciprocidade, entre outros.

#### **1.4. O neoconstitucionalismo e o Estado Democrático de Direito**

O neoconstitucionalismo, também tratado como constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo, buscou, no século XXI, mais do que limitar o poder dos governantes: garantir a eficácia da Constituição, principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

O marco histórico se deu pós-regime militar, devido a necessidade de transformação do sistema jurídico, capaz de impedir a supressão de direitos essenciais ao homem. O processo de redemocratização e implantação do Estado Democrático de Direito foi responsável pela introdução no ordenamento da ideia de supremacia dos direitos fundamentais e da força das normas constitucionais (LENZA, 2010, p. 59). A alocação dos direitos e garantias fundamentais no rol das cláusulas pétreas marca a preocupação do legislador em não retornar ao período militar, período em que estes foram suprimidos de forma violenta.

No que tange ao marco filosófico, pode-se dizer que o pós-positivismo foi o responsável pela introdução do neoconstitucionalismo, já que buscou

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 teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana (LENZA, 2010, p. 59).

Nesse sentido, o pós-positivismo buscou a integração entre o Direito, a ética, a moral e os ideais de justiça. Tal doutrina “se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática; (...) procura empreender uma leitura moral da constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2010, p. 249). Ainda, “os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente” (BARROSO, 2010, p. 250).

O marco teórico do neoconstitucionalismo se deu no momento em que se conferiu força normativa à Constituição, dotando-a de imperatividade, expandindo a jurisdição constitucional. Ainda, houve uma mudança na interpretação constitucional, ao dar aos princípios a mesma força normativa dada às regras constitucionais,

levando em consideração principalmente a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas, a interpretação conforme a Constituição, a unidade, a razoabilidade e a efetividade (LENZA, 2010, p. 59).

O neoconstitucionalismo conferiu certa centralidade ao raciocínio e interpretação jurídica, como tentativa de dar eficácia aos direitos fundamentais por meio de uma ponderação de valores. Os juízes se destacaram na medida em que adotaram uma postura ativa na interpretação da lei, não apenas aplicando-a aos casos concretos.

Moura Agra (2008, p. 31) *apud* LENZA (2010, p. 55) afirma que o neoconstitucionalismo se concretiza nas

prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

As transformações na hermenêutica constitucional, reflexo de mudanças sociais, históricas e jurídicas, tornaram os juízes coparticipantes no processo de criação do direito. Não significa que essa criação vá de encontro aos preceitos da separação dos poderes, pois, na verdade, os intérpretes complementam a função dos reais criadores do direito, na medida em que fazem uma análise valorativa das cláusulas abertas, com o fim de garantir um dos principais objetivos do neoconstitucionalismo: a positivação e concretização de direitos fundamentais.

## **2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Como vimos, o ordenamento constitucional não adotou com rigidez a teoria de Montesquieu ao tratar sobre a separação dos poderes, quem, conforme visto no primeiro capítulo, defendia a ideia de que cada poder deveria exercer suas funções típicas, sem extrapolar limites que poderiam levar a interferência nos demais poderes. Tamanha foi a importância dada as ideias de Montesquieu que o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, já determinava que “Toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”.

Entretanto, no que diz respeito à aplicação de tal teoria, não há que se falar em uma aplicação integral, tendo em vista que a Constituição Federal permite que os poderes que compõe o Estado Federal, quais sejam Legislativo, Executivo e Judiciário, exerçam além das funções típicas, também funções atípicas, inerentes às suas prerrogativas, diferindo do que pregava Montesquieu. Assim, são funções típicas

aquelas exercidas com preponderância pelos Poderes ou Órgãos do Estado. As funções, em razão das quais o Poder ou o Órgão justifica a sua existência. Assim, temos que, não obstante, todos os Poderes exerçam atividades comuns a todos, as funções típicas ou preponderantes são aquelas que justificam e identificam a existência do Poder ou Órgão (CASTELO BRANCO, 2007, p. 40).

Já as funções atípicas são aquelas exercidas por todos os órgãos de forma não exclusivas, como por exemplo, a competência concedida ao Poder Judiciário de administrar os órgãos que o compõe.

## **2.1. A organização funcional dos poderes**

O poder existente em um Estado é uno, indivisível; entretanto, se triparte para melhor exercer as funções estatais essenciais a sociedade. São três os órgãos competentes para exercer tais funções básicas, como demonstrado abaixo. Cada

um deles (Executivo, Legislativo e Judiciário) desempenha precípua e prioritariamente uma função típica, e de modo secundário, as demais.

### 2.1.1. Poder Executivo

De um modo geral, a principal função do Poder Executivo é a Administração Pública e, na União, o presidente da República, em virtude do sistema de governo republicano e regime de governo presidencialista, se destaca na função administrativa, assumindo as funções de chefe de estado e chefe de governo. É um executivo monocrático, na medida em que as funções de chefe de Estado e de governo são exercidas por uma pessoa, que conta com o auxílio dos Ministros de Estado.

A função típica do Poder Executivo é a administração do Estado, de forma ampla, e não apenas a administração da matéria interna dos demais poderes. O Executivo tem níveis de decisão política, a cargo do presidente e seus ministros, e de um modo bastante hipertrofiado, a responsabilidade de execução das decisões contidas na Constituição, nas leis e nos atos administrativos normativos (estes últimos editados pelo próprio Executivo) (FRIEDE, 2005, p. 259).

