

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito



**JÚLIA CÂMARA DO NASCIMENTO**

**A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL**

**BRASÍLIA**

**2021**

**JÚLIA CÂMARA DO NASCIMENTO**

**A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de monografia apresentado como requisito de conclusão no curso de graduação em Direito, pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Débora Soares  
Guimarães

**BRASÍLIA**

**2021**

**JÚLIA CÂMARA DO NASCIMENTO**

**A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de monografia apresentado como requisito de conclusão no curso de graduação em Direito, pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Débora Soares Guimarães

Brasília, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Professora DÉBORA SOARES GUIMARÃES**

Orientadora

---

Examinador

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas no Brasil. A partir de uma revisão acerca da temática, intenta-se realizar aprofundamento bibliográfico na teoria de tripartição de poderes adotada no Brasil e suas características presentes no texto constitucional. Busca-se estudar o ativismo judicial e seus prejuízos à garantia de direitos dos cidadãos, assim como consagrar o neoconstitucionalismo como contraposição, em sua concepção de nova leitura do constitucionalismo. Inquiri-se analisar a forma em que ocorre a concretização de direitos sociais a partir de políticas públicas e como, na prática, ocorre a atuação do Poder Judiciário e se alcança seus resultados de forma eficiente e eficaz. E, por fim, verificar se há necessidade de atualização de entendimento acerca do tema deste trabalho, para atendimento da nova realidade social encontrada no contexto brasileiro atual.

**Palavras-chave:** Separação de Poderes. Controle jurisdicional. Ativismo judicial. Neoconstitucionalismo. Políticas Públicas. Direitos Sociais.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
<b>1. A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES.....</b>	<b>7</b>
1.1 Teoria da Tripartição de Poderes no Brasil.....	9
1.2 Funções Típicas e Atípicas dos Três Poderes.....	10
1.3 Sistema de Freios e Contrapesos.....	13
<b>2. O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>17</b>
2.1 Conceito.....	17
2.2 Características e Distinções.....	21
2.4 O Ativismo Judicial No Brasil.....	24
<b>3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO À TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES.....</b>	<b>28</b>
3.1 Políticas Públicas.....	28
3.2 Neoconstitucionalismo.....	32
3.3 O Ativismo do Poder Judiciário brasileiro e a Teoria da Tripartição de Poderes - Análise Crítico-reflexiva.....	35
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS.....	45

## INTRODUÇÃO

Atualmente, o que se observa é uma relação de embates entre os âmbitos jurídico e político em relação ao campo das políticas públicas. Este trabalho visa analisar o princípio da separação de poderes em confronto com a atuação do Poder Judiciário na área de políticas públicas. Assim como, busca entender a forma em que ocorre a concretização de direitos sociais a partir de políticas públicas e como, na prática, ocorre a atuação do Poder Judiciário e se alcança seus resultados de forma a não ferir preceitos legais.

A busca por entender os limites de atuação do Judiciário se inicia a partir de uma discussão conceitual e interpretação de leis, principalmente, a Constituição Federal de 1988. De um lado quer compreender o ativismo judicial, este sendo mecanismo realizador de controle jurisdicional de políticas públicas e suas consequências e de outro, pretende saber o papel de políticas públicas na concretização de direitos fundamentais sem interferência do Judiciário, mantendo a ideia de separação de poderes, como pilar fundamental da Constituição e do Estado Constitucional-Democrático.

Dito isso, inicialmente, cumpre explicitar que as políticas públicas são de concretizar o exercício de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos indivíduos, trazendo uma análise mais detalhada das possibilidades de criação e implementação. Em contraponto, cumpre mostrar que a ação jurisdicional é meio constitucionalmente estipulado em prol da concretização de direitos apontados como fundamentais, por meio de decisões que adentram o campo das políticas públicas.

Para atingir o objetivo deste trabalho, a metodologia a ser utilizada será pesquisa doutrinária e revisão bibliográfica, com pesquisas documentais e análise de casos que corroboram com a discussão. Serão expostas ideias de diversos autores, como Maria Paula Dallari Bucci e Ana Paula de Barcellos para área das políticas públicas e Nuno Piçarra e Bruce Ackerman com vistas a delimitar o estudo sobre a separação de poderes, e, inclusive, Elival da Silva Ramos, para aprofundar o debate acerca do ativismo judicial.

No primeiro capítulo, primeiramente, será destrinchada a separação dos poderes sob a visão dos mais diversos autores, como Locke e Montesquieu, como forma de mostrar um contexto histórico do tema. Logo após, será compreender como a Tripartição de Poderes funciona no Brasil, assim como as funções típicas e atípicas dos Três Poderes e o sistema de freios e contrapesos para entender como a separação de poderes se constitui como elemento indispensável do Estado Constitucional, para atingir de forma eficaz todas as suas finalidades.

Na segunda parte deste trabalho, será trabalhado o conceito de ativismo judicial em todos os seus âmbitos, motivações e implicações, assim como suas características. Ademais, irá trazer a definição de judicialização, um termo normalmente confundido com o ativismo judicial para melhor compreender o conceito. Após isso, irá explicar como o ativismo judicial ocorre no Brasil, visto que o Judiciário tem mostrado em algumas situações uma posição puramente ativista.

Por fim, no último capítulo, será demonstrada a relação entre as políticas públicas e a separação de poderes, começando compreendendo o que são as políticas públicas, seu funcionamento e seus diversos modelos, para entender, principalmente, sua importância dentro da sociedade. Depois, será tratado o conceito de neoconstitucionalismo como uma nova leitura do constitucionalismo por meio da valorização dos direitos humanos, em defesa de uma atualização de interpretações para melhor atender às demandas sociais.

O tópico final objetiva conectar todos os capítulos, fazendo uma análise crítica-reflexiva do tema e buscando demonstrar como a interferência do Poder Judiciário, pelo ativismo jurisdicional nas decisões acerca das políticas públicas, pode ser prejudicial ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista preceitos constitucionais e equilíbrio de funções e atribuições entre os Poderes.

Este trabalho não pretende esgotar o assunto, mas apenas levantar um debate, mostrando teses de defesa em relação ao ativismo judicial na concretização de direitos fundamentais e, também, teses contrárias, que se preocupam com a manutenção de um Estado Constitucional com Poderes independentes e harmônicos.

## 1. A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

É incontestável o entendimento de que separação dos poderes é uma das bases do Estado Constitucional brasileiro atual, inclusive sendo uma cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, inciso III da Constituição Federal<sup>1</sup>, ou seja, não pode ser objeto de deliberação a proposta de emenda, nem de qualquer outra norma tendente a abolir este princípio.

A cisão do poder em órgãos estatais que possuem independência é observada pelos partidários do liberalismo político como evidência de equilíbrio político que diminui riscos de abuso de poder, pois ao estabelecer a separação dos poderes, se evita o despotismo e assume feições liberais.<sup>2</sup>

Teoricamente, se entende que a separação de poderes se baseia na asserção de existência causal entre divisão do poder e liberdade individual. Evidente que o princípio busca tal objetivo, primeiramente pela imposição de colaboração e de consenso das várias autoridades estatais na tomada de decisões, e, segundo, ao estabelecer mecanismos que fiscalizam e responsabilizam reciprocamente os poderes estatais, bem como se descreve os freios e contrapesos.<sup>3</sup>

Em linhas gerais, a separação de poderes objetiva a manutenção da paz social e prevalência do direito à liberdade individual, preservando a sociedade de possíveis arbitrariedades e tendências absolutistas do poder estatal. Porém, esse princípio necessitou de diversas ponderações e reavaliações ao longo do tempo por diversos autores para se concretizar no que se conhece hoje.<sup>4</sup>

É possível observar que desde a Antiguidade grega, em meados do século V a.C, já se conjecturava a existência de funções distintas do poder soberano, onde Aristóteles<sup>5</sup> examinava a concentração do exercício de funções de edição de normas gerais e sua aplicação, além de julgamento de casos concretos na figura de uma só pessoa. Contudo, a ideia de separação de

---

<sup>1</sup> Artigo 60, § 4º, inciso III, da CF de 1988: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes".

<sup>2</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Significado e atualidade da separação de poderes*. 2008, p. 145-146

<sup>3</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Significado e atualidade da separação de poderes*. 2008, p. 145-146.

<sup>4</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*, 2020, p. 296.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES, *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.



poderes como compreendido contemporaneamente, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>6</sup>, "não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual consagrou o *Bill of Rights* de 1689." Este feito marcou o compromisso de divisão de poderes, dando ao monarca, ao parlamento e aos juízes certa independência de funções.

Essa questão foi estudada e teorizada por Locke em seus dois tratados e, em especial, no Segundo, onde define o estado de natureza como uma condição inerente de todos os homens, que possuem absoluta liberdade para decidir sobre suas ações e seus bens<sup>7</sup> e abarca a divisão entre os Poderes, garantindo que há três poderes que se convertem em dois, o Legislativo e o Executivo. Isso porque, a partir do momento que o homem ingressa na sociedade civil, ele renuncia em nome do Estado seus poderes naturais de fazer leis e de punição.<sup>8</sup>

De acordo com Bobbio, a teoria de Locke diz respeito a uma subordinação entre poderes e não um equilíbrio de relações recíprocas dos poderes, onde cada poder atua de forma autônoma, mas com a presença de uma espécie de contenção por parte dos demais poderes, para não exceder seus limites<sup>9</sup>. Assim como afirma Nuno Pirraça: "não se encontra na obra de Locke nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida como exigência de separação e equilíbrio interorgânico, mas simplesmente uma distinção das funções estaduais".

10

Nesse sentido, de forma a aprimorar a teoria de Locke, a teoria conhecida como "tripartição de Poderes", vislumbrada por Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis* de 1748, foi o precursor do grande avanço do entendimento da divisão de funções pelos órgãos do Estado. De acordo com essa teoria, os três poderes possuem funções típicas, agindo com autonomia e independência, em prol da limitação de abusos em face de um para com os demais. Portanto, Montesquieu traz o entendimento da existência de um controle dentro dos

---

<sup>6</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 34. ed., p. 135.

