

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**ARTHUR DE AZEVEDO COELHO**

**OS LIMITES DO ATIVIMOS JUDICIAL NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA  
TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**

**SÃO PAULO**

**2022**

ARTHUR DE AZEVEDO COELHO

OS LIMITES DO ATIVIMOS JUDICIAL NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA  
TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Carlos Gonçalves Júnior.

SÃO PAULO

2022

ARTHUR DE AZEVEDO COELHO

OS LIMITES DO ATIVIMOS JUDICIAL NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA  
TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Carlos Gonçalves Júnior.

Aprovado em:

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Guilherme e Lila, por sempre me incentivarem, me ajudarem a trilhar os caminhos da vida e me proporcionarem todas as condições para realizar os meus sonhos. Sem vocês, nada seria. Obrigado pelo amor incondicional e por serem verdadeiros guias em todas as decisões da minha vida. Amo vocês.

Ao meu saudoso avô Osvaldo, minha primeira referência, que me inspirou em ingressar na faculdade de direito e me tornar advogado. Sua falta é constante, mas sei que está lá em cima, olhando por nós.

Às minhas queridas avós Anamaria e Suzana, cujo convívio e conversas me alegram, me trazem boas lembranças e memórias do passado.

Ao meu irmão Bruno, por todo o convívio e parceira nestes oito anos em que moramos juntos aqui na cidade de São Paulo. Seguimos juntos, por mais.

A Deus, por todas as bênçãos em minha vida.

Ao Professor Carlos Gonçalves Júnior, pela disponibilidade e auxílio na construção deste trabalho.

Aos meus colegas, amigos da faculdade e advogados dos escritórios nos quais pude estagiar, por todo o companheirismo e aprendizado nestes cinco anos de curso, que apesar das muitas adversidades motivadas pela pandemia, foram muito proveitosos.

Ao Sport Club do Recife, meu time do coração, pelas alegrias e emoções constantes.

Ao time de Handebol da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, cuja amizade e acolhida, desde o 1º dia de faculdade, foi fundamental para a minha graduação e tornou os meus cinco anos de graduação muito mais especiais, por fazer parte dessa verdadeira família.

## RESUMO

Esta monografia é o resultado da análise do fenômeno do ativismo judicial no Brasil, sob a perspectiva, após análise e pesquisa bibliográfica, do princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, que consagrou a teoria da tripartição dos poderes enunciada por Montesquieu. Após uma introdução, na qual se endereça aos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, e se identifica suas funções típicas e atípicas, a presente monografia adentra no ativismo judicial, ao explorar o seu conceito, a sua relação para com o crescimento da judicialização no país, bem como com a sua presença e abordagem majoritariamente no Brasil. Feitas as referidas considerações, o trabalho de conclusão de curso disserta a respeito do ativismo judicial de forma crítica, apontando atuações do Poder Judiciário que acabam por extrapolar o limite de suas funções e adentrar em temas e matérias de competência dos demais poderes.

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

## **ABSTRACT**

This monograph is the result of the analysis of the phenomenon of judicial activism in Brazil, from the perspective, after analysis and bibliographic research, of the principle of separation of powers, provided for in art. 2 of the Brazilian Federal Constitution, which enshrined the theory of tripartite powers enunciated by Montesquieu. After an introduction, which addresses the three powers, Legislative, Executive and Judiciary, and identifies their typical and atypical functions, this monograph enters the judicial activism, exploring its concept, its relation to the growth of judicialization in the country, as well as its presence and approach in Brazil. Having made these considerations, the course completion work dissects about judicial activism in a critical way, pointing performances of the Judiciary that end up extrapolating the limit of its functions and entering into issues and matters of competence of the other powers.

**Keywords:** Law. Tripartition of powers. Constitution. Judicial Activism. Limits.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA .....</b>	<b>9</b>
2.1 A CONCEPÇÃO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES .....	9
2.2 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	13
<b>2.2.1 O Poder Legislativo .....</b>	<b>15</b>
<b>2.2.2 O Poder Executivo .....</b>	<b>17</b>
<b>2.2.3 O Poder Judiciário .....</b>	<b>19</b>
<b>3 O ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>21</b>
3.1 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL .....	21
3.2 O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL .....	22
3.3 O TRATAMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL .....	24
<b>4 LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>28</b>
4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL .....	28
<b>4.1.1 Fidelidade Partidária .....</b>	<b>29</b>
<b>4.1.2 Inexigibilidade de consentimento de pessoa biografada para a publicação de biografias .....</b>	<b>30</b>
<b>4.1.3 União Homoafetiva .....</b>	<b>31</b>
<b>4.1.4. Procedimento de <i>Impeachment</i> de Presidente da República .....</b>	<b>32</b>
4.2 ELOGIOS E CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL .....	34
4.3 A NECESSIDADE DE LIMITES PARA O ATIVISMO JUDICIAL.....	38
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>41</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>43</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como premissa circundar e se aprofundar acerca do ativismo judicial, cada vez mais presente dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Pretende versar, primordialmente, acerca de suas fronteiras e limitações sob a perspectiva da teoria da Tripartição dos Poderes, assegurada pela Constituição Federal de 1988.

Na atualidade, muito se vê acerca da cada vez mais ativa e protuberante atuação do Poder Judiciário. Tal postura, se comparada a períodos anteriores ao século XXI, a qual se caracterizava por ser mais comedida e passiva, se sobressai diante das novas percepções sobre o direito.

Diante dessa evidente mudança de postura, elogios e críticas acerca da participação mais proativa dos membros do terceiro poder vieram à tona, de modo a trazer questionamentos sobre essa atuação e seus desdobramentos no mundo fático.

Questionamentos esses, em sua maioria, no sentido de indagar no que toca à legitimidade democrática desse novo comportamento judicial. Até que ponto a utilização do ativismo judicial interfere no princípio constitucional da separação e tripartição dos poderes?; O terceiro poder não estaria utilizando-se de prerrogativas próprias do Legislativo?; O ativismo judicial pode ser utilizado pelo Poder Judiciário, ao partir de uma premissa de proteção das garantias e direitos fundamentais, para preencher lacunas ou funções típicas do Poder Legislativo?; Se faz necessária uma maior e mais saudável interação institucional entre os três poderes, de modo a se evitar os constantes atritos?

Com base nessas e outras indagações, a presente pesquisa e trabalho visará compreender o ativismo judicial ligado à dinâmica de freios e contrapesos e à tripartição dos poderes, como corrente que engrandeceu a força normativa dos princípios e valores constitucionais.

Após a análise histórica de vertentes necessárias para o estudo, o tema será abordado sob uma perspectiva da prática constitucional, e como é e deve ser essa relação entre os poderes. Os excessos do ativismo judicial, que devem ser endereçados, serão tratados, para entender o ativismo exacerbado.

Os motivos pelo qual o ativismo se encontra tão presente na atualidade e o que efetivamente ameaça a harmonia entre os Três Poderes, que deve existir, mas se vê cada vez mais enfraquecida, também serão endereçados.

A escolha do tema se justifica em razão do apreço pelo Direito Constitucional, pela prática judicial e política e para aprofundar ainda mais nos motivos pelo qual o ativismo judicial

se faz presente na atualidade, o que motivou o seu crescimento, e quais os meandros entre os Três Poderes que o motivam, diante das novas relações entre as funções que devem ser exercidas numa democracia como o Brasil, no século XXI.

## 2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

### 2.1 A CONCEPÇÃO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O conceito da Tripartição dos Poderes, tão presente e sempre revisitado na atualidade, foi algo moldado e retratado desde muito cedo. Ao longo da história, diversos pensadores e filósofos trataram sobre a questão com o intuito de compreender o poder em si e estudar de que forma deveria se dar sua aplicação, como também para estabelecer e medir os limites que deveriam ser impostos a ele, de modo a assegurar os interesses do bem-comum, da ordem social e do Estado como um todo.

O filósofo grego Aristóteles, nascido em 384 a.C. e falecido em 322 a.C., conhecido por escrever e discorrer sobre assuntos dos mais diversos escopos, foi responsável por primeiro proferir a expressão “separação dos poderes”, em uma de suas mais completas obras, denominada “A Política”. Influenciado por Platão, que antes já havia exposto acerca da importância da divisão das funções do Estado em sua obra “A República”, o pensador, ao se referir à separação do poder, o fez considerando a sua divisão em três funções essenciais distintas, a deliberativa, a executiva e a judicial.

Para Aristóteles, o chamado Poder Deliberativo tem como intuito deliberar sobre a vida da população – esse Poder corresponde ao que reconhecemos atualmente como sendo o Legislativo –, no qual a Assembleia tem a competência para tratar das questões atinentes aos negócios do Estado, de forma a decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer e suprimir as leis, assim como prestar contas aos magistrados; o Poder Executivo, por sua vez, exercido também pelos magistrados, chamados de magistrados governamentais, tem a função de efetivar aquilo que restou decidido em Assembleia pelo Poder Deliberativo, de modo a compreender aquilo que fosse necessário à ação do Estado; e, por fim, o Poder Judiciário, que abrange os cargos de jurisdição, no qual os juízes são escolhidos através de sorteio ou por eleição.

Posteriormente, John Locke, pensador e considerado por muitos como o pai do liberalismo e empirismo, em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, de 1689, publicada logo após a Revolução Gloriosa, também versou a respeito da separação dos poderes.