O Poder Executivo possui competência secundária de legislar, através dos chamados atos administrativos normativos, bem como pela participação no processo legislativo, tendo em vista que compete ao Presidente da República a elaboração das leis delegadas (artigo 68 da CF/88) e medidas provisórias (artigo 62 da CF/88).

Ainda, atipicamente, pode julgar, já que “aplica o direito nos casos concretos nos pedidos de ordem administrativa” (FRIEDE, 2005, p.259). Entretanto, importante ressaltar que os atos emanados pelo Executivo são passíveis de controle pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (inafastabilidade do Judiciário), haja vista que o direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una. Nas palavras de Di Pietro (2010, p. 747), tal sistema confere ao Poder Judiciário “o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos”. Assim, mesmo que a decisão tenha sido emanada do Poder Público, nada impede a apreciação pelo órgão jurisdicional no que se refere à legalidade, moralidade e motivos (fatos) dos atos discricionários.

### 2.1.2. Poder Legislativo

Na atual concepção, cabe ao Poder Legislativo a função primária de criar o direito positivo infraconstitucional. Nas palavras de Friede (2005, p. 215), “o Poder Legislativo representa o órgão fundamental imbuído da missão básica de elaborar, revogar, alterar e emendar as leis [...]”.

Referido poder encontra-se organizado em todos os níveis do Estado. No âmbito da União, é exercido pelo Congresso Nacional, que se divide em Senado Federal, representante dos Estados, e Câmara dos Deputados, representante do povo, conforme determina o artigo 44 da Constituição Federal. Pode-se dizer que tanto o Senado quanto a Câmara atuam a fim de garantir a participação dos Estados e do povo, respectivamente, na criação das leis.

De modo atípico, o Legislativo possui competência para administrar e julgar, instituídas pela Constituição Federal. Por exemplo, na sua função administrativa realiza licitações e organiza e administra sua estrutura interna. Já na sua função judicante, julga o presidente nos crimes de responsabilidade. A lei assim determina:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998);

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Além da função típica de legislar, o Poder Legislativo também se caracteriza como poder financeiro, com competência para fiscalização contábil, financeira e

orçamentária da Administração direta e indireta. Para isso, conta com o auxílio do Tribunal de Contas, no exercício do controle externo.

### 2.1.3. Poder Judiciário

O Poder Judiciário surgiu pela necessidade de se criar um órgão autônomo que tivesse função própria de resolver os conflitos de interesse, substituindo os métodos da justiça privada. A partir dessa ideia tornou-se concreta a figura do Judiciário, possibilitando a solidificação do Princípio da Inafastabilidade do Judiciário, disposto no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, *in verbis*: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Tem como atribuição típica a atividade jurisdicional, resolvendo os litígios por meio da aplicação da lei a uma situação controversa, visando à satisfação da vontade das partes.

Além da função típica, jurisdicional, o Judiciário possui as funções de administração e legislativa. Administra nos termos do artigo 96, I, *f* e legisla nos termos do artigo 96, I, *a*, ambos da CF/88.

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

[...]

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

O órgão máximo do Poder Judiciário é o Supremo Tribunal Federal, responsável pela guarda e defesa da Constituição Federal, tendo suas atribuições explicitadas taxativamente no artigo 102, I da CF/88. É o chamado princípio da reserva constitucional de competência originária. Já dizia Kelsen *apud* Gomes (1989, p. 61) “que a guarda da Constituição deveria ser deferida a um Tribunal Constitucional, que apreciaria as questões jurídico-constitucionais, realizando a supremacia da Constituição”, com independência e autonomia.

## 2.2. O sistema de freios e contrapesos

O sistema de freios e contrapesos, também conhecido como *check and balances*, surgiu na Inglaterra na medida em que a nobreza e o clero controlavam os projetos de leis propostos pelo povo através da Câmara dos Comuns, com o fim de evitar que as aspirações do povo fossem concretizadas, com a consequente decadência dos interesses da nobreza. Referido sistema é entendido como a essência da separação dos poderes consagrada por Montesquieu, na medida em que cada poder que compõe o Estado é capaz de controlar os abusos cometidos pelos demais, evitando que as raízes dos governos absolutistas renasçam.

A tripartição do poder e o exercício das três funções pelos três poderes, só variando a especialização e preponderância, serve como forma de limitar cada um deles. Nada mais demonstrado de que o poder corrompe, de que o detentor do poder tende a abusar dele. Assim, o exercício parcelado e mutuamente controlado é a grande mola de funcionamento do Estado moderno. A esse sistema se designou *checks and balances* ("freios e contrapesos"). O ideal é que os poderes atuem em conjunto e harmonicamente, a bem da sociedade. A independência dos Poderes deve ser assegurada para que possa ser satisfatório o sistema de freios e contrapesos (MOTTA; DOUGLAS apud FRIEDE, 2005, p. 212).