<sup>7</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.

<sup>8</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed.

<sup>10</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. 1989, p. 63.

próprios órgãos controladores, afastando o absolutismo por meio de uma sociedade livre de opressões do poder soberano, garantido seus direitos individuais e alcançando a ideia de fiscalização e de coordenação recíprocos como um foco na separação dos poderes.<sup>11</sup>

## 1.1 Teoria da Tripartição de Poderes no Brasil

A distinção entre as funções estatais, conhecidas hoje como os três Poderes, não surgiu em busca de entender de fato como cada uma age e exerce suas atividades, mas sim, como afirma Nuno Pirraça<sup>12</sup>, para assegurar a liberdade e a segurança individuais. A tripartição só se converteu em uma teoria com pretensões de validade científica anos depois, de forma a surgir o princípio da separação de poderes.

O princípio da separação de poderes, atualmente, traz a ideia de Estado constitucional democrático<sup>13</sup>, visando uma governança a partir de uma repartição do seu poder em órgãos distintos e independentes, cada qual especializado em um aspecto ou área de governo.

Por tal razão, a separação dos poderes deve ser encarada como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político no interesse da paz e da liberdade, modificando-se, como tudo “no entre-os-homens”, de acordo com as condições históricas de cada povo. (PELICIOLI, 2006)

Em contrapartida, o doutrinador Pedro Lenza concebe o entendimento de que o Poder é uno, indivisível e indelegável<sup>14</sup>, portanto não se triparte, apenas corresponde a funções e órgãos distintos com competências próprias. Assim como é impreciso e impróprio o uso da expressão "tripartição de poderes" para denotar tal característica do Estado, apesar de ser usada sem muito rigor técnico<sup>15</sup>, inclusive pela própria Constituição em seu art 2º sobre os Poderes da União<sup>16</sup>, que para Lenza, por "Poderes", deve-se interpretar órgãos.<sup>17</sup>

---

<sup>11</sup> MONTESQUIEU, C. L. S. *O espírito das leis*. ed. 3, 1994.

<sup>12</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. 1989, p. 64.

<sup>13</sup> PELICIOLI, Angela Cristina. *A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, 2006.

<sup>14</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 2020, p. 568.

<sup>15</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 2020, p. 569.

<sup>16</sup> Art. 2º, CF de 1988: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

<sup>17</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 2020, p. 569.

De qualquer forma, no Brasil, o princípio de separação de poderes se dedica em buscar a colaboração e o consenso das autoridades estatais para tomada de decisões com a presença de mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes.<sup>18</sup>

O entendimento de haver uma divisão das funções legislativa, executiva e judicial entre vários órgãos é o centro do que o princípio determina. Trata-se de uma especialização funcional e não uma divisão absoluta, atendendo duas finalidades. A primeira diz respeito a uma garantia de autonomia dos Poderes, buscando não haver dependência entre eles. A segunda sendo um mecanismo de controle recíproco, para não extrapolar limites previstos em leis. É um assunto debatido pela doutrina e pelo STF, de que a cláusula pétreia protege o núcleo do sentido da separação de poderes, mas não proíbe eventuais mudanças.<sup>19</sup>

## **1.2 Funções Típicas e Atípicas dos Três Poderes**

A divisão segundo o princípio de separação de Poderes advém de um critério funcional, distinguindo em três funções estatais, ou seja, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si. Cada órgão, ou Poder, possui funções inerentes e predominantes, mas buscando harmonia e equilíbrio entre eles, também possuem a prerrogativa de exercer funções de natureza típica dos outros dois órgãos.

Segundo Alexandre de Moraes.<sup>20</sup>:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

O texto constitucional traz em seu art. 2º que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, além de abarcar as várias funções de cada Poder, que possui parcela da soberania estatal. Além disso, pode-se

---

<sup>18</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 2020, p. 564.

<sup>19</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*, 2020, p. 308.

<sup>20</sup> DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 37 ed., p. 491.

interpretar que junto a independência e a harmonia dos poderes, há o entendimento de que a divisão de funções entre os órgãos e sua independência não são absolutas<sup>21</sup>. Na verdade, há certa liberdade na atuação de cada órgão, sem que propriamente chegue a ferir o princípio constitucional de separação de poderes, ou seja, as funções típicas e atípicas.

O Poder Legislativo tem como funções típicas os verbos legislar e fiscalizar e atípicas, administrar e julgar. Portanto, o Congresso Nacional detém o poder de elaboração das normas jurídicas e de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial<sup>22</sup>. Assim como, decorrendo de natureza executiva, dispõe sobre sua organização ao prover cargos, conceder férias, promoções e licenças aos seus servidores e de natureza jurisdicional, segundo o artigo 52, inciso I da Constituição<sup>23</sup>, como exemplo, em casos de crime de responsabilidade, o processo e julgamento do Presidente da República por parte do Senado Federal.

Já o Poder Executivo, órgão constitucional cuja função principal repousa na prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração, foi confiada pela Constituição Federal ao Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. O Executivo, portanto, além de administrar a coisa pública, também legisla e julga no exercício de suas funções atípicas.

Como explica Alexandre de Moraes<sup>24</sup>:

Na estrutura do Poder Executivo verifica-se a existência de duas funções primordiais diversas, quais sejam, a de Chefe de Estado e de Chefe de Governo. Nosso texto constitucional expressamente adotou o presidencialismo, proclamando a junção das funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo, a serem realizadas pelo Presidente da República, prevendo-as no art. 84 da Constituição Federal.

---

<sup>21</sup> DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 37 ed., p. 496.

<sup>22</sup> Artigo 70 da CF de 1988: "A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder."

<sup>23</sup> Artigo 52, inciso I, da CF de 1988: "Compete privativamente ao Senado Federal: processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles"

<sup>24</sup> DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 37 ed., p. 560.

Ao lado destas funções, o poder estatal também possui a função de julgar, inerente ao Poder Judiciário, que consiste na aplicação das normas, dando validade ao ordenamento jurídico, inclusive de forma coativa, se necessário. Portanto, a função jurisdicional é realizada pelo Poder Judiciário, aplicando a lei a uma hipótese controvertida por meio de processo regular, produzindo coisa julgada e substituindo de forma definitiva a atividade e vontade das partes.<sup>25</sup>

Assim, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional e utiliza-se a lei no caso concreto para resolução de algum conflito de interesses que configuram lide ou litígio. E, assim como os demais Poderes do Estado, possui funções atípicas, que neste caso são de natureza administrativa e legislativa. Por exemplo, o artigo 96, inciso I, alíneas "a" e "f" contempla a prerrogativa de criação do regimento interno de seus tribunais, natureza legislativa; e de administrar ao conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros, natureza executiva.<sup>26</sup>

Além disso, importante ressaltar que o Poder Judiciário possui o dever de ser o guardião da Constituição, tendo que preservar os princípios da legalidade e igualdade por meio do poder de controle de constitucionalidade, ou seja, o poder de verificar a conformidade de um ato ou lei em relação à Constituição, principalmente aquelas que desrespeitam o livre exercício deste Poder.<sup>27</sup> Por isso a necessidade de haver imparcialidade e independência garantidas, em nome de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Em prol da preservação dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, se faz imprescindível analisar o papel do Ministério Público no cenário atual, visto que o Judiciário é um Poder inerte e necessita de um órgão agente, que intervenha no processo buscando a defesa dos interesses das partes. Sua atuação consiste na participação e fiscalização do

---

<sup>25</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 1989, p. 169.

<sup>26</sup> Artigo 96, inciso I, alíneas "a" e "f" da CF de 1988: "Compete privativamente aos tribunais: eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; e conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados"

<sup>27</sup> DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 37 ed., p. 595.

processo de execução e das atividades administrativas, a partir da defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade e da fiel observância das leis.

Segundo o artigo 127, §§ 1º e 2º, os membros do Ministério Pública não devem se submeter a nenhum outro Poder ou órgão, possuindo autonomia funcional e administrativa, devendo obediência apenas à Constituição e às leis, além de ter como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.<sup>28</sup> É um órgão, portanto, que não faz parte de nenhum dos três Poderes, mas se relaciona diretamente com todos eles e busca defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis.

O Ministério Público que promove a ação penal pública e a ação civil pública, a ação de inconstitucionalidade ou representação, assim como zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, entre outras atribuições.

À vista disso, sob o manto do princípio do devido processo legal e de demais garantias fundamentais, o Ministério Público se faz essencial a prestação da tutela jurisdicional. É o entendimento que José Afonso da Silva traz, de que graças a um alargamento de suas funções em prol da proteção aos direitos indisponíveis e de interesses coletivos, sendo uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional, a Instituição ocupa gradual destaque na organização do Estado levando em consideração sua importância.<sup>29</sup>

### **1.3 Sistema de Freios e Contrapesos**

As primeiras questões levantadas acerca da organização e funcionamento do Estado se deram a partir do século XVIII. O contexto político da época confiava a função legislativa a principal função estatal, gerando discussões e análises sobre arbitrariedades por parte do

---

<sup>28</sup> Artigo 127, §§ 1º e 2º da CF de 1988: "São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional;" e "Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento."

<sup>29</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9 ed., p. 510.

Estado. Por um lado, argumentava-se sobre equilíbrio, limites internos e fiscalização recíproca e, por outro, discutia-se ideais democráticos, de soberania popular e representatividade.<sup>30</sup> Ou seja, ambos visam haver fatores equilibrantes e de moderação na estrutura do Estado-nação.