Na mencionada obra, John Locke, muito embora sustente, no Capítulo XII da referida obra, que existiriam três poderes – o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo –, também afirma que esses, no fim, convertem-se em dois.

Isso porque, para Locke, o Poder Legislativo é o supremo diante de toda a comunidade civil, sendo, para tanto, um poder superior aos demais. Já o Poder Executivo tem a função de aplicação e execução das leis internas, enquanto o Poder Federativo possui como competência a de administrar a segurança e prezar pelo interesse público externo, de modo a tratar das relações internacionais do governo.

Em relação aos dois últimos, Locke afirmava serem poderes relacionados entre si, de tal maneira que não podiam ser desvinculados, por considerar que, em caso de separação, haveria a submissão da força pública a comandos diferentes, o que poderia vir a ocasionar desordem e ruína.

Desde então, percebe-se, inclusive um destaque quanto à separação principalmente no que concerne aos Poderes Legislativo e Executivo. Locke, para tanto, é incisivo sobre essa questão, ao afirmar que

[...] não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo.<sup>1</sup>

Entretanto, é apenas com Montesquieu que chegaríamos à concepção de Tripartição dos Poderes que é mais comumente aplicada e conhecida na atualidade. O Barão de Montesquieu foi um político, filósofo e escritor francês, que viveu de 1689 a 1755, e ficou majoritariamente e mundialmente conhecido por sua obra “O Espírito das Leis”, publicada em 1748, que justamente tratou da teoria da separação dos poderes que tanto influenciou e restou consagrada em diversas constituições de diversas democracias, dentre elas a Constituição da República Federativa do Brasil.

Através da mencionada obra, foi que Montesquieu inovou em relação aos demais autores, de forma que a sua teoria da separação dos poderes se destacou perante as demais, por ter mais bem definido, ao além de admitir e estabelecer a subdivisão do Estado em três poderes, quais sejam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, também demonstrar a necessidade da referida separação, ao enfatizar que estes poderes deveriam ser autônomos e independentes, porém harmônicos entre si. Dessa forma, ao abordá-los sob tal ótica, Montesquieu estabeleceu que cada poder deve ter suas funções típicas e atípicas, de forma a estabelecer um limite para

---

<sup>1</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994, p.170.

impedir que um tenha a capacidade de abusar dos demais. De acordo com Montesquieu (O Espírito das Leis, 2017):

Em cada Estado existem três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executor das coisas que dependem do direito dos povos, e o poder executor das que dependem do direito civil (\*\*). Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado faz as leis por um tempo ou para sempre, e corrige ou revoga as que foram feitas. Com o segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Com o terceiro, pune os crimes, ou julga os diferendos dos particulares. A este último chamar-se-á o poder de julgar, e ao outro simplesmente o poder executor do Estado (MONTESQUIEU, 2017, p. 305).<sup>2</sup>

Destaca-se que Montesquieu, desde então, já apontava que concentrar as três funções do Poder nas mãos de uma única pessoa seria além de tirânico, contrário à liberdade, haja vista que abriria um evidente espaço para a presença da arbitrariedade e da opressão. Dessa forma, defendia que o exercício das três funções do poder fossem desempenhadas por diferentes indivíduos. Segundo Montesquieu:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido juntamente com o poder executor, não há liberdade; porque se pode recear que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para as executar tiranicamente. Também não há liberdade se o poder de julgar não estiver separado (\*) do poder legislativo e o do executor. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executor, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais cidadãos, ou dos 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 os diferendos dos particulares. (MONTESQUIEU, 2017, p. 305 e 306)<sup>3</sup>.

Assim, de acordo com o autor, o Poder Legislativo é o que verdadeiramente representa o povo. Para tanto, descreve em sua obra que esse poder deveria possuir uma dualidade de câmaras legislativas. A primeira, a chamada câmara alta, que seria confiada aos nobres pelo critério hereditário, enquanto a segunda, denominada de câmara baixa, confiada ao povo, cujos representantes são eleitos.

O Poder Executivo, por sua vez, deveria ser concentrado na mão de um monarca, por considerar o autor que “o poder executor deve estar nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma acção imediata, é mais bem administrada por um do que por vários; ao invés do que depende do poder legislativo, que é muitas vezes mais bem ordenada por vários do que por um só.”<sup>4</sup>. Monarca esse que deveria, de

<sup>2</sup> MONTESQUIEU. Charles de Second. **Do Espírito das Leis**. Ed. Grupo Almedina, 2017, p.305.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 305 e 306.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 310.

acordo com o seu entendimento, participar também do processo legislativo, embora apenas na função de sancionar ou vetar o que vier a ser proposto e deliberado por aquele poder.

Em paralelo, quanto ao Poder Judiciário, Montesquieu destacou que este não poderia ser atribuído ao Executivo ou sequer ao Legislativo. De acordo com o escritor, o referido poder deve ser nulo e invisível e é uma das demonstrações da soberania do Estado. Para ele, a função de julgar, reservada ao Juiz, seria uma função restrita e rígida, que deveria tão somente aplicar o que a lei dispunha, de modo que jamais poderia impor aos demais poderes limitações que já não fossem decorrentes de sua própria separação.

Assim, diante da nítida separação, independência e harmonia entre os poderes descritas e defendidas é que se foi criado por Montesquieu o consagrado Sistema de Freios e Contrapesos.

Sobre esse ponto, Michel Temer – que, inclusive, foi Deputado Federal constituinte quando da elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo trabalhado na sua elaboração – afirma que o mérito da doutrina de Montesquieu não está em propor certas atividades para o Estado, pois estas já eram identificáveis à época. No seu entendimento, o valor de sua doutrina (“O Espírito das Leis”) está justamente na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse uma função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. Dessa forma, restaria demonstrado o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades, configurando, portanto, a fórmula dos “freios e contrapesos”<sup>5</sup>.

Dentro da conceituação da tripartição dos poderes, Luis Roberto Barroso ainda afirma,

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. A separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais.<sup>6</sup>

Assim, esse sistema significa admitir a limitação do poder, pelo próprio poder. A partir dessa premissa, cada Poder deve ser autônomo e exercer a função que lhe é de direito e lhe foi admitida enquanto deve, paralelamente, ser controlado e limitado pelos demais poderes. Dessa

---

<sup>5</sup> TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros Editores, 2019. 24ª ed., p.121.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

forma, abusos, em tese, deveriam ser evitados e, conseqüentemente, o poder deve ser limitado com o intuito de estimular, primordialmente, a liberdade política.

## 2.2 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Brasil, enquanto democracia que é hoje, sabe-se, surgiu após um longo período do regime militar perpetrado no país, que perdurou de 1964 ao ano de 1985. Neste longo período de 21 anos, presidentes militares ocuparam o poder enquanto diversos direitos basilares e fundamentais foram cerceados à população.

Com a redemocratização do país, ainda em 1985 houve o início da reforma constitucional que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – a chamada Constituição Cidadã, que vigora até os dias de hoje com os seus recém completos 34 anos de promulgação. Naquele ano, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 25, ainda da Constituição Federal vigente à época, a de 1967, que introduzia no processo eleitoral brasileiro o direito ao voto, para os analfabetos. Ainda, posteriormente, houve também a promulgação da Emenda Constitucional nº 26, que convocou os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional<sup>7</sup>.

Com isso, estava dado o primeiro passo formal que viria a culminar na promulgação da Constituição Federal, ocorrida em 5 de outubro de 1988.

Sob o então novo regime constitucional, o país se viu diante de uma nova estrutura, fundada no Estado Democrático de Direito. Adotou-se, desta forma, a forma de estado de República Presidencialista, enquanto o regime de governo, a democracia.

Ainda no que concerne à estrutura, o país se definiu como Federação, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, conforme retira-se do artigo 1º da Magna Carta de 1988<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. BRASIL. Casa Civil. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm)>. Acesso em: 13. out. 2022.

<sup>8</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [Constituição (1988)]. BRASIL. Casa Civil. CONSTITUIÇÃO DA

No que se refere à Tripartição dos Poderes, é possível evidenciar a atenção e cuidado com que os congressistas constituintes tiveram em relação ao quesito, haja vista que o princípio da separação dos poderes foi positivado logo no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Veja-se: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.<sup>9</sup>

Diante do supracitado dispositivo constitucional, é possível concluir que, entre os princípios presentes implícita ou explicitamente na Constituição Federal, encontra-se o da Tripartição dos Poderes, nos moldes consagrados e previstos por Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”.

Esse destaque ao princípio, providenciado pelos constituintes ao inseri-lo logo no artigo 2º da Magna Carta, se deu muito provavelmente em razão do período anterior pelo qual o Brasil havia passado, no qual tinha-se uma exacerbada concentração de poder nas mãos do Poder Executivo, liderado pelos presidentes militares, escolhidos entre si sem o voto popular, cujos governos foram marcados pelo autoritarismo.

Dessa forma, percebe-se que a Constituição Federal tratou de garantir a máxima legitimidade aos três poderes previstos, de forma que cada um deles, em sua área, dentro de seu escopo de competência e de suas funções típicas e atípicas, pudesse exercer da melhor forma as suas atividades com o fim de atuar e tomar as melhores decisões possíveis. Destaque-se inclusive, que a separação dos poderes é cláusula pétrea, prevista explicitamente na Constituição Federal, conforme se retira do art. 60, §4º, III<sup>10</sup>.