É considerado um mecanismo de controle ao permitir a intervenção entre os poderes, a fim de contê-los (freio), não usurpando o exercício de funções típicas e específicas do outro (contrapesos). Superada a ideia de prevalência de um poder sobre o outro, surge a ideia de independência e harmonia, admitindo-se no ordenamento constitucional a interferência e vigilância recíprocas. Assim, a concepção moderna de separação dos poderes permite um controle entre os poderes. Dessa forma,

de relevante interesse ainda, para o equilíbrio de forças entre os Poderes, para que um não exerça domínio ou subordine o outro, o sistema de freios e contrapesos, em que nossa Constituição prevê instrumentos de defesa e de controle de um com relação aos outros. Assim, tendo o Poder Legislativo a função principal de elaborar normas, pode o Executivo, em não concordando com o seu teor ou impacto, vetá-la. Em contrapartida, pode o Legislativo rejeitar o veto,

e ainda, no estrito exercício de suas funções, pode o Poder Judiciário negar-lhe eficácia, declarando sua inconstitucionalidade. No mesmo sentido, pode uma proposta de lei enviada pelo executivo sofrer emendas pelo legislativo (CASTELO BRANCO, 2007, p.41).

No que se refere aos poderes que compõem a União, pode-se dizer que o Poder Executivo exerce controle sobre o Poder Legislativo, na medida em que o chefe do Executivo tem a possibilidade de vetar projetos de lei, conforme disposto no artigo 66, § 1º e artigo 84, inciso V, ambos da CF/88. O instituto do veto é um importante exemplo do sistema de freios e contrapesos, tendo se originado no parlamento inglês. Na verdade, com o instituto do veto, o Poder Executivo pode realizar o controle de constitucionalidade preventivo. Da mesma forma, é possível ao Presidente da República ingressar com ação declaratória de constitucionalidade, a fim de corrigir contenda judicial na aplicação da norma pelo Poder Judiciário.

Já o Poder Judiciário exerce controle de constitucionalidade, decorrente do artigo 102 da CF/88, sobre o Poder Legislativo, conforme prerrogativas de sua função típica. O controle concentrado de constitucionalidade se dá por meio da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ainda, atipicamente, o Judiciário detém função legislativa de forma que é possível e ele a deflagração do processo legislativo, nos termos do artigo 93 e 96, inciso II da CF/88. Em relação ao Poder Executivo, o Judiciário também exerce o controle de constitucionalidade se esse concorre para a inconstitucionalidade, bem como nos casos de omissão, em que os órgãos administrativos são compelidos pelo Poder Judiciário a tomar medidas cabíveis no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilidade. Aqui se encontra a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, disposta no artigo 103, §2º, parte final da CF/88. Ainda, existe uma interferência do Judiciário no Executivo que importa também a participação do Poder Legislativo, qual seja o disposto no artigo 52 da CF/88.

Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

[...]

Parágrafo único - Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

O Poder Legislativo, por sua vez, tem competência para exercer controle sobre o Poder Executivo, fiscalizando seus atos. Tem-se como exemplo a competência do Senado Federal para julgar o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, conforme disposto acima. Ainda, ao integrar o Conselho da República (artigo 89 da CF/88), órgão de consulta do Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, exercem certo controle sobre as decisões do chefe do Executivo. Outro instrumento importante de controle são as Comissões Parlamentares de Inquérito, que exercem poder investigatório próprio das autoridades judiciárias.

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

[...]

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (artigo 58, §3º da CF/88).

Entretanto, para a eficácia da separação dos poderes é necessário que estes possuam, sobretudo, liberdade, para agir conforme suas prerrogativas, bem como equilíbrio, não ultrapassando os limites estipulados pelo ordenamento constitucional. Assim, se faz necessário uma interferência recíproca entre os poderes, ou seja,

além de exercerem precipuamente suas funções típicas, devem exercer um controle de fiscalização sobre os demais, levando a efeito o sistema de freios e contrapesos.

É por meio da cooperação desses três Poderes - O Legislativo, o Executivo e o Judiciário - que o Estado realiza a sua autonomia. Esta autonomia consiste em organizar-se, formar-se e manter-se de acordo com as leis da Liberdade. Em sua união é realizado o Bem-estar do Estado [...]. Não por isso apenas o bem-estar e a felicidade individuais dos Cidadãos do Estado (MORRIS, 2002, p. 254).

Assim, a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos coexistem com os preceitos do Estado Democrático de Direito, ao passo que visa à limitação de poder e a contenção de abusos, incidindo a regra do “*rule of Law*”, que determina que os governantes devem agir de acordo com uma lei maior. Tais institutos também demonstram os ideais do constitucionalismo, conforme visto no primeiro capítulo.

No que tange ao controle de fiscalização, muito se discute a respeito da existência de um quarto poder, responsável pela efetivação da aplicação da lei, defesa dos direitos difusos e coletivos, bem como pela fiscalização do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo, garantindo a eficiência do sistema de freios e contrapesos. Tal poder seria o Ministério Público. Entretanto, existem divergências sobre o assunto. Atualmente, este se enquadra nas funções essenciais à justiça, sendo uma instituição permanente de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

É bem verdade que a teoria proposta por Montesquieu, tendo como essência o “*check and balance*” não evitou futuros problemas decorrente do exercício das funções típicas e atípicas dos poderes.