Adentrando o debate sobre equilíbrio, limites internos e fiscalização recíproca que se compreende a ideia que surgiu, inicialmente, com a separação entre o órgão legislativo e executivo.<sup>31</sup> Consolidou-se o entendimento de independência e equilíbrio, conhecido como balança de poderes<sup>32</sup>. Assim, os problemas políticos existentes poderiam ser analisados por analogia a problemas de natureza mecânica, ou seja, traria uma nova perspectiva ao Estado, de não apenas equilíbrio de forças entre órgãos, mas também equilíbrio de funções distintas, compondo um aparato estatal com divisão de funções com mecanismos e dispositivos constitucionais de fiscalização recíproca.<sup>33</sup>

É a partir dessa teoria de balança de poderes, que, ao longo do tempo, prolonga-se em uma teoria dos freios e contrapesos (checks and balances)<sup>34</sup>. Porém, para chegar à total autonomia, necessita que tenha o objetivo final de moderação do poder político, a partir da sua estruturação plural, ou seja, estabelecendo limitação na atuação dos órgãos e assegurando segurança em sua independência, não apenas uma separação livre de interferências. Isso porque o equilíbrio pressupõe apenas poderes separados, faltando-lhe fiscalização recíproca.<sup>35</sup>

Contudo, foi o sistema de separação de poderes que aprimorou este conhecimento. Esse sistema se encontra atualmente celebrado em boa parte das Constituições ao redor do mundo, pois está associado à concepção de Estado Democrático, ideia que se difundiu entre

---

<sup>30</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, 1989, p. 79.

<sup>31</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, 1989, p. 80.

<sup>32</sup> *Balance of powers* ocorre em duas versões: a) separação intra-orgânica: ocorria no confronto político na elaboração das leis no seio do poder legislativo, quando se defrontavam o rei, os nobres e os representantes do povo, o balanceamento, por isso, era intra-orgânico; b) separação interorgânica: da prática da balança de poderes evoluiu-se para aplicar tal forma de controle entre os órgãos, entre o parlamento e o rei. O principal instrumento de balanceamento utilizado pelo rei era o veto; já o parlamento tinha como arma o *impeachment*.

<sup>33</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, 1989, p. 80-81.

<sup>34</sup> Checks and balances se insere no sistema de freios e contrapesos, ou seja, cada Poder tem a prerrogativa de exercer sua função autonomamente, porém, ao se observar uma extrapolação de seus limites, há a faculdade de haver contensão por parte dos outros em prol do equilíbrio entre eles.

<sup>35</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, 1989, p. 80-81.

as nações e acabou por originar uma construção doutrinária, tal qual a teoria de freios e contrapesos.

A partir dessa teoria, infere-se que o Estado pratica atos, que podem ser classificados de duas formas, os atos gerais e os especiais. O primeiro se refere aos atos gerais, isto é, só podem ser praticados pelo poder legislativo, pois se baseiam na emissão de regras gerais e abstratas. O segundo, diz respeito aos atos especiais, que advém da atuação do poder executivo, adentrando os meios concretos de ação, de forma mais concreta. Além disso, em caso de ocorrência de inobservância das normas descritas, surge a atuação do poder judiciário, como fiscalizador dos limites de competência dos outros dois poderes.<sup>36</sup>

Dessa forma, o poder legislativo, feitor dos atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo, portanto, como cometer abusos de poder beneficiando ou prejudicando alguém ou algum grupo. Assim como, o executivo desfruta dos meios concretos para agir, porém também não pode exercer suas funções de forma discricionária, pois seus atos são limitados pelos atos gerais realizados pelo legislativo.<sup>37</sup>

Diante disso, é inequívoco a compreensão de que para se concretizar um Estado democrático de direito é necessário a presença de Poderes de Estado e Instituições, dotados de independência e harmonia entre si, assim como estabelecidos direitos fundamentais e instrumentos que proporcionem a fiscalização e a continuidade de tais requisitos. Além disso, é importante salientar que toda essa matéria é interligada e, caso ocorra a decadência de um ponto, haverá conseqüentemente a supressão dos outros, abrindo espaço para a volta do arbítrio e da ditadura.<sup>38</sup>

Logo, as interações que ocorrem entre os órgãos estatais objetivam o estabelecimento do mecanismo de freios e contrapesos são essas que procuram manter o equilíbrio essencial para a concretização do bem coletivo, evitando o arbítrio dos governantes, entre eles mesmos e os governados. É este sistema que controla o poder pelo próprio poder, sem ferir a

---

<sup>36</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, 16 ed., p. 184-185.

<sup>37</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, 16 ed., p. 184-185.

<sup>38</sup> DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 37 ed., p. 496.



autonomia dos demais, que também sofrem o controle pelos outros poderes. É um mecanismo que busca driblar abusos e excessos por parte de qualquer dos poderes.

O Direito Constitucional brasileiro, que não foge desta concepção, persegue a ideia de que há uma inadequação na interpretação rígida de Tripartição de Poderes, principalmente para um Estado que quer oferecer bem-estar aos cidadãos a partir da separação das funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos. Dessa forma, o texto constitucional consagrou funções estatais aos três tradicionais Poderes de Estado e à Instituição do Ministério Público, que, entre muitas importantes funções, devem se atentar ao equilíbrio entre eles, os fiscalizando mutuamente, e ao respeito aos direitos fundamentais.<sup>39</sup>

Vale reforçar que o legislador constituinte fez a opção de eleger o Ministério Público o defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos, o que ocasionou uma alteração substancial na estrutura da própria Instituição e da tradicional teoria da Tripartição de Poderes. Isso se faz relevante por se tratar de princípio sustentador da teoria dos freios e contrapesos da atual Constituição e não pode ser ignorada pelo intérprete.<sup>40</sup>

Assim sendo, ao construir a ideia de separação de poderes e de um Estado de Direito, busca-se equilibrar e harmonizar a configuração estatal, visando alcançar todos os objetivos estabelecidos em previsões legais, como os direitos fundamentais. Infere-se diante disso, que a separação de poderes constitui elemento indispensável do Estado Constitucional, para atingir de forma eficaz suas finalidades a partir da observância de suas necessidades. Ocorre de forma distributiva, entre os Poderes, levando em conta o momento histórico-constitucional e todo o contexto nele inserido.

---

<sup>39</sup> DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 37 ed., p. 495.

<sup>40</sup> DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 37 ed., p. 495.

## 2. O ATIVISMO JUDICIAL

Para primeiro entender ao que se refere o termo ativismo judicial, há a necessidade de se entender o que é atividade jurisdicional, visto que é a partir disso que podemos definir a demarcação entre atuação regular do Poder Judiciário e a interferência na decisão de outros órgãos. Essa atividade trata-se de nada mais que o poder do Estado de aplicação do direito ao caso concreto, ou seja, jurisdição é a busca por solução de conflitos de interesses, preservando a ordem jurídica e gerando segurança jurídica<sup>41</sup>.

Vale ressaltar que o ativismo judicial não se trata de algo essencialmente perverso, onde ocorre a atuação de juízes se desviando de sua função e finalidade por motivos egoísticos. Essa forma de conceituar o termo acaba sendo uma forma atrofiada, geralmente acompanhada de algum sentimento de injustiça por discordar de alguma decisão.

Por isso, o ativismo jurisdicional deve ser analisado a partir dos limites do texto legal, pois quando de forma desmedida o Judiciário estende a interpretação de forma tão expansiva, acaba por originar normas, função essencialmente legislativa. Com isso, cria-se um cenário de atipicidade entre as funções dos órgãos estatais, que, contudo, só se tornam um problema a partir do momento que suas ações ferem sua legitimidade, ou seja, quando os Tribunais se recusam a permanecer dentro dos limites jurisdicionais previamente estabelecidos para o exercício de seus poderes.<sup>42</sup>

### 2.1 Conceito

Há diversas formas de se conceituar o termo, mas para sua identificação inicial, se analisa a ação do Judiciário desconforme com seu papel acertado em lei. A adversidade se faz quando, em busca de concretizar a atividade jurisdicional, o magistrado necessita fazer uso de uma hermenêutica jurídica expansiva, pois a lei vigente não supre todas as peculiaridades do caso concreto, desencadeando nos tribunais um processo da criação do direito.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> JÚNIOR, Waldir Sebastião de Nuevo Campos. *Jurisdição e segurança jurídica*. 2017.

<sup>42</sup> MARSHALL, William P. *Conservatives and Seven sins of judicial activism*. 2002, p. 37

<sup>43</sup> MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. *Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*, 2012, p. 16.

O ativismo judicial, então, pode ser analisado por meio de duas espécies, sendo a primeira o ativismo judicial inovador, que se caracteriza pela criação de uma norma ou direito e, o segundo, o ativismo judicial revelador, isto é, criação de uma norma, regra ou direito a partir de valores e princípios constitucionais ou de uma regra lacunosa. Este último, se apresenta na busca por complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional, assim como de uma regra lacunosa inovando o ordenamento jurídico.<sup>44</sup>

Ao se criar uma norma jurídica, ocorre a intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, que desequilibra a relação de independência entre os poderes e o magistrado acaba se tornando ativista. Isso porque utiliza seu poder para rever e contestar decisões dos demais poderes do Estado, bem como promover em suas decisões políticas públicas e não considerar os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites de sua atuação. São essas características que devem ser consideradas para indicar que o Poder Judiciário está operando além dos poderes que lhe são atribuídos pela ordem jurídica, simultaneamente preenchidas ou não e mesmo que presentes em graus distintos.<sup>45</sup>

Por isso, o ativismo judicial sofre diversas críticas, com argumentos de que juízes e Tribunais não detêm legitimidade democrática para realizar atos legalmente instituídos pelos poderes Legislativo e Executivo. Esses críticos ainda afirmam que o Judiciário atua de duas maneiras, sendo a primeira como legislador negativo por invalidar atos e leis dos poderes Legislativo ou Executivo e o segundo como legislador positivo, ao interpretar as normas e princípios e atribuir a eles juízo de valor.<sup>46</sup>

Assim como, na atribuição de peso aos princípios conflitantes depende do subjetivismo, isto é, da vontade de quem irá interpretar, ocasionando o ativismo jurisdicional por meio da ponderação.<sup>47</sup> A ponderação sendo definida como "uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês 'hard cases'), em relação aos quais o raciocínio

---

<sup>44</sup> GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?*, 2009.