Assim, sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro, é que foram atribuídos os deveres e as funções, típicas e atípicas, aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada um destes as possui, sendo a função típica exercida de forma preponderante, enquanto a função atípica é exercida de forma secundária.

---

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Emendas Constitucionais de Revisão. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).> Acesso em: 13. out. 2022.

<sup>9</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e Judiciário. BRASIL. Casa Civil. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais de Revisão. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13. out. 2022.

<sup>10</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes; [Constituição (1988)]. BRASIL. Casa Civil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais de Revisão. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14. out. 2022.

### 2.2.1 O Poder Legislativo

No que concerne ao Poder Legislativo brasileiro, temos que suas funções típicas são a de legislar, de forma que este poder é o responsável pela elaboração das leis, e a de fiscalizar, seja pelo exercício da fiscalização financeira, contábil, orçamentária e patrimonial do Poder Executivo.

Em paralelo, no que se refere às suas funções atípicas, destacam-se às de natureza executiva, em relação à sua legitimidade para dispor acerca de seu funcionamento, de sua organização, do provimento de cargos, concessão de férias e licenças aos seus servidores, como também as funções atípicas de natureza jurisdicional, que pode ser observada, por exemplo, a partir da prerrogativa do Senado Federal em 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, tal qual dispõe o art. 52, I, da Constituição Federal.

A estrutura do Poder Legislativo, que no Brasil é demonstrada pelo Congresso Nacional, apresenta-se pela forma bicameral. Afirmam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que a bicameralidade, no caso brasileiro, é peculiaridade do regime federativo. Para tanto, os autores explicam que enquanto a Câmara dos Deputados, composta por 513 deputados eleitos através do sistema proporcional de votos, volta-se para a representação do povo, o Senado Federal<sup>11</sup>, composto por 81 senadores eleitos pelo sistema majoritário de votos, em cumprimento ao mister federativo, dá lugar à representação das unidades federadas, quais sejam os 26 estados da Federação e o Distrito Federal, na formação da vontade central<sup>12</sup>. Componente desse poder também se encontra o Tribunal de Contas da União, órgão que presta auxílio ao Congresso Nacional nas atividades de controle e fiscalização externa do Poder Executivo<sup>13</sup>.

O sistema bicameral adotado no Brasil assegura a participação das duas casas legislativas, Câmara e Senado, na elaboração das leis. Via de regra, a primeira casa dá início à propositura legislativa, enquanto a segunda exerce o papel de casa revisora. Entretanto, a recíproca é verdadeira: se um projeto de lei é proposto pelo Senado Federal, cabe à Câmara dos

---

<sup>11</sup> Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos. BRASIL. [Constituição (1988)]. BRASIL. Casa Civil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais de Revisão. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 out. 2022.

<sup>12</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. rev. e atual. até a EC 95 de 15 de dezembro de 2016. – São Paulo: Editora Verbatim, 2017, p.435.

<sup>13</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. O papel do poder legislativo. [201-?]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/o-papel-do-poder-legislativo>. Acesso em: 14 out. 2022.

Deputados revisá-lo – exceção feita às matérias cujas competências sejam privativas para cada uma das casas, cuja disposição encontra-se expressa na Constituição Federal.

Em relação à Câmara dos Deputados, o art. 51 da Constituição da República é claro ao definir quais são suas competências privativas. São elas: (i) autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; (ii) proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa; (iii) elaborar seu regimento interno; (iv) dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços e fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; e (v) eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII da própria Constituição Federal.

Já em relação ao Senado Federal, comumente conhecido como a Casa Alta do Congresso Nacional, cabe a este órgão, também de acordo com a Constituição Federal, conforme retira-se de seu art. 52, as seguintes competências privativas, que, por essência, não são apresentadas para o crivo da Câmara dos Deputados:

(i) processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes nos crimes de responsabilidade; (ii) aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de (a) Magistrados, nos casos estabelecidos na Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar; (iii) aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente; (iv) autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; (v) fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (vi) dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; (vii) estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (viii) a de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (ix) aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato; (x) elaborar seu regimento interno; (xi) dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços e fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (xii) dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (xiii) eleger dois membros do

Conselho da República; e (xiv) avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.<sup>14</sup>

### 2.2.2 O Poder Executivo

O Poder Executivo, por sua vez, tem como principais funções típicas a de praticar atos concernentes à administração, à chefia do Estado e chefia do Governo. De forma concomitante, cabe a esse poder aprimorar e executar, do ponto de vista infralegal, as leis e comandos normativos existentes.

A chefia desse Poder, tal qual confirma a Constituição Federal ao definir o presidencialismo como sistema de governo, cabe ao Presidente da República, a quem, auxiliado pelos Ministros de Estado por ele escolhidos, exercer, concomitantemente, as funções de Chefe de Estado e do Governo.

Dessa forma, resta cristalino que a função precípua e típica do Poder Executivo é a de praticar atos administrativos que sejam de interesse do bem e da coisa pública.

Como não haveria de ser diferente diante da perspectiva da Tripartição dos Poderes e do Sistema de Freios e Contrapesos, também cabe a esse poder o exercício de funções atípicas, quais sejam a de legislar, como por exemplo através da edição de Medidas Provisórias – previstas no art. 62 da Constituição Federal e que possuem força de lei –, bem como a de julgar, através da apreciação de defesas e recursos administrativos no âmbito de processos administrativos internos dos órgãos que compõem a sua estrutura.

Alexandre de Moraes, a respeito deste poder, ainda aponta que, diante da amplitude de suas atribuições, que acabaram por repetir a regra clássica do constitucionalismo brasileiro de concentração de poder pessoal do Presidente, houve necessidade do legislador constituinte em garantir a imparcial e livre atuação, balizada por óbvio, pelos princípios constitucionais e pela legalidade, do Chefe do Poder Executivo, a fim de manter-se a independência e harmonia dos Poderes da República, fixando-se prerrogativas e imunidades para o Presidente da República<sup>15</sup>.

Dessa forma, o Chefe do Poder Executivo deve ser eleito pelo povo, além de possuir várias prerrogativas e imunidades que são garantias para o independente e imparcial exercício

---

<sup>14</sup> BRASIL. Casa Civil. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 Out. 2022.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

da chefia da Nação, com o intuito de se evitar o autoritarismo e a ausência de observância ao interesse comum, que antes já foi muito presente no país.

Assim como no primeiro Poder retratado, ao Poder Executivo também lhe são incumbidas diversas funções cujas competências lhe são privativas, sob a responsabilidade do Presidente, que, como já dito, é Chefe de Estado e de Governo. Dessa forma, compete-lhe, conforme descrito no art. 84 da Constituição da República, privativamente:

(i) nomear e exonerar Ministros de Estado; (ii) exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; (iii) iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; (iv) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (v) vetar projetos de lei, total ou parcialmente; (vi) dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos ou, ainda, dispor, mediante decreto, sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (vii) manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; (viii) celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (ix) decretar o estado de defesa e o estado de sítio; (x) decretar e executar a intervenção federal; (xi) remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias; (xii) conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; (xiii) exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; (xiv) nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; (xv) nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União; (xvi) nomear os magistrados, nos casos previstos nesta constituição, e o Advogado-Geral da União; (xvii) nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII; (xviii) convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; (xix) declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo da sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; (xx) celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional; (xxi) conferir condecorações e distinções honoríficas; (xxii) permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; (xxiii) enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição; (xxiv) prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; (xxv) prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei; (xxvi) editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62; (xxvii) exercer outras atribuições previstas na Constituição; bem como (xxviii) propor ao Congresso Nacional a decretação do estado de calamidade pública de âmbito nacional previsto nos arts. 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G da Constituição<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p.566.

### 2.2.3 O Poder Judiciário

O Poder Judiciário, por fim – mas não menos importante –, é aquele exercido pelos juízes, cuja função típica é a atividade jurisdicional, que reside na capacidade e prerrogativa de julgar, com o intuito de aplicar o direito no caso concreto, de modo a, conseqüentemente, dirimir conflitos que sejam levados para sua apreciação.

Mais do que isso, cabe a esse poder não somente administrar a justiça, como também proteger e guardar a Constituição Federal. Logo, o Poder Judiciário pode ser definido como o conjunto dos órgãos públicos que detêm o exercício da função jurisdicional<sup>17</sup>.

Objeto majoritário do estudo proveniente deste trabalho, o Poder Judiciário será explorado com mais detalhes nos capítulos subsequentes, mas, desde já, necessário reiterar a posição de destaque que o referido poder ocupa na República Federativa do Brasil.

Sua função, na posição de Estado-juiz, é componente essencial na estrutura dos três poderes e na efetivação e asseguramento da democracia e dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Sustenta Temer que ao Poder Judiciário cabe o exercício da jurisdição a partir do seu poder de “dizer o direito” aplicável a uma controvérsia, deduzida processualmente em caráter definitivo e com a força institucional do Estado<sup>18</sup>.

Para Ramos Tavares, o Poder Judiciário aponta no horizonte como não apenas um organismo direcionado a resolver conflitos de interesses surgidos na sociedade, mas também como ordenador da respeitabilidade dos direitos humanos fundamentais, seu garante último, inclusive contra o próprio Estado-administrador, contra o Estado-legislador, contra o Estado-Executivo e, sobretudo nos dias de hoje contra o grande poder econômico privado<sup>19</sup>.