Muito se questiona a respeito do real papel do Poder Judiciário, ou seja, se no exercício das suas funções típicas e atípicas não interfere de forma desmedida nos demais poderes, ofendendo o Princípio da Separação dos Poderes. Ou seja, muito se discute se o Judiciário adotando uma postura ativista, como veremos no próximo capítulo, estaria violando a independência dos poderes. Os questionamentos não são “contra o controle judicial de constitucionalidade, mas contra a interpretação

judicial criadora, fundamentada na tese de que o magistrado carece de legitimação democrática” (ESTEVES, 2001, p.155).

As demandas que chegam ao Judiciário aumentam cada vez mais. Pessoas buscam a efetivação de seus direitos tendo em vista a inaplicabilidade das políticas públicas, bem como a omissão do Estado. Embora haja discussões a respeito do assunto, é certo que em casos assim o Poder Judiciário pode e deve interferir, a fim de garantir a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais descritos na norma constitucional.

### 3. ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Como podemos inferir dos capítulos precedentes, o Constitucionalismo inglês, em 1215, foi uma tentativa inicial de limitar o poder do soberano e garantir direitos à minoria desprivilegiada. O que se pretendia era limitar o poder executivo exacerbado e desenfreado e criar um sistema estatal voltado para os direitos fundamentais. No Brasil, com a vigência do Estado Democrático de Direito, os ideais desse movimento se mostraram por meio da implementação de um sistema que privilegiasse a tripartição dos poderes, instituição de um Poder Judiciário forte e força normativa dada aos princípios.

Desde a Carta Magna da Inglaterra, a sociedade vem sendo conduzida por um ordenamento jurídico dotado de termos gerais e conceitos abertos, como os princípios, que visam concretizar os mais diversos direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a dignidade. Mas como concretizar, por exemplo, a dignidade da pessoa humana? Para isto, é necessária a interpretação dos operadores do Direito, que devem concatenar os conceitos abertos aos casos concretos. Dessa necessidade de interpretar os termos lacunosos que surgiu o fenômeno do ativismo judicial.

O processo legislativo já não mais acompanha a complexidade da sociedade, fazendo com que cada vez mais demandas sejam levadas ao Poder Judiciário, para que este pondere os valores múltiplos emanados da Constituição Federal. O neoconstitucionalismo também contribui para isto, já que estabeleceu uma jurisdição constitucional capaz de garantir direitos fundamentais. Assim, percebe-se que os termos gerais e abstratos, a sociedade complexa e o neoconstitucionalismo foram fatores que, de certa forma, contribuíram para o que os críticos chamam de ativismo judicial.

#### 3.1. Ativismo Judicial e o processo de judicialização

A expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez por um jornalista americano em 1947 (LOPES, 2010, sp), ao escrever sobre a forma com que a Suprema Corte americana interpretava, de forma garantista, a Constituição.

Nas palavras de Santarosa (2013, p. 575), o ativismo é uma postura ativa do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais, não exclusivamente sobre estes, mas a demais conteúdos. Na mesma linha, Barroso conceitua o ativismo como “atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (2008, p.6). Para ele, “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito” (2008, p.7).

Para Teixeira (2012, s.p.), o juiz ativista, positivamente, busca a proteção de direitos diante das abstrações e a “realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros poderes”. Do mesmo modo, Carvalho (2009, s.p) afirma que

o ativismo judicial exige que os juízes sejam atuantes no sentido não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal, mas exige audácia na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, reivindicando, então, para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado preciso aos mesmos, concretizando-os, bem como julgar os atos dos outros poderes que interpretam estes mesmos princípios.

Por outro lado, embora ativismo e judicialização se interliguem, esta diz respeito às diversas questões políticas e sociais que estão sendo decididas pelo Poder Judiciário. É considerada “um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política” (BARROSO, 2008, p.6).

As causas do crescente processo de judicialização são diversas, podendo citar o processo de redemocratização ocorrido em 1988, tornando a sociedade mais consciente de seus direitos, bem como o processo de constitucionalização, trazendo matérias para a Constituição que antes pertenciam ao processo legislativo. Ainda, o modelo de controle de constitucionalidade adotado no país, o qual permite maior

intervenção do Poder Judiciário nos casos de incidência de legislações inconstitucionais, também foi fator contribuinte.

Ambos os conceitos se relacionam na medida em que

as causas preponderantes ao advento da judicialização, que alcança seu ápice com o neoconstitucionalismo, podem também ser listadas como as causas que denotam o afloramento do ativismo judicial, caracterizado, justamente, pela forma de uso e aplicação dos textos ambíguos e vagos do sistema jurídico. (SANTAROSA, 2013, p. 580).

Nessa sociedade plural, o legislador não consegue prever todas as condutas a serem adotadas pelo Direito, principalmente no que se refere aos casos difíceis (*hard cases*). A intensa produção de leis e o fato de direitos sociais não estabelecerem aplicação direta de seus conceitos fazem com que o juiz se torne mais participativo em casos a serem decididos, não sendo apenas porta voz da lei. A atual visão do sistema de freios e contrapesos “prevê uma atuação dos magistrados visando não somente vigiar e proteger a legislação, mas extirpar do ordenamento qualquer lei ou ato normativo produzido contrário aos valores e preceitos vigentes” (SANTAROSA, 2013, p. 582). O neoconstitucionalismo também contribuiu para esta participação ativa, já que prevê a supremacia da Constituição, o controle de constitucionalidade e o Judiciário como interprete final da lei fundamental.