<sup>45</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo*, 2000, p. 2.

<sup>46</sup> GRANJA, Cícero Alexandre. *O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais*, 2013.

<sup>47</sup> GRANJA, Cícero Alexandre. *O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais*, 2013.

tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso”.<sup>48</sup>

Por outro lado, como afirma Sarmento, há a existência de um decisionismo judicial, isto é, juízes negligenciando seu dever de fundamentar de forma racional seus julgamentos.<sup>49</sup> Trata-se de uma espécie de euforia, que se esconde atrás de uma imagem de politicamente correto, jargões e retórica inflamada, mas prejudiciais à democracia, pois é marcada pela imposição de preferências e valores dos magistrados que diversas vezes passam por cima de deliberações do legislador. Ela traz insegurança jurídica, sendo prejudicial ao cidadão, que fica impossibilitado de se planejar com antecedência com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico, ficando à mercê da vontade dos juízes.<sup>50</sup>

O ativismo judicial pode ser algo danoso e é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, segundo Dworkin, onde juízes ativistas ignoram questões atinentes à lei e à Constituição para impor aos demais poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.<sup>51</sup> Para ele, o direito como todo reprova o ativismo, bem como as práticas de jurisdição constitucional que lhe estejam próximas.<sup>52</sup>

De forma contrária, há quem defenda que há legitimidade no ativismo judicial, inclusive para invalidar decisões dos outros poderes. Tal legitimidade se justifica pelo fato de que a Constituição brasileira faculta expressamente esse poder ao Judiciário.<sup>53</sup> Além disso, a

---

<sup>48</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*, 2006, p. 55.

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel Souza. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007, p.14.

<sup>50</sup> SARMENTO, Daniel Souza. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007, p.14.

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>53</sup> CARMONA, Geórgia Lage Pereira. *A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?*, 2012.

Constituição ao realizar o papel de estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais, acaba por legitimar a intromissão do Judiciário.<sup>54</sup> Aliás, na própria constituição se confere a vontade majoritária, tornando, então, o ativismo judicial um instrumento promotor de democracia.<sup>55</sup>

Isso se justifica pelo fato de que houve uma evolução acerca do que se entende do princípio da separação de poderes desde a sua sistematização inicial, permitindo sua flexibilização.<sup>56</sup> É o que Luís Roberto Barroso defende ao dizer que a participação mais ampla do Judiciário é em busca da concretização de valores e fins constitucionais, mesmo que de forma ativista.<sup>57</sup>

Dessa forma, Luís Roberto Barroso <sup>58</sup> afirma:

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

O entendimento de que um juiz ativista atuando se trata de um desvio de finalidade do poder judiciário acaba por ignorar a ideia de que os juízes estariam somente aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.

<sup>59</sup>

Portanto, não só a definição de ativismo judicial precisa ser considerada, mas também todo o contexto inserido nele deve ser analisado para entender se restará nocivo aos princípios norteadores de um Estado democrático. Um Estado moderno precisa reavaliar as classificações de suas funções, levando em consideração o momento histórico e as novas

---

<sup>54</sup> CARMONA, Geórgia Lage Pereira. *A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?*, 2012.

<sup>55</sup> CARMONA, Geórgia Lage Pereira. *A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?*, 2012.

<sup>56</sup> CARMONA, Geórgia Lage Pereira. *A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?*, 2012.

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2009.

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2009.

<sup>59</sup> BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. *A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível*, 2011, p. 151.

necessidades, principalmente porque a tese absoluta de separação entre os poderes o tornaria pernicioso e arbitrário.<sup>60</sup>

## 2.2 Características e distinções

A ideia do exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe para resolução de litígios e controvérsias, tanto subjetivas quanto normativas, ou seja, conflitos de interesses e conflitos normativos, trazem uma sinalização negativa, como uma espécie de desnaturação da função típica judiciária.<sup>61</sup> Porém, não se pode deixar de registrar que há respaldo decorrente do modelo de repartição de competências adotado.

No Brasil, o modelo constitucional foi adotado consagrando o princípio de separação de poderes entre legislativo, executivo e judiciário, como visto anteriormente neste trabalho. Esses poderes exercem funções exclusivas do Estado, a partir de uma visão mais contemporânea das funções estatais, onde o Estado constitucional de direito se fundamenta na concepção de unidade para exercer atos de soberania.<sup>62</sup>

Conforme descreve Anna Cândida da Cunha Ferraz <sup>63</sup>:

No desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação 'de concerto'.

É o que assevera as funções típicas e atípicas de cada Poder, bem como os freios e contrapesos, que abrandam a discussão acerca da legitimidade de atuação dos órgãos estatais frente às suas atividades esperadas e inerentes à sua natureza.

---

<sup>60</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 1027.

<sup>61</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 2010, p. 129.

<sup>62</sup> CIÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, 1993. p. 26.

<sup>63</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*, 1994, p. 14.

Por isso, em prol de melhor entendimento acerca da temática, um ponto importante a se observar é a distinção entre ativismo judicial e judicialização. Isso porque na literatura jurídica, o ativismo se refere a um juízo de valor, que se estende à atividade típica judiciária. Já a judicialização, é voltada ao saneamento de vícios identificados na atuação do executivo e do legislativo.

Para Barroso, judicialização significa que questões de grande repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, tais quais o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Ela envolve transferir poder para juízes e tribunais, com mudanças na linguagem, argumentação e forma de participação da sociedade.<sup>64</sup>

O que se entende é que caso haja a necessidade de um legitimado adentrar no Judiciário para reivindicar a interveniência do Poder Judiciário em relação a dado aspecto, está se falando na judicialização deste.<sup>65</sup> Porém, mesmo sendo similares, a judicialização não equivale ao ativismo judicial, principalmente porque na judicialização, as decisões são tomadas de acordo com o que de fato lhe compete fazer.

O ativismo judicial, em contrapartida, reflete uma ação em virtude de uma escolha com forma específica e proativa de interpretação da Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Comumente ele se mostra em um cenário de retração do Poder Legislativo ou de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, evitando, então, que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>66</sup>

Na visão de William P. Marshall, o ativismo judicial pode ser caracterizado pelo contramajoritarismo, pelo não originalismo, pela ausência de deferência perante os precedentes judiciais, pela criatividade judicial, pelo ativismo remedial ou pelo ativismo

---

<sup>64</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2017.

<sup>65</sup> VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil*, 2011.

<sup>66</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2017.

partidário.<sup>67</sup> Isto é, não há definição exata, mas sim indicadores de uma recusa dos juízes de se manterem nos limites jurisdicionais estabelecidos pelo ordenamento.

Assim como Craig Green, que identifica o ativismo judicial por meio de suas decisões que se originem um erro jurídico grave, causem algum resultado controverso ou indesejável, invalidem uma norma ou sejam um produto destes e outros fatores acabam por implicar em desrespeito ao que ele denomina de “padrões culturais da atuação judicial”, isto é, exercidos sem qualquer revisão.<sup>68</sup>

Já conforme Keenan Kmiec, algumas características são: a derrubada de atos constitucionais dos outros poderes, a desconsideração dos precedentes, o exercício de atividade legislativa pelo judiciário, o desvio da metodologia tolerável de interpretação e o julgamento “voltado aos resultados”, em tradução direta.<sup>69</sup>

Para Ernest Young, outros indicadores podem ser a substituição de decisões dos ramos políticos federais ou governos estaduais, o afastamento do texto constitucional ou de sua história de formação, o distanciamento dos precedentes judiciais existentes, o uso de fundamentação ampliada e decisões dos juízes de acordo com suas preferências político-partidária.<sup>70</sup>

Fica evidente que diante desta pluralidade de características, que muitas referentes ao sistema jurídico estadunidense, há a necessidade de se analisar, primeiramente, dentro do contexto brasileiro, e, mais minuciosamente nos casos concretos da atualidade.

Dito isso, vale ressaltar o entendimento de Elival da Silva Ramos, que acredita que a singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional compreende a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, as revogando ou invalidando em caso de conflito, bem como que o caráter nomogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, que são concretizados em uma estrutura lógica de normas-princípio

---

<sup>67</sup> MARSHALL, William P. *Conservatives and Seven sins of judicial activism*, set. 2002, p. 34

<sup>68</sup> GREEN, Craig. *An intellectual history of judicial activism*. Emory Law Journal, mai. 2009 p. 1199

<sup>69</sup> KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism", out. 2004, p. 1466.

<sup>70</sup> YOUNG, Ernest A. *Judicial activism and conservative politics*. 2002, p. 1441-ss.



amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento, porém, torna menos intensa sua capacidade regulatória direta.<sup>71</sup>

Além disso, ainda segundo ele, também compreende a fluidez e a decorrente imprecisão semântica, marcada pela vagueza e ambiguidade da linguagem constitucional, cheia de conceitos indeterminados de cunho valorativo, assim como a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais - que dizem respeito a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil.<sup>72</sup>

Do mesmo modo, compreende a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva em relação à interpretação e aplicação da Constituição, tanto por lhes incumbir, de forma exclusiva, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quanto por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, por isso, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense).<sup>73</sup>

### **2.3 O Ativismo Judicial no Brasil**

Como já mostrado anteriormente, a judicialização e o ativismo encontram-se presentes no contexto jurídico brasileiro e, mesmo que sejam parecidos, se mostram distintos enquanto fenômenos.<sup>74</sup> A judicialização é resultado do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente brasileiros, o que abre espaço para discussões de viés político e moral sob a forma de ações judiciais. Ela não ocorre por vontade do Judiciário, na verdade decorre da vontade do constituinte, isto é, seguindo o conhecimento tradicional, magistrados não possuem vontade política própria. Em se aplicando a Constituição e as leis, concretizam decisões já tomadas pelo constituinte ou pelo legislador enquanto representantes do povo.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, 2010, p. 140

<sup>72</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, 2010, p. 141

<sup>73</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*, 2010, p. 141

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2009.