Para tanto, existência se justifica, dentre outros motivos, para que o Estado não deixe com os particulares a responsabilidade de “fazer justiça com as próprias mãos”. Dessa forma, é dado a esse Poder a legitimidade para, em primeiro lugar, receber a controvérsia e, posteriormente, solucioná-la. Ao partir dessa máxima, assume-se igualmente que não pode o Judiciário se eximir de lidar e de se prestar a dirimir quaisquer conflitos que a ele sejam levados.

A Constituição Federal, em seu Capítulo III, entre os artigos 92 e 126, discorre acerca do funcionamento, das competências do Poder Judiciário, bem como dos órgãos que o compõem. No topo da organização deste poder encontra-se o Supremo Tribunal Federal (STF),

---

<sup>17</sup> TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

<sup>18</sup> TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2019, p.71.

<sup>19</sup> TAVARES, André R. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

a suprema corte brasileira, cuja principal função é defender o cumprimento da Constituição Federal. Logo abaixo deste órgão, encontra-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável por observar e zelar pelo cumprimento das leis federais. Abaixo de ambos, encontram-se os órgãos jurisdicionais que atuam no âmbito da União, bem como aqueles que funcionam no âmbito dos Estados, compreendendo o Distrito Federal e dos Territórios.

No que concerne ao funcionamento dos órgãos na esfera da União, o Poder Judiciário abrange a Justiça Federal, no âmbito da justiça comum, como também a Justiça do Trabalho, a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral, componentes da Justiça Especializada. Em paralelo, encontra-se a Justiça Estadual, presente em cada um dos Estados da Federação e no Distrito Federal, cada qual com seu tribunal, respectivamente.

Feitos os esclarecimentos acerca das funções típicas e da estrutura do Poder Judiciário, e, em observância ao sempre presente princípio da separação dos poderes, é que se encontram as suas funções atípicas, quais sejam as de natureza executiva e as de natureza legislativa que são desempenhadas também por esse poder.

Ao Poder Judiciário, no âmbito de suas competências de natureza executiva, atribui-se a administração de seus servidores, haja vista que o referido poder possui a responsabilidade de designar licenças e férias aos serventuários e magistrados que atuam no corpo de seus órgãos.

No que se refere às funções atípicas de natureza legislativa, é possível verificar que o poder possui a competência e independência para dispor, editar e colocar em exercício o seu regimento interno, de forma que cada tribunal dentro de sua estrutura organizacional deve fazê-lo.

### 3 O ATIVISMO JUDICIAL

#### 3.1 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Para que se tenha um entendimento mais aprofundado do conceito de ativismo judicial *per si*, se faz necessário, primeiramente, destrinchar um outro fenômeno que lhe é próximo, o da judicialização.

Conforme bem descreve o jurista Sérgio Meola Martins, a judicialização é um fenômeno atual, motivado pela cada vez maior quantidade de conflitos submetidos ao terceiro poder, a fim de que este os enderece e decida, através de sentença de mérito<sup>20</sup>.

Já Lênio Streck, ao retratar o tema, afirma que os referidos conceitos não são semelhantes entre si, mas sim que o primeiro, a judicialização, é consequência do segundo, o ativismo judicial:

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil, esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de "princípios", em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.<sup>21</sup>

Sobre a ideia de ativismo judicial e a judicialização, o Ministro do STF Luis Roberto Barroso afirma que, além da abstenção do Poder Público em efetivar matérias de políticas públicas de sua atribuição, duas outras razões incentivam o ativo, sendo a primeira associada à aplicação da Constituição Federal em situações ainda não contempladas infraconstitucionalmente pelo legislador, bem como pela precariedade das proposições aprovadas pelo próprio Poder Legislativo, diante das violações à mesma Constituição Federal, evidenciada pela declaração de inconstitucionalidade de diversos atos normativos.

Nesse sentido, veja-se a associação da ideia de ativismo judicial definida por Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se

---

<sup>20</sup> MARTINS, Sérgio Merola. Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos. In: Portal Aurum, 26 ago. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em 16 out. 2022.

<sup>21</sup> ZARDO, Cláudia. OAB Entrevista Dr. Lênio Luiz Streck. In: OAB Minas Gerais, s.a, s.p. Disponível em: [http://www.oabuberlandia.org.br/sig\\_oab.qps/Ref/OLD?LoadDocument&key=QUIS-7W4SZ6](http://www.oabuberlandia.org.br/sig_oab.qps/Ref/OLD?LoadDocument&key=QUIS-7W4SZ6). Acesso em: 04 nov. 2022.

manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>22</sup>

A judicialização então contribuiu para o crescimento de certas demandas que, em tese, deveriam ser primordialmente solucionadas pelos demais poderes, o Executivo e o Legislativo, mas que acabam por aterrissar no Poder Judiciário. Assim, verifica-se uma evidente transferência, assim por dizer, do poder político dos demais poderes justamente ao Judiciário, a quem lhe fica incumbido o tratamento de matérias não resolvidas pelos poderes titulares, o que, conseqüentemente, também contribui para o aumento do ativismo judicial.

### 3.2 O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Passada a sua relação com a judicialização, volta-se ao conceito de ativismo judicial. Expressão tão vívida e presente na atualidade, o ativismo ainda carece de uma conceituação preponderante e delimitada, haja vista que, a depender da perspectiva, sua acepção pode possuir os mais diversos entendimentos.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco:

As referências ao que se tem designado como ativismo judicial refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus contornos. Nem mesmo se encontra um consenso em torno de saber se refere a uma atitude desejável ou negativa. O risco disso está em tornar a expressão inútil por superabrange, ou, ainda pior, transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e a julgar instituições e a formar opiniões políticas sobre bases dissolventes da mistificação.<sup>23</sup>

Sua origem monta ao ano de 1947, quando o historiador e jornalista norte-americano Arthur Schlesinger Jr. proferiu o referido termo pela primeira vez, em um artigo de sua autoria,

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. v. 5, nº 1, 2012. p. 25-26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 18 out. 2022.

<sup>23</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Texto não publicado, 2011, p.2. – Extraído da dissertação de mestrado de Carolina Scherer Bicca, intitulada “Ativismo Judicial” no Controle das Políticas Públicas: O Caso da Assistência Social no Brasil.

intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, publicado pela Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1º, em janeiro de 1947<sup>24</sup>.

Através de sua obra, Schlesinger Jr. fez um perfil dos juízes que compunham, naquele momento, a Suprema Corte dos Estados Unidos, de forma que os qualificou entre ativistas, como aqueles que, no seu entendimento, visavam o bem-estar social para tomar suas conclusões, e conservadores, que entendeu como sendo os magistrados que pregavam apenas pela aplicação estrita e direta da lei em suas tomadas de decisão.

Esse, como já exposto, foi o primeiro uso público que se tem registrado do termo. Na atualidade, entretanto, é possível concluir que a acepção do termo utilizada pelo jornalista estadunidense pouco se relaciona com o conceito atribuído ao termo no presente.

Barroso, também em observância ao primeiro registro da utilização do termo, conceitua-o de outra maneira. De acordo com o Ministro,

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial[26]. Todavia, depurada dessa crítica ideológica — até porque pode ser progressista ou conservadora — 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. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.<sup>25</sup>

De acordo com Georges Abboud, no plano nacional, a expressão Ativismo Judicial geralmente seria utilizada com “uma acepção positiva, relacionando-se a: (a) decisões jurisdicionais que busquem primordialmente assegurar direitos fundamentais; (b) decisões jurisdicionais orientadas à garantia da supremacia da Constituição; (c) decisões jurisdicionais

---

<sup>24</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 60, abr./jun. 2016. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos\\_Alexandre\\_de\\_Azevedo\\_Campos.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf). Acesso em: 16 out. 2022, p. 63.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não. In: Site Consultor Jurídico, 16 de fevereiro de 2010, 3h01. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>>. Acesso em: 10 Out. 2022.

fundamentadas substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais”<sup>26</sup>.

Já para Vladimir Passos de Freitas, ex-Desembargador Federal, aposentado pelo TRF 4, por sua vez, coloca que o ativismo judicial se assemelha a algo ligado ao próprio magistrado, no sentido de tornar a sua atuação mais preponderante e participante no processo, para além de uma visão na qual o juiz atuaria como mero coadjuvante e expectador das provas acostadas ao procedimento<sup>27</sup>.

Merola Martins ainda traz uma conceituação mais simplificada, ao descrever o ativismo como sendo “um termo técnico para definir a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário ao interferirem em decisões de outros poderes.”<sup>28</sup>

A partir do exposto, tem-se que o entendimento majoritário no que concerne ao conceito de ativismo judicial se relaciona à uma participação mais ativa e protagonista do Poder Judiciário, que, através de sua conduta e decisões, vai além, ao entrar no espaço de atuação dos demais poderes, de modo que interfere nestes e extrapola a sua própria competência. Entendimento esse que, entretanto, não é sempre tratado de forma pejorativa, conforme bem destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.<sup>29</sup>

### 3.3 O TRATAMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

A conjuntura dos três poderes permite uma análise do fenômeno ativista no Brasil sob diversas perspectivas. Isso porque, tem-se no país um nítido processo legislativo lento na sua atividade primordial de editar as normas, o que vai na contramão da necessidade de se ter, cada

---

<sup>26</sup> ABOUD, Georges. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**, vol. 242. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 16 out. 2022, p. 2.

<sup>27</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. Ativismo judicial: afinal, do que se trata?. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. 12 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>. Acesso em: 17 out. 2022.