Diante do tema, o ministro Celso de Mello afirmou que

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos (2008, s.p).

O modo de agir do Judiciário, de forma proativa, se enquadra nos padrões dos substancialistas, já que a jurisdição constitucional ingressa direta e efetivamente no conteúdo do direito previsto, criando elementos, quando necessário, e interpretando. É necessária uma postura concretista, tendo em vista ser imprescindível suprir as lacunas do ordenamento jurídico. Na sociedade complexa

de hoje, não há mais espaço para a visão dos procedimentalistas, que defendiam uma jurisdição constitucional que apenas garantia o processo, assegurando o funcionamento dos canais democráticos, se caracterizando pela auto-contenção, “restringindo o espaço de incidência da Constituição em favor de instâncias tipicamente políticas” (BARROSO, 2008, p. 7).

É importante destacar que vigora no sistema jurídico brasileiro o Princípio da Inércia da jurisdição, pregando que o juiz somente poderá aplicar a lei ao caso concreto caso seja provocado pelas partes interessadas. Pode-se dizer que em todas as vezes que o Judiciário se manifestou foi anteriormente provocado, fazendo cumprir sua função determinada pelo ordenamento constitucional.

### **3.2. Manifestações do ativismo judicial**

Diante do intenso processo de judicialização ocorrido no país nos últimos anos, as demandas que por vezes não chegavam ao Poder Judiciário, passaram a ser decididas por este, tornando-o mais próximo da sociedade.

No que se refere às manifestações da atividade judicante, Barroso (2008, p. 6) afirma que

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

Em relação à aplicação direta da Constituição o Supremo Tribunal Federal inovou ao se deparar com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, proposta pela Procuradoria Geral da República, e a Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental (ADPF) 132, proposta pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, as quais pretendiam o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Os ministros da Suprema Corte reconheceram tal possibilidade, dando interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1.723 do Código Civil, argumentando que o artigo 3º, inciso IV do mesmo diploma veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça e cor, e que, assim, ninguém poderia ser discriminado ou privado de direitos por questões de preferência sexual. Com esta atuação proativa equiparou-se os direitos dos casais homossexuais aos heterossexuais, reconhecendo o caráter de entidade familiar da união homoafetiva, na qual incidirá as mesmas regras pertinentes aos casais heterossexuais.

Da mesma maneira, houve interpretação conforme a Constituição no caso da fidelidade partidária, em que o Supremo declarou, diante das ações diretas de inconstitucionalidade 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão e pela Procuradoria-Geral da República, que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político. Ao declarar a constitucionalidade da resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral, criou uma nova hipótese de perda de mandato, já que os políticos que trocassem de partido após serem eleitos poderiam ter seus mandatos cassados, conforme dispôs o artigo 1º da referida resolução, *in verbis*:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

Houve inúmeras discussões em relação ao tema, tendo em vista a existência da possibilidade do Tribunal Eleitoral ter legislado sobre a matéria, intervindo em competência do Poder Legislativo. Mas na verdade, o que tal tribunal fez foi suprir uma lacuna, diante da inércia do Congresso Nacional.

Barroso (2008, p. 8) ainda cita a vedação ao nepotismo, com a consequente edição da Súmula Vinculante 13. Para alguns críticos tal atuação foi uma forma de ativismo negativo, com certa conotação normativa. Entretanto, Barroso afirma que “o que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa” (BARROSO, 2008, p. 8).

Os casos de ausência de norma regulamentadora também tornam claras as manifestações do ativismo. Ao se deparar com uma omissão legislativa referente ao direito de greve dos servidores públicos, o Supremo conferiu eficácia ao Mandado de Injunção 712, com a conseqüente aplicação, por analogia, da lei de greve dos servidores privados. A Corte Constitucional deixou de lado o entendimento de que o Mandado de Injunção, como remédio constitucional, apenas teria como função formal a declaração da omissão legislativa e comunicação ao órgão responsável pela regulamentação, e passou a adotar uma postura concretista diante das lacunas da lei. Dessa forma, foi o voto do Ministro Celso de Mello:

Não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Daí a importância da solução preconizada pelos eminentes ministros EROS GRAU (MI 712/PA) e GILMAR MENDES (MI 670/ES), cuja abordagem do tema ora em exame não só restitui ao mandado de injunção sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis. (MI 712-8/PA, p. 24).

A posição anteriormente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a não concretista, se justificava pela lesão à separação dos poderes, sendo impossível ao Judiciário exercer uma função que caberia ao Legislativo. Na verdade, nos casos em que o Supremo adotou uma postura concretista não houve uma afronta à separação dos poderes, tendo em vista que a função do Mandado de Injunção não é a produção de leis, mas sim a viabilização de direitos e liberdades constitucionais. Adotou-se uma postura normativa, e não legislativa.