<sup>75</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2009.

O ativismo judicial, por seu turno, se apresenta por uma postura do intérprete, que de forma proativa e expansiva interpreta a Constituição, alargando o sentido e alcance de suas normas em relação ao legislador ordinário. É um mecanismo que contorna o processo político majoritário ao se mostrar inerte ou incapaz de encontrar consenso.<sup>76</sup>

Não é uma discussão apenas contemporânea, pois ela se inicia com o surgimento da Constituição Federal de 1988 envolvendo operadores do direito e cientistas políticos acerca dos limites do exercício de juízes e magistrados. Porém, de forma mais recente, no Brasil, o Judiciário tem mostrado em algumas situações uma posição puramente ativista, o que pode trazer riscos referentes à legitimidade democrática, à politização da justiça e à falta de capacidade institucional do Judiciário para decisão acerca de determinadas matérias.<sup>77</sup>

Em relação a legitimidade democrática, o risco se encontra quando magistrados impõem suas escolhas, preferências e vontades, visto que somente atuam de forma legítima quando são capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, baseando-se na Constituição.<sup>78</sup> Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é uma garantia para a democracia, assim como pode ser um risco para a mesma.

Já sobre o risco de politização da Justiça, vêm da ideia de atuação dos juízes, que ao proferirem decisões devem buscar neutralidade e objetividade e sem estes requisitos, perde-se a segurança jurídica e abala o Estado de Direito. Porém, vale ressaltar que esse pensamento, apesar de coerente, não pode ser concretizado de forma absoluta, adentrando então a ideia de imparcialidade, que de acordo com Barroso, "cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível".<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2009.

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2009.

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2009.

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2009.

Além disso, no que se refere à falta de capacidade institucional do Judiciário, o princípio da separação de poderes é o ponto central de discussão, principalmente em relação aos limites e aos efeitos sistêmicos de sua atuação. Ou seja, juízes ao decidirem em certas matérias, acabam por interferir em outras esferas ou causar efeitos maiores a toda a sociedade e não somente às partes ali envolvidas. É o caso das políticas públicas, visto que o Judiciário atua em casos de existência de uma política estatal afrontando a Constituição, bem como em busca de uma análise quanto a sua efetividade, ambas sendo formas de judicialização das políticas. Logo, quando as ações das outras funções de Estado são frustradas, de forma excepcional, cabe ao Judiciário realizar o controle.<sup>80</sup>

Nesse sentido, as atuações ativistas estão presentes no cotidiano da atividade jurisdicional, como o caso do Tema 106 do Rito de Recursos Repetitivos do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.657.156/RJ), que trata da obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não estiverem listados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) na Portaria nº 2.577/2006 do Ministério da Saúde, o chamado Programa de Medicamentos Excepcionais, e da fixação de requisitos para apreciação e concessão dos pedidos por parte do Poder Judiciário. Com ele, foi possível definir requisitos para a concessão de medicamentos, que, originalmente, tratava-se de ação ordinária buscando fornecimento perante o poder estatal de medicação necessária, bem como de demais produtos necessários à intervenção médica.

O embate se encontra no ponto de limitação da atuação do Poder Público em sua obrigação de prestar serviços de saúde, com fulcro no artigo 196 da Constituição Federal, já que o Estado precisa garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doença e de outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A discussão sobre a judicialização foi levantada, principalmente sob o argumento de evitar que a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS ocorresse de forma indiscriminada. Assim, para ter acesso a estes medicamentos, foi fixada uma tese com os seguintes requisitos cumulativos: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da

---

<sup>80</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2013. p. 128-129.

imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. para a concessão desses tipos de medicamentos não abrangidos pelo SUS.<sup>81</sup>

Vale ressaltar que mesmo que haja uma análise de cada caso concreto, dentro de um processo e de forma individual, há sempre a possibilidade de se encontrar similaridades entre eles. É uma forma de proteção das demandas individuais e sociais, mas que abre a discussão sobre ser ou não ser uma política pública ao fixar como ter acesso a medicamentos, por meio de uma ação judicial. Ou seja, depreende-se que a atuação do Judiciário em casos atípicos acaba por impor políticas públicas, fazendo um controle jurisdicional sobre os atos dos outros Poderes.

---

<sup>81</sup> REsp 1.657.156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018.

### **3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO À TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES**

A controvérsia da constitucionalidade das leis, de forma recente, se deslocou do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, o que acarreta severas implicações no Estado Democrático de Direito, na ideia de democracia e nos próprios limites de atuação do Judiciário.<sup>82</sup> Com a discussão do neoconstitucionalismo ficou ainda mais evidente, que além de ter um potencial de causar insegurança jurídica, dá margem a um exercício jurisdicional que permite ao juiz, em suas decisões, dispor de uma discricionariedade política.

Para mais, vale vislumbrar o entendimento acerca da possibilidade do Supremo Tribunal Federal realizar interpretações conforme texto constitucional, declarações de nulidade sem redução de texto, assim como, de forma mais recentemente, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, respaldo constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes, o que acarretou na transformação em legislador positivo da Corte Suprema, que usa princípios e conceitos indeterminados da Constituição, fazendo interpretações com alto grau de subjetivismo.<sup>83</sup>

#### **3.1 Políticas Públicas**

As políticas públicas são programas de ação governamental com vistas a coordenar meios e recursos que se encontram à disposição do Estado, buscando a realização de objetivos relevantes ao social e politicamente estabelecidos. Por isso, políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’, um problema de direito público, em sentido lato.<sup>84</sup> Elas se mostram

---

<sup>82</sup> FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. *O ativismo judicial, o Princípio da Separação dos Poderes e a ideia de Democracia*. Percurso, [S.l.], v. 1, n. 18, p. 104-124, fev. 2017.

<sup>83</sup> PINA, Thais Nascimento de. *Ativismo Judicial*. Revista *Âmbito Jurídico*, São Paulo, fev. 2016.

<sup>84</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1a ed. - São Paulo. Saravia, 2006. p. 241.

como um mecanismo de promoção dos direitos fundamentais na sociedade, por meio de atividades concretas organizadas e aprofundadas pelo Poder Público.<sup>85</sup>

São várias as formas de definir políticas públicas e vários autores trazem conceituações distintas. Por exemplo, Lawrence Mead traz a definição de política pública como um campo inserido dentro da política, analisando o governo e suas ações nas grandes questões públicas<sup>86</sup>. Já Laurence Lynn, define como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos característicos<sup>87</sup>.

Assim como B. Guy Peters entende que política pública é a somatória das atividades dos governos, que agem diretamente ou por meio de delegação, e que interferem na vida dos cidadãos<sup>88</sup>. Um autor bem conhecido atualmente é Thomas Dye, que resume a definição de política pública como tudo aquilo que o governo faz ou deixa de fazer<sup>89</sup>. Porém, a definição mais conhecida ainda é a de Laswell, isto é, decisões e análises sobre política pública como forma de conciliar conhecimento acadêmico com a produção empírica dos governos<sup>90</sup>.

De um ponto de vista teórico, a política pública em geral é um campo multidisciplinar e seu ponto central está no entendimento de sua natureza e todos os seus processos<sup>91</sup>. Devido a isto, uma teoria geral da política pública acarreta estudar e compreender teorias do campo da sociologia, da ciência política e da economia e este fato explica por que toda e qualquer teoria da política pública necessita também analisar questões inerentes as relações entre Estado, política, economia e sociedade<sup>92</sup>.

---

<sup>85</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político – Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. Revista de Direito do Estado, Ano 1, p. 17-54, jul/set 2006. p.18-20.

<sup>86</sup> Mead, L. Public Policy: Vision, Potential, Limits. *Policy Currents (Newsletter of the Public Policy Section, APSA)*, 68(3), 1995.

<sup>87</sup> Lynn, L. E. *Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis*. Santa Monica, Calif.: Goodyear. 1980

<sup>88</sup> Peters, B. G. *American Public Policy*. Chatham, N.J.: Chatham House. 1986.

<sup>89</sup> Dye, Thomas D. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice- Hall. 1984.

<sup>90</sup> Laswell, H.D. *Politics: Who Gets What, When, How*. Cleveland, Meridian Books. 1936/1958.

<sup>91</sup> SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 66-85.

<sup>92</sup> SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 66-85.

As políticas públicas surgem como uma forma de proporcionar a prosperidade, buscando a solução de problemas e alcance de resultados efetivos, mesmo com as limitações econômicas e ideológicas existentes.<sup>93</sup> Logo, podem ser observadas como uma atividade política guiada por princípios e regras com um objetivo delimitado a partir de alguma necessidade do Estado.<sup>94</sup>

De forma concreta, políticas públicas podem ser entendidas como as ações estatais, derivadas do exercício do Poder Público, construídas por um conjunto de atividades viabilizando a materialização dos direitos previstos na Constituição, em destaque os chamados direitos fundamentais.<sup>95</sup> Dessa forma, as políticas públicas são um conjunto de atos que vão trazer à realidade algum direito, já abarcado em uma previsão jurídico-legal.<sup>96</sup>

Uma política pública torna-se um agrupamento de medidas formais e informais advindas de uma relação de poder, tanto de forma pública quanto com questões particulares, tendo como resultado várias decisões e ações relacionadas a destinação de valores a um determinado campo de atuação do Estado.<sup>97</sup> Para isso, há de se pensar em vários fatores, como a ausência de informações, falta de recursos financeiros, prestações precárias de serviços, interesses pessoais em detrimento do social daqueles que tomam as decisões, entre vários outros, prejudicando o alcance das políticas públicas em relação ao seu objetivo.

Dessa maneira, entende-se que o Executivo e o Legislativo, de acordo com a Constituição, têm função e constituem o meio de efetivar direitos, mas atualmente, o

---

<sup>93</sup> SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 66-85.