<sup>28</sup> MARTINS, Sérgio Merola. Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos. 26 ago. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em 16 out. 2022, p.1.

<sup>29</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 335.

vez mais, prontidão e evolução em questões envolvendo temas, majoritariamente sociais, que precisam ser endereçados pelo Brasil enquanto nação.

Assim, pela inércia dos poderes Executivo e Legislativo, é que o Poder Judiciário toma a dianteira, extrapolando por muitas vezes as suas funções típicas e adentrando na área de influência, assim por dizer, dos dois outros poderes. Nesse sentido, discorre Pedro Lenza:

A partir do momento em que esses dois Poderes se mostram inertes, o Poder Judiciário tem condições de se tornar ativo, atuando no sentido de assegurar a efetividade de direitos fundamentais, com o intento de proteger ou expandir esses direitos, por intermédio da adoção de decisões judiciais que, posteriormente, passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de normas ou constituem políticas públicas, atribuições específicas do Legislativo e do Executivo.<sup>30</sup>

No Brasil, para tanto, a presença do fenômeno ativista é encontrada e encampada pela atuação do Supremo Tribunal Federal, enquanto suprema corte do país, haja vista que diversos temas e matérias, de extrema relevância estrutural e social para o país, acabam sendo decididos pela referida corte, como última instância do Poder Judiciário.

Assim, com o já mencionado aumento da judicialização, o Poder Judiciário brasileiro tem possuído uma postura mais ativa, no que concerne ao endereçamento de questões da sociedade ainda não atendidas, preponderantemente, pelo Poder Legislativo Federal. Cite-se, à título de exemplo, matérias como a fidelidade partidária, a não criminalização do aborto até o terceiro mês de gravidez e a união socioafetiva, todos estes tratados pelo Poder Judiciário enquanto o Poder Legislativo quedou-se silente.

Diante do referido cenário, é importante enfatizar que a presença cada vez mais protuberante do ativismo judicial no Brasil, está ligada necessariamente à redemocratização do país, consagrada pelo advento e promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988.

A partir desse momento, diversos direitos fundamentais, antes não acessíveis à sociedade, foram endereçados. Não por acaso, a Magna Carta de 1988 é considerada por muitos como uma constituição garantista<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>31</sup> DINIZ, Tatielly. Constituição brasileira é uma das mais avançadas do ocidente em relação à garantia de direitos. In: Site OAB Distrito Federal, 18 out. 2013. Disponível em: <https://oabdf.org.br/noticias/destaque/constituicao-brasileira-e-uma-das-mais-avancadas-do-ocidente-em-relacao-a-garantia-de-direitos-2/#:~:text=De%20acordo%20com%20Ferrajoli%2C%20a,os%20poderes%20estatais%20e%20pol%C3%ADtico>. Acesso em: 10 Out. 2022.

Dessa forma, é razoável afirmar que o ativismo judicial só surgiu propriamente no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988<sup>32</sup>. Isso porque, antes de sua vigência, a atuação do Poder Judiciário era demasiadamente reduzida, se comparada aos parâmetros atuais. Resumia-se, para tanto, numa atuação pautada pela proteção e concretização das normas constitucionais<sup>33</sup>.

Nesse aspecto, destaca Barroso:

Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela lei maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.<sup>34</sup>

Barroso ainda leciona que, com a promulgação da Constituição, ocorreu um marco teórico, que culminou no surgimento de três mudanças de paradigma, relativamente à aplicação do direito constitucional no Brasil.<sup>35</sup>

Sustenta o Ministro que a primeira mudança se refere ao reconhecimento de força normativa à Constituição. A partir de sua promulgação, restou por superado o modelo constitucional segundo o qual a Constituição era enxergada como um documento político, de forma que concretizou a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais.

A segunda mudança concentra-se na expansão da jurisdição constitucional, conforme se retira do surgimento e na possibilidade de propositura de ações constitucionais a diversos órgãos e entidades<sup>36</sup> da sociedade civil. Ações essas que são endereçadas, diretamente, ao

---

<sup>32</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p.24 e 32.

<sup>33</sup> SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 10 Out. 2022.

<sup>34</sup> BARROSO, Luis Roberto. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. 26 abr. 2006. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil?pagina=3#:~:text=Sob%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988,das%20pessoas%20para%20novos%20avan%C3%A7os](https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=3#:~:text=Sob%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988,das%20pessoas%20para%20novos%20avan%C3%A7os). Acesso em: 23 out.2022.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book.

<sup>36</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado;

Supremo Tribunal Federal, para que a suprema corte possa avaliar e exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos, bem como a defesa da Constituição Federal e dos direitos fundamentais nela presentes.

Por fim, a terceira mudança de paradigma enxergada pelo Ministro é constatada pelo desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Isso porque, para Barroso,

Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se co-participante do processo de criação do Direito.<sup>37</sup>

Dito o exposto, percebe-se que as normas constitucionais, antes aplicadas de forma restrita, com o advento da Constituição Cidadã se estenderam ao ponto de serem utilizadas em circunstâncias nas quais o Poder Judiciário, com o intuito, é bem verdade louvável, de efetivar e dar cumprimento aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, acaba por utilizar-se do ativismo judicial em suas decisões.

Desse modo, numa interpretação e aplicação ampla dos princípios constitucionais, e pelas deficiências e letargia dos demais poderes, o Terceiro Poder acaba por tomar decisões com fundamentação não prevista expressamente em normas legais, o que culmina, invariavelmente, num certo grau de insegurança jurídica, que pode ser enxergada como uma ameaça ao princípio da Separação dos Poderes, este sim, previsto na Constituição Federal, em seu art. 2º.

---

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. 2012. In: Site Migalhas de Peso, 6 Dez. 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/168919/o-constitucionalismo-democratico-no-brasil--cronica-de-um-sucesso-imprevisto>>. Acesso em: 23 out. 2022.

## 4 LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL

### 4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Feitas as considerações acerca do ativismo judicial e o entendimento de seu conceito no Brasil, faz-se necessário voltar para a sua prática no país, protagonizada, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, para compreender quais seriam os seus limites.

O Supremo Tribunal Federal (STF), enquanto suprema corte, é composto por onze ministros, nomeados pelo Presidente da República e sabatinados pelos membros do Senado Federal, onde são aprovados para ocupar o cargo, se assim decidir a maioria absoluta dos congressistas da casa alta do Congresso Nacional brasileiro.

Assim é definido pelo art. 101 da Constituição da República:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.<sup>38</sup>

No momento em que a presente monografia é escrita, o Supremo Tribunal Federal é composto pela Ministra Rosa Weber, na posição de Presidente; o Ministro Luis Roberto Barroso, na posição de Vice-Presidente; na posição de Decano, o Ministro Gilmar Mendes; e, na posição de demais ministros, o Ministro Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Dias Toffoli, o Ministro Luiz Fux, o Ministro Edson Fachin, o Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Nunes Marques e o Ministro André Mendonça.<sup>39</sup>

O próprio Ministro Luis Roberto Barroso afirma que o Poder Judiciário, precisa ser, em certas circunstâncias, autocontido, diante de sua capacidade institucional limitada. Entretanto, o Ministro complementa afirmando que, em outras situações, o Judiciário deve ter um papel mais expansivo e abrangente, com uma interpretação construtiva, e, portanto, mais ativista.

Nesse sentido, destaca Barroso:

Decisões políticas devem ser tomadas por quem tem voto e, portanto, como regra, o STF deve exercitar autocontenção [self restraint]. Isso é especialmente verdadeiro quando estejam em discussão temas como:

---

<sup>38</sup> BRASIL. Casa Civil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 Out. 2022.

<sup>39</sup> BRASIL. STF. Composição Plenária atual. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em: 10 Out. 2022.

I- Regulação econômica [Ex. Normas de transição de uma moeda para outra, salvo situações absurdas];

II- Questões tributárias [Salvo violação inequívoca de algum direito fundamental dos contribuintes];

III- Questões político-administrativas [transposição de rios, demarcação de terras indígenas].

O Judiciário tem uma capacidade institucional limitada para lidar com temas com esse grau de complexidade. O que lhe cabe fazer é verificar se o procedimento adequado foi seguido.

Existem, todavia, situações em que o Judiciário deve ser mais ativista. São as que envolvem a proteção (i) de direitos fundamentais, (ii) das regras democráticas e (iii) a moralidade político-administrativa.<sup>40</sup>

Dessa forma, para que haja um mais completo entendimento acerca da presença do fenômeno ativista, é preciso efetuar um aprofundamento em relação à algumas decisões prolatadas pela suprema corte brasileira, cuja precípua competência é justamente a de zelar e guardar a Constituição, conforme retira-se do *caput* do artigo 102 da Magna Carta<sup>41</sup>, para entender em que medida o ativismo judicial está presente.

#### 4.1.1 Fidelidade Partidária

No que se refere a este tema, o Supremo Tribunal Federal, em decisão prolatada no ano de 2008, declarou a constitucionalidade da Resolução nº 22.610/2007<sup>42</sup>, de autoria do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que regulou o procedimento de perda de cargo eletivo, bem como de justificção de desfiliação partidária.

Para o STF, a Resolução, a constitucionalidade do ato estaria presente por entender a corte que a alteração de partido, por congressistas, eleitos pelo sistema proporcional, logo após o pleito eleitoral se configuraria como uma fraude no processo democrático.