Em relação à segunda manifestação tem-se como exemplo a declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira (ADI 1351 e 1354), também conhecida como cláusula de desempenho. Tal cláusula determinava que o partido político com menos de 5% de representação na Câmara dos Deputados não poderia desfrutar plenamente de certos benefícios, como participação no Fundo Partidário, nas propagandas eleitorais e nas comissões. Diante de uma ação direta de

inconstitucionalidade proposta por diversos partidos sob a alegação de lesão ao direito político das minorias, o Supremo Tribunal Federal declarou a cláusula inconstitucional, afirmando que

A inconstitucionalidade não reside na natureza desse tipo de restrição à atividade dos partidos políticos, mas na forma e, portanto, na proporção estabelecida pelo legislador brasileiro. Não se deixou qualquer espaço para a atuação parlamentar das agremiações partidárias que não atingiram os percentuais exigidos pelo art. 13 da Lei 9.096/95 e que, contraditoriamente, podem eleger um cabedal expressivo de representantes. O modelo é patológico na medida em que impede o funcionamento parlamentar do partido, mas não afeta a própria eleição do representante. Na prática, a subsistência de um modelo como esse tem o condão de produzir, a curto prazo, dois principais efeitos indesejados. O primeiro é o de anular a efetividade da atuação do partido como bancada específica, o que se afigura decisivo para que se encontre uma solução que supere esta inevitável “situação de isolamento”, mediante a fusão com outras agremiações partidárias que consigam atingir os percentuais de votação exigidos pela lei. O segundo, como consequência, é a acentuação do desvirtuamento da fidelidade partidária, com a integração dos parlamentares eleitos a partidos detentores do direito de funcionamento parlamentar, sem qualquer respeito ou preocupação com as intenções programáticas de cada agremiação. (ADI 1351/DF, 2007).

Por fim, Barroso ainda afirma existir uma terceira forma de manifestação do ativismo judicial na atividade judicante brasileira, através da imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em relação às políticas públicas.

Cada vez mais os indivíduos, com a intenção de fazer valer os preceitos do ordenamento constitucional de matiz garantista, recorrem ao Poder Judiciário, com o fim de compelir o Estado a efetivar o direito à saúde. Nesse sentido, o Judiciário se manifesta, como exemplo, garantindo o fornecimento de medicamentos e tratamentos hospitalares, fazendo valer os ditames do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário.

Existe na doutrina os que entendem ser essa manifestação uma afronta a separação dos poderes, uma verdadeira intervenção do Judiciário nas funções do Poder Executivo. Ocorre que, conforme explica Seferjan (2010, p.310)

A intervenção do Judiciário para controle de políticas públicas não significa uma agressão ao princípio da separação dos poderes. É papel constitucional do Judiciário, havendo conflito de interesses, decidir o caso concreto, fazendo valer a vontade da lei. O fato de a decisão judicial ser contrária ao Executivo não significa ter havido uma indevida ingerência de um poder sobre o outro. Ademais é característica marcante do Estado de Direito a submissão do Estado à jurisdição constitucional.

O confronto entre a reserva do possível e o mínimo existencial dá causa, muitas vezes, ao aumento das demandas judiciais. Este tem a ver com o mínimo necessário para o indivíduo ter uma vida digna. São os direitos sociais, econômicos e culturais, que possuem caráter programático, já que o Estado deve criar programas para sua efetivação. Já a reserva do possível impõe um limite de recursos ao Estado para garantir tais direitos, ou seja, deve-se observar antes de tudo a disponibilidade orçamentária. Quando esses conceitos se chocam cabe ao destinatário do direito tomar medidas judiciais para ter seu direito satisfeito.

As decisões recentes da Suprema Corte já se mostram no sentido de garantir as políticas públicas, se baseadas em preceitos do ordenamento constitucional. Assim foi com a Suspensão de Tutela 613, de 14/11/2012, em que se decidiu pelo fornecimento do medicamento, mesmo importado, já que a comunidade médica o reconheceu como único meio eficaz para o tratamento, mesmo o Estado alegando lesão à ordem, saúde e economia públicas.

Ora, no caso dos autos, é evidente estar-se diante de matéria constitucional, devido a que as decisões impugnadas tratam dos direitos fundamentais à vida e à saúde (*caput* do art. 5º, arts. 6º e 196). Competente, assim, o Supremo Tribunal Federal para a análise do pedido de suspensão. Não configurada, porém, a grave lesão à ordem, saúde e economia públicas. Isso porque, embora o Sistema Único de Saúde não forneça os medicamentos de que tratam as decisões impugnadas, eles são absolutamente necessários para que os portadores de Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN) tenham uma vida minimamente digna. A não-utilização do remédio potencializa uma série de enfermidades graves (com risco, inclusive, de morte), além de submeter o paciente ao sempre desgastante processo de transfusão de sangue. No sopesar dos valores, portanto, a balança da justiça pende, a meu ver, para o lado da vida e saúde humanas, ainda que as lesões à ordem e economia públicas não

sejam desprezíveis. (...)Fica clara, assim, a imprescindibilidade do tratamento, parecendo recomendável a excepcional determinação de importação do fármaco. A ponderação dos valores em conflito, neste caso, leva ao indeferimento do pedido de contracautela, uma vez que a suspensão dos efeitos das decisões impugnadas pode ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida dos pacientes, parecendo indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano inverso (STA 613/RJ).