<sup>94</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. 1a ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.12-13.

<sup>95</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Revista de Direito Administrativo, p. 83-103, abr/jun 2005. p. 90.

<sup>96</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Revista de Direito Administrativo, p. 83-103, abr/jun 2005. p. 90.

<sup>97</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. 1a ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p. 44.

Judiciário também possui um papel nesse espaço, com feição finalística e o magistrado efetiva-os por meio da coerção.<sup>98</sup>

Além disso, existem alguns modelos explicativos desenvolvidos para melhor compreender as ações e omissões do governo que vão repercutir na vida dos cidadãos.<sup>99</sup> Primeiramente, uma tipologia surge de uma visão de política pública a partir de uma interpretação acerca de decisões governamentais pouco substantivas, tal qual o incrementalismo. Desse pensamento surge o entendimento de que a tomada de decisão agora tem capacidade de intervir e limitar novas decisões, principalmente no âmbito de criação de políticas públicas.<sup>100</sup>

Assim como, há a abordagem que busca ilustrar as etapas de elaboração das políticas públicas e seus processos, o ciclo de políticas públicas. É formado por estágios, tais quais a definição de agenda, a identificação de alternativas, a avaliação das opções, a seleção das opções, a implementação e a avaliação final.<sup>101</sup> Essa tipologia parte de um questionamento sobre a agenda política, que procura entender os critérios de exclusão e inserção das pautas e a justificativa para tais escolhas, compreendendo assim, todo o processo desde sua criação até sua efetivação.

Há também o modelo *garbage can*, que argumenta que as escolhas de políticas públicas são buscadas em uma "lata de lixo", demonstrando a existência de muitos problemas para uma limitada quantidade de soluções.<sup>102</sup> É o entendimento de que decisões são tomadas em um sistema de tentativa e erro e que os problemas surgem por demanda e os tomadores de decisão buscam soluções com o que possuem no momento.

---

<sup>98</sup> SOARES, Hector Cury. O controle de constitucionalidade das políticas públicas no Brasil e a importação de modelos de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988. Revista DEBATES. Porto Alegre, v.6, n. 2, pg. 151-172, maio-ago 2012, 2018. p. 161.

<sup>99</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006. p. 66-85.

<sup>100</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006. p. 66-85.

<sup>101</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006. p. 66-85.

<sup>102</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006. p. 66-85.



Em contraposição, o modelo da coalizão de defesa explica que a política pública possui uma quantidade de coalizões que são diferenciadas por valores, crenças e recursos próprios. E, assim que são formadas, buscam que suas ideias compartilhadas se transformem em políticas públicas ou pautas governamentais por meio de recursos políticos e participação em processos contínuos de aprendizagem política.<sup>103</sup> Portanto, parte de um entendimento inverso de proposição de políticas, que não mais vai surgir de uma demanda da sociedade e sim de um interesse de um conjunto de pessoas.

Para finalizar, há também o modelo do "equilíbrio interrompido" que se explica pela política pública se encontrar em um contexto estável na maior parte do tempo e que as mudanças ocorridas nelas ocorrem por períodos de instabilidade. Além disso, os seres humanos possuem capacidade limitada de processamento de informação, que ocorre de forma paralela, contribuindo para a construção de uma imagem específica da política.<sup>104</sup> Por este fato, a mídia se faz importante para esta abordagem. Com isso, permite-se compreender situações onde o sistema político permanece em *status quo* e situações de mudanças mais radicais nas políticas públicas.<sup>105</sup>

De forma resumida, podemos entender as políticas públicas como processos subsequentes, abrangentes, intencionais e que envolvem diversos atores formais e informais com objetivos específicos a serem alcançados. Além disso, a partir da compreensão destes modelos e com um estudo sobre alguma política pública, é possível diferenciar a pretensão da ação, de fato, de um governo.<sup>106</sup>

### 3.2 Neoconstitucionalismo

---

<sup>103</sup> VICENTE, Vitor M. B. CALMON, Paulo C. P.. A análise de políticas públicas na perspectiva de coalizões de defesa. In: XXXV ANPAD. Rio de Janeiro. 4 a 7 set. 2011. Rio de Janeiro, 2011.

<sup>104</sup> SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006. p. 66-85.

<sup>105</sup> SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006. p. 66-85.

<sup>106</sup> SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006. p. 66-85.

O Estado brasileiro ao adotar o modelo constitucionalista pressupõe um sistema jurídico dotado de supremacia constitucional<sup>107</sup>, onde todas as normas constitucionais, independentemente de seu conteúdo, possuem supremacia formal em relação às demais normas infraconstitucionais.

Diante disso, há o entendimento de que normas editadas, ao longo do tempo, inevitavelmente necessitam de atualizações e modificações, talvez pela realidade e as concepções terem se alterado, talvez porque as novas maiorias têm visões distintas das anteriores ou talvez porque o que se pensou como um resultado eficaz da norma não se materializou.<sup>108</sup> O ponto é, a sucessão de normas é uma característica inerente ao Direito e por isso é importante analisar a interpretação desses direitos, principalmente em relação à sua eficácia jurídica.<sup>109</sup>

Assim, infere-se que a interpretação dos direitos fundamentais se inicia por um elemento semântico dentro de seu contexto, além de se influenciar por elementos históricos e teleológicos.<sup>110</sup> É o que acontece ao analisar a Constituição Federal desde sua promulgação, com uma trajetória histórica de conquista de direitos e novas interpretações dos conteúdos dos direitos. Isso porque o que ocorre é uma inexauribilidade dos direitos humanos<sup>111</sup>, sem desconsiderar a unidade e visão integral do conjunto de direitos.

Assim, surge o neoconstitucionalismo, que, de forma rudimentar, pode ser visualizado como uma nova leitura do constitucionalismo por meio da valorização dos direitos humanos.<sup>112</sup> Porém, a expressão neoconstitucionalismo não possui apenas um significado, mas para melhor entendimento, podemos listar algumas características, tais quais: supremacia do texto constitucional; garantia, promoção e preservação dos direitos humanos; força normativa dos

---

<sup>107</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Neoconstitucionalismo*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

<sup>108</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.106.

<sup>109</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.189.

<sup>110</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.189.

<sup>111</sup> É o que se observa no artigo 5º, § 2º da CRFB/88: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>112</sup> GUTIERREZ SOBRINHO, Emilio. *Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345>. Acesso em: 16 ago. 2021.

princípios constitucionais; constitucionalização do Direito; ampliação da jurisdição constitucional.<sup>113</sup>

A supremacia do texto constitucional, como já visto anteriormente, trata-se do reconhecimento de normas constitucionais com plena eficácia.<sup>114</sup> Já garantia, promoção e preservação dos direitos humanos, observando direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimos, adentra o entendimento de um sistema jurídico com previsão de uma legislação que evite gerar antinomias, comissão, lacunas e omissão em prol do reconhecimento desses direitos.<sup>115</sup>

Em se tratando de força normativa dos princípios constitucionais, é factível haver a resolução de demandas utilizando-se de princípios, de forma especial se versar sobre direitos fundamentais em virtude de sua própria força de convicção.<sup>116</sup> Um problema desse aspecto é a colisão, isto é, dois princípios entram em conflito dentro de uma situação. Este conflito pode ter solução, segundo a doutrina, na ponderação de interesses, em que um princípio será aplicado em detrimento de outro para resolução de alguma demanda.<sup>117</sup>

Sobre a constitucionalização do Direito é possível observar a Constituição não apenas como um fim em si mesma, pois também interfere na forma de olhar e interpretar todos os diversos ramos do Direito. É o chamado filtragem constitucional, ou seja, é a partir do texto constitucional que se condiciona todo o ordenamento jurídico, buscando sempre realizar os valores nele consagrados. Portanto, entende-se que a interpretação jurídica é também

---

<sup>113</sup> GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. *Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>114</sup> GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. *Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>116</sup> GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. *Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>117</sup> GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. *Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345>. Acesso em: 16 ago. 2021.

interpretação constitucional e toda e qualquer operação do direito abrange a aplicação de forma direta ou indireta da Lei Maior.<sup>118</sup>

Por fim, ampliação da jurisdição constitucional como a interpretação e aplicação das normas da Constituição em questões que demandam um provimento judicial, sem que incorra em judicialização da política. O Poder Judiciário deve concretizar direitos já previstos, ou seja, sem inovar no ordenamento jurídico, cuja violação geraria inconstitucionalidades.<sup>119</sup>

Além disso, o neoconstitucionalismo pode ser dividido entre duas vertentes. A primeira é o neoconstitucionalismo ideológico, cujo objetivo principal é a garantia dos direitos fundamentais, em detrimento da limitação do poder estatal, sendo o Estado um agente concretizador dos direitos e garantias fundamentais.<sup>120</sup> A segunda vertente é o neoconstitucionalismo metodológico, que sustenta o entendimento de existência de um vínculo necessário entre direito e moral, combinando o que foi descrito com a avaliação do sistema jurídico, ou seja, o imperativo do direito com referências daquilo que é ideal.<sup>121</sup>

De tal maneira, distorções e excessos na interpretação de normas tendem a gerar problemas quanto à separação de poderes, tendo em vista os complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e os efeitos advindos de decisões judiciais, em especial os efeitos *erga omnes* e vinculantes, junto com a inércia dos demais Poderes na efetivação das normas constitucionais, acaba permitindo a ampliação da atuação do jurisdicional com novas técnicas interpretativas em questões de tradicionalmente da competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

### **3.3 O Ativismo do Poder Judiciário brasileiro e a Teoria da Tripartição de Poderes -Análise Crítico-reflexiva**

---

<sup>118</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007.

<sup>119</sup> GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. *Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>120</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trota, 2003, p. 85.

<sup>121</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trota, 2003, p. 86-87.