O ativismo judicial, nesse cenário trazido, está presente haja vista de inexistir, até o presente momento, qualquer lei ou ato normativo que explicitamente preveja a perda de mandato pelo parlamentar que troque ou cancele a sua filiação partidária. À época, dois ministros que compunham a Suprema Corte brasileira restaram vencidos, os ex-Ministros Eros

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. O MOMENTO INSTITUCIONAL BRASILEIRO E UMA AGENDA PARA O FUTURO. **Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**, 2017. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Oxford-Momento-institucional-brasileiro-e-uma-agenda-para-o-futuro.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2022.

<sup>41</sup> BRASIL. Casa Civil. Constituição da República Federativa Do Brasil De 1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)” Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 Out. 2022.

<sup>42</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007 – Brasília/DF. In: Site TSE, 2007. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>. Acesso em: 5 Out. 2022.

Grau e Marco Aurélio Mello, que defendiam a tese de que o TSE, ao editar a referida Resolução, exorbitou a sua competência, ao adentrar no âmbito da função e da competência privativa do Poder Legislativo.

No ano de 2015<sup>43</sup>, quando do julgamento da ADI nº 5081, em 27/05/2015, o STF alterou em parte a sua conclusão anterior, ao excluir os eleitos pelo sistema majoritário (prefeitos, governadores, senadores e presidente da república) da aplicabilidade da Resolução nº 22.610/2007, restando apenas a sua observância para aqueles eleitos através do sistema proporcional (vereadores, deputados estaduais, deputados distritais e deputados federais):

2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu.

3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput).<sup>44</sup>

#### **4.1.2 Inexigibilidade de consentimento de pessoa biografada para a publicação de biografias**

Também em 2015, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 4815, ajuizada em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), entendeu ser inexigível o consentimento de pessoa biografada para a publicação de biografias.

O plenário, por unanimidade, acompanhou o voto da então relatora, a Ministra Cármen Lúcia, que deu interpretação conforme a Constituição Federal aos arts. 20 e 21 do Código Civil<sup>45</sup>, ou seja, sem a redução expressa dos referidos dispositivos infraconstitucionais.

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.081 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815) Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (Vide ADIN 4815).” BRASIL. Casa Civil. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)> Acesso em: 15 Out. 2022.

As alegações da ANEL partiam do pressuposto de que esses artigos do Código Civil seriam incompatíveis com os direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação, defendendo que a publicação de biografias deveria ocorrer sem a necessidade de anuência do biografado. Do outro lado, os direitos da personalidade, como o direito à imagem, à honra e à privacidade, neste caso, dos biografados e coadjuvantes mencionados nas respectivas obras biográficas.

Aprofundando-se no caso concreto, percebe-se a prática do fenômeno ativista pelo Supremo haja vista que além de os supramencionados dispositivos do Código Civil Brasileiro não irem diretamente de encontro a ditames constitucionais, ainda tem-se que o legislador, à época da edição do Código Civil, entendeu pela defesa e proteção aos direitos e princípios da imagem, da honra e da privacidade, de modo que a Suprema Corte, ao julgar a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, em contrariedade a vontade expressa do legislador, preteriu-os em favor dos princípios da liberdade de expressão e da informação.

O próprio Ministro Luís Roberto Barroso corrobora com o entendimento que houve uma prática ativista por parte da maior instância do Poder Judiciário:

Existem, todavia, situações em que o Judiciário deve ser mais ativista. São as que envolvem a proteção (i) de direitos fundamentais, (ii) das regras democráticas e (iii) a moralidade político-administrativa).

Vejam-se alguns exemplos:

A. Direitos fundamentais:

(i) Liberdade de expressão: o STF declarou inconstitucionais (interpretando conforme a Constituição) as normas do Código Civil que exigiam autorização prévia para a divulgação de biografias. Considerou que isso constituía uma forma de censura, cujo efeito seria o de criar um país chapa branca.<sup>46</sup>

#### 4.1.3 União Homoafetiva

Num caso de extrema relevância e repercussão nacional, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, quando do julgamento da ADI nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, em decisão histórica, reconheceu as uniões homoafetivas, equiparando-as às uniões estáveis consideradas como convencionais.

A partir dessa premissa, casais homossexuais passaram a possuir os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais, de forma que possibilitou o reconhecimento das

---

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. O MOMENTO INSTITUCIONAL BRASILEIRO E UMA AGENDA PARA O FUTURO. **Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**, 2017. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Oxford-Momento-institucional-brasileiro-e-uma-agenda-para-o-futuro.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2022, p.11.

mencionadas uniões como entidade familiar, além de viabilizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O STF, nesses dois casos, após o proferimento do Ministro Relator Ayres Britto, votou pela procedência dos feitos, com o intuito de eliminar as interpretações do art. 1.723 do Código Civil, *caput*, que limita o reconhecimento da entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.<sup>47</sup>”

A partir do exposto, é possível enxergar o ativismo judicial praticado nos casos, uma vez que, muito embora o Código Civil e a Constituição Federal não observem expressamente a união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal, ao fazer uma análise interpretativa do art. 3º, IV, da Constituição da República, que expressamente reprovava e coíbe os “*preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” tratou de, objetivamente, reconhecer e assegurar, aos casais do mesmo sexo, a possibilidade de constituir uma família e de não serem discriminados em razão de sua orientação sexual<sup>48</sup>.

Assim, e conforme bem delimita Barroso, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade foram observados pela Suprema Corte:

Existem, todavia, situações em que o Judiciário deve ser mais ativista. São as que envolvem a proteção (i) de direitos fundamentais, (ii) das regras democráticas e (iii) a moralidade político-administrativa).

Vejam-se alguns exemplos:

A. Direitos fundamentais:

(...) (ii) Igualdade e dignidade: o STF equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo o caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo;<sup>49</sup>

#### 4.1.4. Procedimento de *Impeachment* de Presidente da República

Por fim, outro tema que também foi objeto de ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal se refere ao julgamento da ADPF nº 378. A referida ação constitucional

<sup>47</sup> BRASIL. Casa Civil. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 27 Out. 2022.

<sup>48</sup> CARUSO, Gabriela de Brito. Os 10 anos da decisão histórica do STF que reconheceu União Homoafetiva. In: Site FGV, 24 mai. 2021. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/artigos/10-anos-decisao-historica-stf-reconheceu-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 30 out. 2022.

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. O MOMENTO INSTITUCIONAL BRASILEIRO E UMA AGENDA PARA O FUTURO. **Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**, 2017. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Oxford-Momento-institucional-brasileiro-e-uma-agenda-para-o-futuro.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2022, p.11.

visava, dentre outros temas, discutir acerca da validade de artigos da Lei Federal nº 1.079/1950, que discorre sobre os crimes de responsabilidade e regula, conseqüentemente, o respectivo processo de julgamento do *impeachment* do Presidente da República.

O julgamento, ocorrido em 2015, sob a Relatoria do Ministro Edson Fachin, cujo voto restou vencido pelo entendimento da maioria dos demais ministros, protagonizou uma nova interpretação ao art. 86 da Constituição Federal de 1988, que assim preceitua:

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.<sup>50</sup>

A nova interpretação do referido dispositivo constitucional evidencia a atitude ativista do Supremo Tribunal Federal, que se deu em razão do novo entendimento para, onde lê-se ‘acusação’, no artigo *supra*, entender-se como uma simples ‘autorização’.

Dessa forma, tem-se, na visão do STF, que a competência da Câmara dos Deputados, que antes do novo entendimento estendia-se à acusação propriamente dita, passou a atribuir aos Deputados Federais apenas a atribuição de admitir, ou não, o processo de impeachment.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em seu portal institucional, relembra o teor do entendimento do STF, ao discorrer sobre os dizeres do Ministro Luis Roberto Barroso, que prolatou o voto vencedor, divergente do então relator, o Ministro Edson Fachin, a respeito do que restou decidido no julgamento da ADPF nº 378,

No julgamento da ADPF 378, Barroso lembrou que o Plenário, ao analisar o rito de impeachment de presidente da República previsto na Lei 1.079/1950, reconheceu que a Constituição de 1988 alterou o papel institucional da Câmara dos Deputados, atribuindo-lhe apenas a admissibilidade do processo. Na ocasião, a Corte declarou não

---

<sup>50</sup> BRASIL. Casa Civil. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 Out. 2022.

recepcionada pela Constituição de 1988 a previsão de dupla deliberação naquela Casa e a produção de provas entre elas.<sup>51</sup>

## 4.2 ELOGIOS E CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Passada toda a exposição acerca da concepção e conceituação da tripartição dos poderes, como também a já exposta prática e conceituação do ativismo judicial no Brasil, se mostra necessário interligar ambos os conceitos, para refletir acerca de qual deles prepondera no cenário atual, bem como para verificar qual papel ocupa o Poder Judiciário hoje, no país.

Pelo que restou demonstrado nos capítulos acima, percebe-se que o Poder Judiciário, na atualidade, vem ocupando uma posição efetivamente mais protagonista e dinâmica, no que se entende por sua intervenção nos demais poderes, definidos pela Constituição Federal em seu art. 2º.

A partir dessa premissa, é possível identificar duas correntes que tratam acerca do fenômeno ativista, e, conseqüentemente, do antagonismo que existe em relação ao tema, motivado por suas duas acepções: a positiva e a negativa.