Recentemente, o STF reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) 684612 interposto pelo município do Rio de Janeiro em face do Ministério Público Estadual por ter este, em ação civil pública, obrigado o município a tomar medidas administrativas para o funcionamento de um hospital da região. Os ministros entenderam que a matéria vai além do interesse das partes, ao questionar possíveis limites impostos ao Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado na área das políticas públicas. Até o momento, o recurso encontra-se com o julgamento de mérito pendente.

### **3.3. A legitimidade do Poder Judiciário em sua atuação proativa**

Diante das discussões a respeito do ativismo judicial, muitas críticas surgem sobre a existência de legitimidade do Judiciário em sua atividade judicante proativa, bem como os aspectos que poderiam legitimar sua atuação.

As críticas à expansão da intervenção judicial na atividade judicante brasileira são inúmeras. Em um primeiro momento, critica-se a criação vasta e difusa do direito jurisprudencial, o que torna difícil o acesso aos cidadãos, além de gerar um risco a segurança jurídica devido à retroação dos efeitos das decisões judiciais, diferindo das leis, já que estas, por expressa disposição constitucional não retroagem.

A criação do direito pelo Judiciário ainda seria ilegítima devido a uma incompetência institucional, já que não possui capacidade para analisar aspectos técnicos e científicos, sendo sua função apenas jurisdicional. Porém, tal crítica perdeu força devido à existência de instrumentos capazes de superar tal incompetência técnica, como o *amicus curiae* e as audiências públicas, auxiliando a discussão jurídica.

Entretanto, a crítica que mais prospera diz respeito ao caráter contramajoritário do processo judicial, indo de encontro aos preceitos democráticos e desempenhando um poder político. É certo que o Estado Democrático tem como pilares a imposição da vontade da maioria, que por meio das eleições, escolhe representantes para criar o direito positivo.

Ocorre que a jurisdição constitucional tem como função primordial, constituindo-se a verdadeira essência do sistema de freios e contrapesos,

fazer valer os preceitos constitucionais, e essa atuação pode ser tanto ativa quanto repressiva; melhor dizendo, tanto visa a dar efetividade a direitos previstos e não regulados pelo legislativo quanto evita que o direito legislado produzido seja um meio de obstaculizar ou derrogar os valores insertos nas normas constitucionais (SANTAROSA, 2013, p. 593).

Nesse mesmo sentido, Barroso diz que

Magistrados não têm vontade política. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação dos poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito (BARROSO, 2008, p.11).

Pode-se dizer que a fonte de legitimação do Poder Judiciário para atuar proativamente decorre precipuamente da Constituição, já que tem como função primordial concretizar valores descritos no ordenamento constitucional, exercendo seu papel social. Ainda, a independência de vinculação política entre esse poder e os demais, e o diálogo, propagado pelo contraditório, são dois elementos que consubstanciam a idoneidade do Judiciário para atuar de tal maneira (FISS, 2004, p. 115).

Ainda que reste comprovado que o Judiciário é dotado de legitimidade na sua atuação é necessário estabelecer limites, tendo em vista que tal poder não deve se sobrepor aos demais, ferindo os ditames do princípio da separação dos poderes, o qual coloca todos em níveis iguais. Nas palavras de Barroso (2010, p. 13)

O fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.

Assim, para evitar que o juiz atue como legislador deve primar pela fundamentação das decisões judiciais, meio último de avaliação da legitimidade. Ou seja, “só atuam legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição” (BARROSO, 2008, p. 12).

Embora tenha essa capacidade que o difere dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário, como guardião das normas constitucionais, jamais pode se exceder nesta função proativa, lembrando que a sua competência jurisdicional deve também buscar a legalidade, a proporcionalidade e a moralidade, sempre dentro dos limites estabelecidos constitucionalmente.

Muito mais do que críticas, a atividade judicante é revestida de positividade na medida em que atua de forma a satisfazer interesses sociais, desviando-se de questões meramente políticas. O juiz ativista não deve ser um legislador positivo, nem pode fugir às suas prerrogativas funcionais, ferindo a separação dos poderes. Se assim for, se tornará arbitrário e lesará o que mais se preza no nosso Estado: a democracia. Dessa forma, o Judiciário não pode ser indiferente às demandas que chegam até ele, tendo o dever de concretizar valores constitucionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise de julgados recentes da Suprema Corte brasileira, procuramos observar como se dá a atuação do Poder Judiciário na busca da solução dos conflitos de interesses, a fim de garantir direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal.

Perseguindo tal objetivo, iniciamos este trabalho analisando a evolução das teorias do poder. Vimos que, de certa forma, o poder sempre esteve presente nas sociedades, mas diante de certas arbitrariedades, fez-se necessário criar meios de limitá-lo. A construção de teorias acerca do poder fez surgir um dos mais importantes princípios estampados na Carta Magna, qual seja, o princípio da separação dos poderes. Montesquieu o articulou de forma mais precisa, após manifestações de Aristóteles e Locke, embora sua aplicação no Estado atual se dê de forma menos rígida, tendo em vista existir a possibilidade de uma interpenetração entre as esferas do poder. Todas as forças capazes de concretizar os ditames do Estado Democrático de Direito, exterminando governos absolutos e tirânicos, só foram possíveis graças aos esforços do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo. Tais movimentos elevaram a força da Constituição, dando maior eficácia às suas normas.