O Poder Judiciário atuando ulteriormente, em sendo ator político e com a judicialização de políticas públicas acabam por levar a um fenômeno de protagonismo, de forma a deslocar demandas que também abarcam os demais poderes, o que acarreta críticas diversas, inclusive em relação a configuração da separação de poderes.<sup>122</sup>

Há uma tendência de se estudar as instituições do Estado de forma setORIZADA, principalmente pela complexidade dos acontecimentos sociais, gerando uma visão sistêmica e extremamente burocrática de organização estatal.<sup>123</sup> É necessário que se observe o texto constitucional, buscando limites de atuação dos Poderes, sem ferir o princípio da separação de poderes, porém também é necessário cumprir com sua função constitucional de materialização dos direitos fundamentais.

Vale salientar a importância de se considerar o princípio da separação de poderes sob um prisma de Poderes agindo concorrentemente, mesmo que deixem de observar à risca sua competência constitucional, priorizando a necessidade de proteção e concretização de direitos fundamentais.<sup>124</sup> Porém, há o entendimento de que o poder de criar as leis não pode ser exercido pela mesma instância que tem o poder de implementá-las, pois ao permitir isso, o resultado será a tirania.<sup>125</sup>

Dentro da perspectiva do Poder Judiciário, o ativismo judicial se faz necessário quando houver inércia de algum outro poder que deveria ter atuado em determinada área, assim como a autocontenção judicial se faz necessária, isto é, o judiciário de manter inerte, para haver um efetivo aproveitamento jusfundamentador.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> ABOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: Entre a Interpretação da Constituição e as Modificações da Engenharia Constitucional*. Revista de Processo 2014 - RePro, v. 39, p. 13-39, n. 233, 2014. p.14-15.

<sup>123</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. 1a ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012, p. 21.

<sup>124</sup> PETER, Christine Oliveira. *Transjusfundamentalidade: Diálogos Transacionais sobre Direitos Fundamentais*. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília – UnB, Faculdade de Direito. Brasília, 2013. p. 43.

<sup>125</sup> ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p.66.

<sup>126</sup> PETER, Christine Oliveira. *Transjusfundamentalidade: Diálogos Transacionais sobre Direitos Fundamentais*. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília – UnB, Faculdade de Direito. Brasília, 2013. p. 43/44.

Nesse sentido, há um caso bem conhecido acerca da união civil entre pessoas do mesmo sexo (Informativo 635, STF. RELATOR: Min. Celso de Mello). Por ter sido considerado assunto de alta relevância social e jurídico-constitucional, a questão pertinente às uniões homoafetivas gerou debate e resultou em legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF).

Os argumentos que embasaram a decisão foram de que o afeto é um valor jurídico de natureza constitucional, levando em consideração a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família, principalmente, tendo em vista que o direito à busca da felicidade é postulado constitucional implícito que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Além disso, é direito de qualquer pessoa constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Dessa forma, o recurso extraordinário foi conhecido e provido.

O ponto mais relevante desse caso é a análise do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, que descreve que "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Porém, com uma publicação do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº. 175/2013), determinando impossibilidade de recusa aos cartórios em relação a celebração do casamento homossexual, assim como a conversão da união estável em casamento, o debate ficou ainda maior em relação à competência e atuação do Judiciário na matéria.

Além disso, vale destacar que processos que têm repercussão geral acarretam decisão que servirá de baliza para outros casos semelhantes que forem decididos em todo o judiciário. Tal feito não vincula os demais Poderes, isto é, o Legislativo e o Executivo ainda podem atuar de forma contrária, mas ainda sim decisões ativistas possuem um impacto sistêmico dentro da sociedade.

Em vista disso, assim como os poderes Executivo e Legislativo têm uma responsabilidade ao elaborar política pública ou criar uma lei, o Judiciário precisa ter ao julgar e decidir, principalmente em relação às consequências e efeitos concretos de suas decisões.

Para que isso ocorra, precisa haver a chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR), que se faz importante para demonstrar aos tomadores de decisão a possibilidade e a forma de agir para atingir seus objetivos de política pública de forma eficaz e eficiente.<sup>127</sup>

Para melhor entendimento dessa ferramenta, há uma proposição para se concentrar em setores que possuam efetivo interesse coletivo e que se equilibre numa sistemática de intervenção estatal leve.<sup>128</sup> Assim como, focar em atingir suas finalidades, analisando competência de ação para o processo e o resultado e que seja exercida baseando-se em um critério de funcionalidade, com metas buscadas com eficiência e efetividade.<sup>129</sup>

Em se buscando a concretização de valores e a tutela de direitos que se contempla no ordenamento jurídico, a AIR é útil e importante para elucidar os efeitos que atingirão a sociedade como um todo.<sup>130</sup> Sem essa análise, o Judiciário, em especial o STF, ao tomar decisões acarretam consequências institucionais e sistêmicas de forma desacertada. São decisões que geram desequilíbrio na relação entre os Poderes e total insegurança jurídica para o jurisdicionado.

Vale ressaltar que a ação positiva ou negativa estatal, que delimita quais serão os temas que agregam ao interesse, seja por questões econômicas, idealizações ou convicções de quem detém o poder decisório, é o resultado da influência dos fatores reais de poder. Estes sendo os que regulam e informam leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.<sup>131</sup>

Em relação às políticas públicas adentrando a concepção dos fatores reais de poder, ao considerado o contexto histórico onde está sendo implantada tal mecanismo, que se verifica

---

<sup>127</sup> DIAS, B. F. (2014). *Análise de Impacto Regulatório: notas sobre a OCDE e sobre o Brasil*. Revista Digital De Direito Administrativo, 2(1), 71-98.

<sup>128</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 12, nov/dez/jan 2008, p. 6-9.

<sup>129</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 12, nov/dez/jan 2008, p. 6-9.

<sup>130</sup> DIAS, B. F. (2014). *Análise de Impacto Regulatório: notas sobre a OCDE e sobre o Brasil*. Revista Digital De Direito Administrativo, 2(1), 71-98.

<sup>131</sup> NEIVA, Gerivaldo Alves. *Os fatores reais do poder e força normativa da Constituição*. Articulações entre Konrad Hesse, Ferdinand Lassalle e Gramsci. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1889, 2 set. 2008.

quais os interesses que devem ser satisfeitos naquela situação e época.<sup>132</sup> A perspectiva e as noções a serem aplicadas do ator político vão depender da localização e posição em que se encontra no corpo social e, assim, a busca passa a ser sempre a de manutenção da ordem social e política.<sup>133</sup>

Ao passar a responsabilidade de tomar decisões que impactam toda a sociedade em forma de políticas públicas para o Judiciário, por meio de casos isolados, coloca em risco a harmonia entre os Poderes. É o caso da decisão sobre a concessão de habeas corpus para acusados pelo crime de aborto no Supremo Tribunal Federal (HC 124.306/RJ)<sup>134</sup>, sob a argumentação de ser caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, afirmaram que a criminalização viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

Luís Roberto Barroso, em seu voto, também trouxe a questão da criminalização ser incompatível com, por exemplo, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a integridade física e psíquica da gestante, a autonomia da mulher e a igualdade de gênero. Ainda, levantou a questão da possibilidade de haver uma política alternativa à criminalização, que de acordo com ele, foi implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo, tais quais Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália - sendo ela a descriminalização do aborto no primeiro trimestre, desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais.

Em relação ao direito à vida, Barroso afirmou que a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto e que o Código Penal brasileiro é de 1940, ou seja, há uma defasagem da legislação em relação aos valores contemporâneos, a exemplo da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, que descriminalizou a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos trazendo uma perspectiva mais cosmopolita aos

---

<sup>132</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1a ed - São Paulo. Saravia, 2006.

<sup>133</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1a ed - São Paulo. Saravia, 2006.

<sup>134</sup> *Habeas Corpus* nº 124.306 – RJ/STF, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), julgado em 29/11/2016, DJe: 24/04/2017.



valores constitucionais. Com essa e outras questões levantadas, houve deferimento para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

Daí surge o problema do neoconstitucionalismo e a defesa de revisões de interpretações a depender do contexto em que se decide, pois gera uma insegurança àqueles que buscam tutela jurisdicional e inconformidade àqueles que esperam que haja atuação por parte do Judiciário condizente com suas atribuições e funções pré-estabelecidas, ou seja, sem abusos ou distorções.

Ademais, analisando o artigo 2º do Código Civil<sup>135</sup> e a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>136</sup> em seu artigo 4º, a qual o Brasil é signatário, garante o direito à vida desde o momento em que o bebê é concebido, é possível aferir que o tratamento acaba por dar proteção diferenciada à mulher em relação ao feto, podendo observar uma colisão de direitos da mulher em relação à interrupção voluntária da gestação.

Observa-se que o confronto é maior que apenas entre duas partes em um processo, pois acarreta consequências para toda a sociedade, adentrando a seara das políticas públicas, principalmente ao explicitar uma política alternativa à criminalização dentro de uma decisão judicial e afirmando que deve-se reconhecer que há outros instrumentos mais eficazes à proteção dos direitos do feto, bem como, menos lesivas aos direitos da mulher.

Vale ressaltar que a competência para criar e revogar leis não é do Poder Judiciário, portanto, não há que se discutir - em decisão de *habeas corpus* - se artigos estão em defasagem ou não em face da data de criação do Código Penal, mesmo já tendo acontecido várias atualizações ao longo do tempo e ele conservar a mesma redação em relação aos crimes versados no caso.

Em caso mais recente (ADPF 756/DF), a partir de um pedido de tutela de urgência ajuizada pelas agremiações políticas PCdoB, PSOL, PT, PSB e Cidadania, buscando

---

<sup>135</sup> Art. 2º, Código Civil: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>136</sup> Art. 4º - Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

providências com vistas ao equacionamento de lesões a preceitos fundamentais da Constituição em face da preservação do direito à saúde e da vida no contexto da pandemia da Covid-19. Foi questionada a revisão de entendimento, que anteriormente incluía em sua lista a imunização contra Covid-19 em adolescentes de 12 a 17 anos, pelo Ministério da Saúde (Nota Técnica nº 36/2021-SECOVID/GAB/SECOVID/MS).