A percepção positiva do ativismo judicial parte do pressuposto de que a postura mais ativa do Terceiro Poder tem como função primordial a de garantir e efetivar direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

De acordo com essa percepção, asilada no escopo do constitucionalismo contemporâneo, a teoria da tripartição dos poderes e o seu emprego estrito, já se tornou inadequada, tal qual defende o Ministro Alexandre de Moraes:

[...] o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição dos Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controle recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (check and balances).<sup>52</sup>

Na mesma esteira, defendem Felipe Quintella e Elpídio Donizetti que cabe ao Poder Judiciário, em razão da lentidão da efetivação das mudanças legislativas (ou mesmo da ausência destas), a possibilidade e comodidade de efetivar mudanças quanto ao direito objetivo<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ministro determina prosseguimento de processo de impeachment do governador de SC. Notícias STF, 2020. In: Site STF, 17 Ago. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449714&ori=1#:~:text=No%20julgamento%20da%20ADPF%20378,apenas%20a%20admissibilidade%20do%20processo.>>. Acesso em: 30 out. 2022.

<sup>52</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas. 2017, p. 435.

<sup>53</sup> DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2016, p.16.

Ainda sustentam os autores:

O leitor pode estranhar o porquê de não ser pacífico o reconhecimento da jurisprudência como fonte formal do Direito. A questão é a seguinte: o sistema político brasileiro dividiu os poderes do Estado em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. A ideia é que as leis sejam elaboradas por representantes do povo, eleitos para integrar o Poder Legislativo. Por essa razão, os extremistas negam ao Poder Judiciário a atribuição de criar normas jurídicas. No nosso entender, todavia, não há incompatibilidade teórica entre a criação de normas pelos tribunais e o princípio da independência dos três poderes. Isso porquanto o artigo 2º da Constituição não estabelece que a independência seja absoluta, senão que seja harmônica.<sup>54</sup>

Corroborando com o entendimento favorável ao fenômeno ativista, Hélder Fábio Cabral Moreira ainda disserta que o ativismo judicial se coloca apenas como uma maneira de os juízes de direito o aplicarem, com ênfase nas garantias aos direitos fundamentais:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade<sup>55</sup>

Para Elival da Silva Ramos, as decisões judiciais, além de resolverem questões objetivas com base no direito e a sua aplicação ao caso concreto, também assumem a condição de propagar normas jurídicas, de forma que não se equipara com a função legislativa e, conseqüentemente, não implicaria em violação ao princípio da tripartição dos poderes. Veja-se:

Não obstante, por vezes, as decisões judiciais, para além da concretização do direito em situações fáticas determinadas, assumam a condição de ato veiculador de normas jurídicas (*in fieri*) balizadoras de conduta e de novos atos de aplicação, não há que se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal da atividade do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva. Tanto é assim que, mesmo nos casos em que há amplo espaço para a movimentação do juiz, por inexistir precedente aplicável ou por existir um texto legislativo vazado em linguagem da qual decorram conceitos amplos e indeterminados, não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico

---

<sup>54</sup> DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. Curso Didático de Direito Civil. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2016, p.17.

<sup>55</sup> BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais**: A falácia da Reserva do possível; in Estudos de direito constitucional. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011, p.151.

legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário deste, a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação técnico-jurídica.<sup>56</sup>

Isso, adverte o próprio Elival Ramos, desde que as decisões jurídicas não se subvertam aos limites impostos, para evitar uma deterioração do exercício jurisdicional, o que poderia implicar numa insegurança jurídica, o que descredibilizaria os referidos atos decisórios. Dessa forma, entente o autor que:

[...] com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executório, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado Democrático de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes.<sup>57</sup>

A ressalva do professor Elival Ramos se faz precisa uma vez que se observa no país cada vez mais decisões judiciais, tais quais as prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, destrinchadas nos capítulos acima, que acabam por exacerbar a competência do Terceiro Poder.

É nesse momento que surge a preocupação quanto ao fenômeno ativista no Brasil, quando o Poder Judiciário, em sua tentativa de efetivar preceitos, princípios e direitos constitucionais, desvirtua-se deste norte para, num contraponto, e já adentrando na acepção negativa do ativismo judicial, deturpar a separação dos poderes.

É por essa razão que André Ramos Tavares enfatiza:

Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá interferência indevida na função corresponde à atividade cerceada.<sup>58</sup>

Preocupado com essas circunstâncias apresentadas, Barroso aproveita o ensejo para dissertar algumas críticas quanto à expansão da intervenção judicial na vida brasileira.

Para o Ministro, a primeira dessas críticas refere-se ao modo de investidura dos juízes e dos demais membros do Judiciário, logo à questão política-ideológica, haja vista que, diferentemente dos representantes do Poder Legislativo e Executivo, “Juízes e membros dos

---

<sup>56</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.111.

<sup>57</sup> Ibidem, p.123.

<sup>58</sup> TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 633.

tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular.”<sup>59</sup>

Isso porque, assevera Barroso que, ao invalidar atos dos demais poderes, o Judiciário acaba por atuar, quer queira, quer não, de maneira política. Diz o Ministro:

o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado dificuldade contramajoritária. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais. Ao lado dessas, há, igualmente, críticas de cunho ideológico, que veem no Judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária.<sup>60</sup>

Uma segunda crítica do Ministro é endereçada à capacidade institucional do Poder Judiciário. Isso, em razão de, via de regra, caber ao Poder Judiciário a decisão final sobre questões referentes a divergências quanto à interpretação da Constituição. Nesse sentido, afirma Barroso:

Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos.<sup>61</sup>

Assim, retira-se o cuidado com o qual é necessário tratar das mencionadas divergências, haja vista que a crítica institucional do Judiciário se relaciona com as decisões que o Terceiro Poder certas vezes profere, sobre matérias as quais caberia a outro poder decidir e se aprofundar a respeito.

A terceira crítica do Ministro se refere à limitação do debate, por considerar o autor que “[o] mundo do Direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas.”<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p.161.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p.161.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p.161.

Critica essa inteiramente válida, se suscitada da perspectiva daqueles, a grande maioria, que não tem a expertise e o entendimento jurídico, a ponto de conseguir de certa forma “decifrar” a quantidade de terminologias utilizadas por parte da classe do judiciário, o que acaba por elitizar o debate jurídico.

#### 4.3 A NECESSIDADE DE LIMITES PARA O ATIVISMO JUDICIAL

A partir das perspectivas acima mais destrinchadas, é que podemos compreender enfaticamente alguns dos limites os quais esse fenômeno deve respeitar, a fim de que os poderes e as instituições que os representam possam ter a legitimidade de desempenhar suas funções, típicas e atípicas, de maneira essencialmente harmoniosa, em respeito ao princípio da tripartição dos poderes.

Isso porque, muito embora se apresente, através do constitucionalismo contemporâneo, que a concepção da tripartição dos poderes tal qual elencou e definiu Montesquieu esteja de certa maneira defasada, a sua essência, baseada no sistema de freios e contrapesos, deve, indubitavelmente, ser respeitada.

Para que uma nação democrática como o Brasil, que em tese deve almejar e buscar a efetivação e garantia dos direitos fundamentais, possa atender a esses propósitos, ter um Poder Judiciário sozinho e em evidência, como se vê em diversas ocasiões, muitas das vezes pode não ser institucionalmente saudável.

O Poder Judiciário brasileiro, enquanto guardião da Constituição Federal, possui seus valores e sua inegável relevância dentro do equilíbrio entre os Poderes. Sua atuação deve ser respeitada e afrontas institucionais a sua autonomia e competências, rechaçadas.

Entretanto, é de igual valia que o Judiciário brasileiro possa, enquanto Poder, observar a legitimidade e, principalmente, a competência dos demais poderes.

Não por acaso, o à época Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha – que presidiu essa Corte Superior entre agosto de 2018 a agosto de 2020 –, foi enfático ao proferir os seguintes dizeres, em meio a discussão atinente ao tema “Judicialização da política, relação entre poderes e reforma administrativa”: O Poder Executivo não ensina o Judiciário a julgar, o Judiciário não legisla e o Legislativo não governa. Nenhum poder diz ao outro o que fazer. É preciso respeitar a harmonia entre os poderes de acordo com os limites traçados na Constituição.”<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> BRASIL. STJ. Presidente do STJ critica ativismo judicial e defende harmonia entre os poderes nos limites da Constituição. Notícias STJ. In: Site STJ, 04 Jun. 2020, 22:23. Disponível em:

Ou seja, retira-se da fala do Ministro que é necessário ao Poder Judiciário justamente se ater ao exercício de suas atividades, evitando exacerbá-las para adentrar em temas, discussões e principalmente decisões sobre matérias as quais não lhe dizem direito.

Essa necessidade advém, sobretudo, para se evitar a trivialização da defesa aos princípios constitucionais e afastar a chamada tese do “decisionismo judicial”, conforme bem definido por Daniel Sarmento:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo.<sup>64</sup>

Dessa forma, como apontado, para que o Poder Judiciário possa desempenhar sua função de forma cada vez mais incontestada e soberana, sem a intervenção dos demais poderes dentro de sua esfera, se faz igualmente necessário que o referido poder se atente quanto a aplicação do ativismo judicial, para evitar o desprestígio aos demais poderes.

Com os demais Poderes enfraquecidos – destaque feito ao Poder Legislativo, que é claramente mais afetado pelo fenômeno ativista, já que é através de sua inefetividade e dificuldade em criar e reformar leis para melhor atender à sociedade que acaba enxergando o Poder Judiciário tomar decisões para enfrentar as lacunas por ele deixadas –, é evidente que o Terceiro Poder também haveria de perder a sua credibilidade.