Com o intuito de observar na prática tais questões, fez-se uma abordagem das funções exercidas pelos órgãos do poder. O estudo mostrou que, diferente do que afirmava a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, além de funções típicas, inerentes às suas prerrogativas, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário também atuam de forma atípica. Não existe aqui uma interferência funcional, já que a função administrativa do Executivo nada tem a ver com a do Legislativo, por exemplo. A ideia estabelecida na Constituição Federal de independência e harmonia entre os poderes conduziu o trabalho para a análise do sistema de freios e contrapesos, na medida em que tal instituto permite que um poder interfira no outro para conter eventuais arbitrariedades, existindo, assim, uma vigilância recíproca. Em relação ao Poder Judiciário, objeto de estudo do presente trabalho, observou que o controle de constitucionalidade é o instrumento de defesa e de controle mais importante utilizado por este.

Conduzidas por essas questões e pelas diversas discussões a respeito da atuação proativa do Poder Judiciário, o trabalho centrou-se no estudo do ativismo judicial. Tal fenômeno visto pelos críticos como uma afronta ao princípio da separação dos poderes traz em seu significado uma conotação negativa, na medida em que atribui uma ação por antecipação, ou até mesmo, certa dinamicidade ao Judiciário.

A análise de julgamentos pela Suprema Corte nos trouxe uma ideia oposta. A nosso entender, a postura ativista do Poder Judiciário nada tem a ver com uma criação do direito, função que a este não compete. Parte da doutrina entende – e a esta corrente nos filiamos – que o que ocorre na maioria dos casos levados ao julgamento das Cortes Constitucionais é uma interpretação extensiva por parte dos operadores do direito, buscando extrair o máximo das capacidades do texto constitucional, sem, entretanto, criar normas.

O juiz ativista é aquele que sabe interpretar e potencializar conceitos abstratos, diante de uma constituição revestida de princípios gerais, que ganharam força normativa com o neoconstitucionalismo, atribuindo sentido preciso capaz de garantir o direito à saúde, a dignidade, a liberdade, entre outros.

As críticas trazem a ideia de crescente atuação proativa do Judiciário, mas o que se vê é um crescente processo de judicialização, diante das complexidades da sociedade, o que de certa forma, leva ao aumento do ativismo.

O enunciado normativo, ou seja, o texto da lei, não se confunde com a norma, já que esta resulta da interpretação, da operação intelectual por meio da qual se extrai o sentido daquela, e para tal, o Judiciário é legitimado, tendo em vista ter como função primordial concretizar valores descritos no ordenamento constitucional.

Do exposto, conclui-se que a atuação “intervencionista” do poder judiciário nas demais esferas do poder encontra amparo jurídico e as causas que tornam tal ação positiva encontram respaldo na forma com que efetiva os direitos estampados na Constituição Federal, desmistificando uma visão de invasão injustificada deste no domínio dos outros poderes.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em 25 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05/05/2011. Procedente.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05/05/2011. Procedente.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 22.610/07. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 25/10/2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4086/DF. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 12/11/2008. Improcedente.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999/DF. Requerente: Partido Social Cristão. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 12/11/2008. Improcedente.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1351/DF. Requerente: Partido Comunista do Brasil e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 07/12/2006. Procedente.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1354/DF. Requerente: Partido Social Cristão. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 07/12/2006. Procedente.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela nº 613/RJ. Requerente: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 10/10/2012. Indeferida.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 684612. Requerente: Município do Rio de Janeiro. Relator (a): Min. Cármen Lúcia. Brasília: 07/05/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712-8. Requerente: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12/04/2007.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2137, 8 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12781>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição direito constitucional positivo*. 13. ed.rev.atual.ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CASTELO BRANCO, Alber. *A teoria da separação de poderes na atual ordem constitucional: atribuições, relações e perspectivas*. 2007. Monografia (Especialização em Direito) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2007.

COSTA, Nelson Nery. *Direito municipal brasileiro*. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTEVES, Maria da Assunção A. *Estudos de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FISS, Owen. *Um novo processo civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto Salles. São Paulo: RT, 2004.

FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional e teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional e seus elementos, diante da separação dos poderes. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Vol. n. 1. Brasília: TRF-1ª Região, 1989.

GROPPALDI, Alexandre. *Doutrina do estado*. Trad. Paulo Edmar de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1968.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Anoar Aiex e Jacy Monteiro. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Tiago Cougo. *Algumas considerações acerca do ativismo judicial*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8831&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 24 mar 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso de. Discurso: em nome do Supremo Tribunal Federal (solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte em 23/04/2008). Disponível em: <[www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf)>. Acesso em: 4 jun. 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

SANTAROSA, Humberto. Jurisdição criativa e a motivação das decisões judiciais como seu aspecto legitimador. FUX, Luiz (coord.) *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 560-625.

SEFERJAN, Tatiana Robles. et al. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, Vol.8, São Paulo, Jan./Junho 2012.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 17 ed.rev.ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.