Contudo, com argumentos de que a Organização Mundial de Saúde não recomenda a imunização de criança e adolescente, com ou sem comorbidades, de que a maioria dos adolescentes sem comorbidades acometidos pela COVID-19 apresentam evolução benigna, apresentando-se assintomáticos ou oligossintomáticos, de que os benefícios da vacinação em adolescentes sem comorbidades ainda não estão claramente definidos e entre outros, houve uma mudança de entendimento.

Houve, então, uma restrição do uso da vacina apenas aos adolescentes de 12 a 17 anos que apresentem deficiência permanente, comorbidades ou que estejam privados de liberdade (Nota Técnica nº 40/2021-SECOVID/GAB/SECOVID/MS). Isso quer dizer que o Ministério da Saúde, em nota, recomendou a suspensão da vacinação contra a Covid-19 de adolescentes de 12 a 17 anos sem comorbidades.

Em decisão, Ricardo Lewandowski afirmou que o pedido feito diz respeito a atos e omissões do Poder Executivo Federal relacionados à preservação do direito à saúde e à vida no contexto do período excepcional da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da Covid-19 e que o federalismo cooperativo exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, de maneira a permitir que os entes regionais e locais participem efetivamente do combate à Covid-19, em especial porque estão investidos do poder-dever de empreender as medidas necessárias para o enfrentamento da emergência sanitária resultante do alastramento incontido da doença.

Além disso, trouxe preceitos fundamentais, tais quais o direito à saúde e direito à educação - fazendo referência ao retorno de atividades presenciais em escolas, que para serem concretizados, necessitam da política pública de imunização contra a Covid-19. Com isso, afirmando não deixar de lado a escrupulosa observância das recomendações dos fabricantes

das vacinas e aquelas constantes das autorizações expedidas pela ANVISA, notadamente as que dizem respeito aos seus potenciais efeitos colaterais, deferiu em parte a cautelar, garantindo a competência dos Estados e dos Municípios de decidir sobre a questão.

É evidente que o STF deve responder às demandas que surgem e chegam a ele. Assim como, é claro o entendimento de que ao realizar o controle de constitucionalidade e julgar inconstitucional, acaba por interferir na esfera do de outro Poder, sendo o referido controle prerrogativa do Órgão, isto é, não fere o princípio da separação dos poderes. Porém, o que se faz relevante refletir é a interferência em face do Legislativo e do Executivo, sem respaldo constitucional, que caracteriza invasão de competência, adversidade que deve ser seriamente observada e coibida.

Ademais, novamente a AIR se faz importante para demonstrar efeitos que atingirão a sociedade, independente de opiniões favoráveis ou não às decisões. Percebe-se que a população, sobretudo em questões políticas, tende a defender causas baseando-se somente em suas convicções pessoais, esquecendo-se de analisar o contexto geral e principalmente aspectos legais e, às vezes, morais e éticos.

O embaraço, de fato, se mostra quando as convicções pessoais invadem o Judiciário, órgão que pressupõe imparcialidade e impessoalidade em suas ações, pois espera-se que a justiça seja feita, mas a partir do momento que se admite haver transgressão de limites em nome dela, há um grande risco de lesões a isonomia e a segurança jurídica.

É irreal pensar que as pessoas não tomarão um partido em questões polêmicas ou de grande repercussão, inclusive devem ter, pensando na democracia em que vivemos. Contudo, é necessário observar os trâmites legais de cada feito, evitando problemas maiores e mais graves, buscando o equilíbrio e a harmonia entre as Instituições e respeitar o sistema da tripartição dos poderes.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista a organização do Estado Democrático de Direito, a fim de preservar o controle e equilíbrio, criou-se o instituto da Tripartição de Poderes, que, por sua vez, é uma das bases do Estado Constitucional brasileiro atual.

Assim como, políticas públicas são programas de ação governamental que buscam assentar meios e recursos disponíveis ao Estado, em prol da concretização de objetivos relevantes socialmente, tais quais direitos básicos de todo e qualquer cidadão. Em vista disso, entende-se que a política pública é instrumento fundamental ao desenvolvimento de um Estado que se preocupa com a proteção e garantia da cidadania.

Infere-se que o Poder Judiciário pode atuar em casos atípicos e impor políticas públicas, exercendo um controle jurisdicional sobre atos dos outros Poderes. No entanto, pelo fato de situações de decisões ativistas estarem cada vez mais corriqueiras, pois, como se observa, existem diversos casos repetitivos indo de encontro aos Tribunais superiores capazes inclusive de gerar tese de repercussão geral, a interferência do Poder Judiciário resta prejudicial à democracia e princípios constitucionais.

Com isso, observa-se que o Judiciário não possui capacidade institucional para certos atos, fato que não pode ser ignorado, precisando limitar sua atuação para evitar efeitos sistêmicos danosos. Há clara violação do princípio basilar de separação de poderes com a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial, mesmo em face da busca por concretização de direitos fundamentais e, por este motivo, há uma real necessidade de haver fiscalização recíproca por parte dos outros Poderes, garantindo a harmonia e o equilíbrio entre eles. Isso porque, o Judiciário passa, cada vez mais, não a buscar a concretização das determinações constitucionais, mas a inovar no ordenamento jurídico.

Não há que se falar em atuação ativista do Judiciário como uma ideia de prevenir desleixos do Legislativo ou Executivo na satisfação ao exercício dos direitos fundamentais,

pois juízes decidindo causas não pode ser o remédio de problemas gerais. Na verdade, em sua decisão, o juiz resolve o caso concreto e isolado, como deve ser.

Por isso, a ideia de separação de poderes agindo como instrumento da tutela dos direitos fundamentais e de que o ativismo judicial atua defendendo os direitos constitucionalmente expressos, em face da omissão dos demais Poderes de exercer essa proteção, é uma visão imprudente e mitigada da realidade, que gera instabilidade institucional e insegurança jurídica.

Assim, entende-se que a atuação judicial ativista desproporcional aos preceitos constitucionais, tendo em vista o crescente aumento de demandas, acaba por botar em risco a configuração da previsão da separação de poderes no texto constitucional, o que se trata de um insulto ao Estado Constitucional em si. O neoconstitucionalismo, como visto, tenta buscar essa atualização e renovação de entendimentos, inclusive na forma de interpretação de institutos, porém, para isso, deve primeiro haver respeito à Constituição e seus princípios fundamentais.

Não há que se falar em decisões renovando entendimentos para atendimento da realidade social brasileira atual. A gravidade de aceitar que haja interferência de um Poder sobre o outro em suas funções é desmedida, pois além de ser uma afronta à Carta Magna, pode vir a causar uma crise institucional de difícil reparação.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: Entre a Interpretação da Constituição e as Modificações da Engenharia Constitucional. **Revista de Processo**. 2014 - RePro, v. 39, p. 13-39, n. 233, 2014.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

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.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 83-103, abr/jun. 2005.

\_\_\_\_\_. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político – Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. **Revista de Direito do Estado**, Ano 1, p. 17-54, jul/set. 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**, 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 16 ago. 2021.

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

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 1a ed - São Paulo. Saraiva, 2006.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: Superpoder Judiciário?** Artigo publicado em 1 de maio de 2012.

CIÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988.** São Paulo: revista dos tribunais, 1993.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.** In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trota, 2003.

CRISTINELIS, Marco Falcão. **Políticas Públicas e Normas Jurídicas.** 1a ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012.

DIAS, B. F. Análise de Impacto Regulatório: notas sobre a OCDE e sobre o Brasil. **Revista Digital De Direito Administrativo**, 2(1), 71-98, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.** In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. **O ativismo judicial, o Princípio da Separação dos Poderes e a ideia de Democracia.** *Percurso*, [S.l.], v. 1, n. 18, p. 104-124, fev. 2017. <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/1728/1122>>. Acesso em: 14 set. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2a ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013.

GREEN, Craig. **An intellectual history of judicial activism.** *Emory Law Journal*, v. 58, n. 5, p. 1195- 1264, mai. 2009, p. 1217-1218, p. 1199

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** *Jus Navigandi*. Teresina, ano 13, n. 2164, jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 16, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14052](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052)>. Acesso em: 10 jun. 2021.

JÚNIOR, Waldir Sebastião de Nuevo Campos. **Jurisdição e segurança jurídica**. Brasil e EUA: Temas de Direito Comparado. Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 24. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2020.

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

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>.

MARSHALL, William P. **Conservatives and Seven sins of judicial activism**. University of Colorado. Law Review. V. 73, set. 2002.

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

MONTESQUIEU. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 12, novembro/dezembro/janeiro 2008, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=244>. Acesso em: 10 set. 2021.

NEIVA, Gerivaldo Alves. Os fatores reais do poder e força normativa da Constituição. Articulações entre Konrad Hesse, Ferdinand Lassalle e Gramsci. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1889, 2 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11664>. Acesso em: 21 set. 2021.

PELICIOLO, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 43 n. 169 jan./mar, 2006.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINA, Thais Nascimento de. Ativismo Judicial. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 1 fev. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/ativismo-judicial/>. Acesso em: 23 set. 2021

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.



SARMENTO, Daniel Souza. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SOARES, Hector Cury. O controle de constitucionalidade das políticas públicas no Brasil e a importação de modelos de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988. **Revista DEBATES**. Porto Alegre, v.6, n. 2, pg. 151-172, maio-ago 2012. Disponível em <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/26110/19977>>. Acesso em 13 ago. 2021.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006. p. 66-85.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VICENTE, Vitor M. B. CALMON, Paulo C. P. **A análise de políticas públicas na perspectiva de coalizões de defesa**. In: XXXV ANPAD. Rio de Janeiro. 4 a 7 set. 2011. Rio de Janeiro, 2011.

YOUNG, Ernest A. **Judicial activism and conservative politics**. University of Colorado Law Review, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1441-ss.