Isso porque, numa democracia tripartite, não se mostra interessante existir uma preponderância desigual de um dos poderes frente aos demais. Por razões como essa é que o Poder Moderador, instituído no país quando da outorga da Constituição de 1824 pelo então Imperador Dom Pedro I<sup>65</sup>, não se propagou nas seguintes Cartas Magnas do país, diante da evidente concentração de poder, nas mãos de um só Poder.

Logo, com uma harmoniosa e independente relação institucional e factual entre os três poderes, tem-se uma verdadeira possibilidade de evitar os constantes atritos e,

---

<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Presidente-do-STJ-critica-ativismo-judicial-e-defende-harmonia-entre-poderes-nos-limites-da-Constituicao.aspx>>. Acesso em: 04 Nov. 2022.

<sup>64</sup> SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007, p. 144.

<sup>65</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Poder Moderador. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/gestao-na-camara-dos-deputados/responsabilidade-social-e-ambiental/acessibilidade/glossarios/dicionario-de-libras/p/poder-moderador>. Acesso em: 04 nov. 2022.

concomitantemente, fortalecer a democracia brasileira em torno do pilar da tripartição dos poderes – princípio, como visto, consagrado em diversas democracias ao redor do planeta.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tratou de discorrer, de forma expositiva, sobre o fenômeno do ativismo judicial, a sua aplicação no Brasil, bem como sua relação e limites quando confrontado com o princípio da tripartição dos poderes, previsto explicitamente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º.

A referida exposição só foi possível após a leitura e aprofundamento em pesquisas bibliográficas, para compreender a posição de renomados juristas no país e poder, fundamentalmente, dissertar a respeito do fenômeno ativista e sua presença em decisões prolatadas pelo Poder Judiciário, tais quais as que foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, algumas delas aqui expostas.

A partir desse embasamento, foi possível fazer um aprofundamento na concepção da Tripartição dos Poderes, desde a sua primeira aparição, em Aristóteles, até a sua mais famosa conceituação, através da obra “O Espírito das Leis”, elaborada por Montesquieu, e a positividade desta milenar teoria e princípio na Constituição da República Federativa do Brasil.

Com isso, as funções, típicas e atípicas, desempenhadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário foram destrinchadas, para que se fosse possível compreender a aplicação da teoria tripartite sob a égide da Magna Carta brasileira.

Já no terceiro capítulo, a partir do qual foi aprofundado o contraponto à teoria da tripartição dos poderes, foi dado enfoque ao ativismo judicial. Neste interim, sua relação com o crescimento da judicialização no país foi explorado, bem como a conceituação do fenômeno ativista, desde a sua concepção, até o ativismo judicial que se tornou notável e popular no Brasil.

No quarto capítulo, passada a exploração da tripartição dos poderes e do ativismo judicial, foram apresentadas decisões, prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, que evidenciam a prática ativista presente na atualidade, enfatizando de que modo o Poder Judiciário, através de sua Suprema Corte, teria adentrado na esfera dos demais poderes ao prolatar decisões de mérito que fugiriam ao escopo de sua competência.

Foram apresentadas duas acepções, a positiva e a negativa, quanto ao ativismo judicial e sua aplicação no país. Nesse momento do presente trabalho, diversos posicionamentos dos mais renomados juristas foram expostos e comentados, de modo a contribuir para com a discussão do tema.

Após isso, evidenciada a necessidade de limites para o ativismo judicial, ponderações, de maneira geral, quanto à atuação do Poder Judiciário, foram proferidas, com o intuito de, com

base sua proposta reflexiva, chegar a um entendimento que, para que haja uma democracia fortalecida e respeitada, é primordial que a harmonia e independência entre os poderes e instituições se apresente de modo visível.

Assim, entende-se que o ativismo judicial desempenha um papel importante na sociedade, quando e se bem aplicado de modo que contribua para a prolação de decisões necessárias e legítimas, dentro de um contexto de proteção e garantia da efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

De igual modo, também se demonstra, em certas ocasiões, que uma prática exacerbada do ativismo judicial, através de decisões nas quais o julgador extrapola os limites de sua atuação legítima e institucional, fere a democracia brasileira e, conseqüentemente, ao princípio da tripartição dos poderes, de modo que o sistema de freios e contrapesos, dele originado, é ferido, o que prejudica o Estado Democrático de Direito e fomenta a presença de conflitos e atritos institucionais entre aqueles que representam os três poderes.

Por tudo quanto o exposto, é necessário que, no Brasil, o Poder Judiciário faça uma autorreflexão, de modo a ensejar uma releitura de sua atuação. O respeito aos ditames constitucionais precisa, acima de tudo, ser observado, de modo a preservar a estrutura dos Poderes do Estado Democrático de Direito brasileiro, adotada pela Constituição de 1988.

A partir de então, é que a harmonia e independência entre os poderes, tão ausente na atualidade, poderá novamente se perpetuar, de modo a superar a sensação de superioridade e presença de um dos poderes sobre os demais, em respeito à norma constitucional, que foi registrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**, vol. 242. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 16 out. 2022.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. rev. e atual. até a EC 95 de 15 de dezembro de 2016. – São Paulo: Editora Verbatim, 2017.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais**: A falácia da Reserva do possível; in Estudos de direito constitucional. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. 26 abr. 2006. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil?pagina=3#:~:text=Sob%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988,das%20pessoas%20para%20novos%20avan%C3%A7os](https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=3#:~:text=Sob%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988,das%20pessoas%20para%20novos%20avan%C3%A7os). Acesso em: 23 out.2022.

BARROSO, Luís Roberto. No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não. In: Site Consultor Jurídico, 16 de fevereiro de 2010, 3h01. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>>. Acesso em: 10 Out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. v. 5, nº 1, 2012. p. 25-26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 18 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. 2012. In: **Site Migalhas de Peso, 6 Dez. 2012**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/168919/o-constitucionalismo-democratico-no-brasil--cronica-de-um-sucesso-imprevisto>>. Acesso em: 23 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. O MOMENTO INSTITUCIONAL BRASILEIRO E UMA AGENDA PARA O FUTURO. **Jurisdição Constitucional e Debates Públicos**, 2017. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/Oxford-Momento-institucional-brasileiro-e-uma-agenda-para-o-futuro.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2022.

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Texto não publicado, 2011.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. O papel do poder legislativo. [201-?]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/o-papel-do-poder-legislativo>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Casa Civil. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais de Revisão. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13. out. 2022.

BRASIL. Casa Civil. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm) >. Acesso em: 13. out. 2022.

BRASIL. Casa Civil. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 15 Out. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007 – Brasília/DF. In: Site TSE, 2007. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-22.610-de-25-de-outubro-de-2007-brasilia-2013-df>. Acesso em: 5 Out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ministro determina prosseguimento de processo de impeachment do governador de SC. Notícias STF, 2020. In: Site STF, 17 Ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449714&ori=1#:~:text=No%20julgamento%20da%20ADPF%20378,apenas%20a%20admissibilidade%20do%20processo.>>. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.081 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9175293>>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Composição Plenária atual. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em: 10 Out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Presidente do STJ critica ativismo judicial e defende harmonia entre os poderes nos limites da Constituição. Notícias STJ. In: Site STJ, 04 Jun. 2020.

Disponível em:  
<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Presidente-do-STJ-critica-ativismo-judicial-e-defende-harmonia-entre-poderes-nos-limites-da-Constituicao.aspx>>. Acesso em: 04 Nov. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 60, abr./jun. 2016. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos\\_Alexandre\\_de\\_Azevedo\\_Campos.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf). Acesso em: 16 out. 2022.

CARUSO, Gabriela de Brito. Os 10 anos da decisão histórica do STF que reconheceu União Homoafetiva. In: Site FGV, 24 mai. 2021. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/artigos/10-anos-decisao-historica-stf-reconheceu-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 30 out. 2022.

DINIZ, Tatielly. Constituição brasileira é uma das mais avançadas do ocidente em relação à garantia de direitos. In: **Site OAB Distrito Federal, 18 out. 2013**. Disponível em: <https://oabdf.org.br/noticias/destaque/constituicao-brasileira-e-uma-das-mais-avancadas-do-ocidente-em-relacao-a-garantia-de-direitos>. Acesso em: 10 Out. 2022.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2016.

FREITAS, Vladimir Passos de. Ativismo judicial: afinal, do que se trata?. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. 12 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>. Acesso em: 17 out. 2022.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MARTINS, Sérgio Merola. Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos. In: Portal Aurum, 26 ago. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em 16 out. 2022.

MONTESQUIEU. Charles de Second. **Do Espírito das Leis**. Ed. Grupo Almedina, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas. 2017.

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2021

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

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 10 Ou. 2022.

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros Editores, 2019. 24ª ed., p. 121.

ZARDO, Cláudia. OAB Entrevista Dr. Lênio Luiz Streck. In: OAB Minas Gerais, s.a, s.p. Disponível em: [http://www.oabuberlandia.org.br/sig\\_oab.qps/Ref/OLD?LoadDocument&key=QUIS-7W4SZ6](http://www.oabuberlandia.org.br/sig_oab.qps/Ref/OLD?LoadDocument&key=QUIS-7W4SZ6). Acesso em: 04 nov. 2022.