

# ATIVISMO JUDICIAL: UMA SOLUÇÃO PARA O CONSTITUCIONALISMO NACIONAL?

## *JUDICIAL ACTIVISM: A SOLUTION FOR NATIONAL CONSTITUCIONALISM?*

Renato Siqueira De Pretto\*

Bruna dos Anjos Klingor\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A síndrome da inefetividade das normas constitucionais. 3 Ativismo judicial e controle de políticas públicas. 4 Decisões judiciais como meio à concretização do valor normativo constitucional. 5 Segurança jurídica e limites ao exercício do poder jurisdicional. 5.1 Críticas ao ativismo judicial. 5.2 A Lei nº 13.655/2018. 5.3 A Comissão Parlamentar de Inquérito dos Tribunais Superiores. 6 A legitimidade do ativismo judicial. 7 Conclusão.

**RESUMO:** Este trabalho pretende analisar o ativismo judicial no contexto da Constituição Federal de 1988, discussão que assumiu um papel de destaque em razão do crescente protagonismo do Poder Judiciário em matérias de notável relevância social. O estudo é dividido em cinco partes: em um primeiro momento, demonstra-se a relação entre a conduta ineficiente do Poder Público e a ineficácia de direitos fundamentais, especialmente os condicionados à realização de políticas públicas; após, passa-se a uma breve apresentação das dimensões do ativismo judicial, seguida da exposição da progressiva posição ativista do Supremo Tribunal Federal em prol da materialização de valores constitucionais; ainda, são feitas algumas considerações sobre as principais críticas apresentadas pela literatura jurídica à ascensão institucional do Poder Judiciário, as consequências das inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 – que impõe a necessidade de segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público – à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e a proposta de instalação da denominada “Comissão Parlamentar de Inquérito dos Tribunais Superiores”; a última parte se destina a avaliar contrapontos favoráveis ao ativismo judicial. Metodologicamente, adota-se a abordagem dialética, servindo de procedimento a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se pela legitimidade das manifestações ativistas em um regime democrático desde que fixados limites ao exercício do poder jurisdicional, em consonância com o instituto da segurança jurídica.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais. ativismo judicial. judicialização da política. segurança jurídica.

\*Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2002). Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP (2009). Professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Professor Assistente do Curso de Especialização da Escola Paulista da Magistratura em Campinas Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura.

\*\* Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2019). Advogada.

Artigo recebido em 10/11/2020 e aceito em 11/01/2021.

**Como citar:** PRETTO, Renato Siqueira De; KLINGOR, Bruna dos Anjos. Ativismo judicial: uma solução para o constitucionalismo nacional? **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 47-76, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**ABSTRACT:** *This work aims to analyze the judicial activism in the Brazilian Federal Constitution of 1988, a discussion that took an important role because of the Judicial Branch's increasingly protagonism in relevant social matters. The study has a five-fold character: to start, it is made explicit the relation between the inefficient actions of the Administration and the effectiveness of fundamental rights, specially those conditioned to public policies; later, follows the presentation of the progressive activist manifestations of Brazilian Supreme Court concerning the materialization of constitutional values; then, some considerations are crafted about the main critics made by the law Community about the Judiciary's institutional protagonism, the consequences of the innovations brought by Law no. 13,655/2018 – that imposes the need for legal certainty and efficiency to create and apply public law – to the Introduction Act to Brazilian Law Rules, and the instauration proposal of the "Legislative Commission of Inquiry about the Superior Courts"; the last part is intended to assess favorable counterpoints to judicial activism. Methodologically, the dialectic approach is adopted, serving as procedures bibliographical and jurisprudential research. It is concluded that activist manifestations are legitimate in a democratic regime, as long as boundaries to the judiciary practice are settled, in line with the institute of legal certainty.*

**Keywords:** *fundamental rights. judicial activism. judicialization of politics. legal certainty.*

## INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais foram consagrados com prioridade pela Constituição Federal de 1988, que elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil. Entretanto, alguns direitos, notadamente os de ordem social, têm sua materialização estagnada devido a uma atividade ineficaz por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

Frente a esse *déficit* institucional, surge um fenômeno de crescente politização do Poder Judiciário, que passa a ampliar exponencialmente seu campo de atuação para interferir nas esferas tradicionalmente atreladas aos órgãos de competências tipicamente políticas e atender às demandas sociais outrora negligenciadas.

Em virtude dos acalorados debates sobre o tema no cenário jurídico-político atual, o presente estudo tem como objetivo contribuir com a literatura jurídica, averiguando se o ativismo judicial perfaz, ou não, um fenômeno eivado de ilegitimidade em sua essência.

Para tanto, evidencia-se a relevância conferida pelo constituinte à proteção dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, bem como a necessidade de uma posição ativa do Poder Público à efetivação das normas constitucionais de princípio programático.

A seguir, é introduzida a problemática concernente à impossibilidade de materialização de direitos de caráter prestacional em razão de impasses opostos pelos Poderes Legislativo e Executivo, tais

como a alegação de indisponibilidade financeira e a omissão legislativa ilegítima, fatores que acarretam uma crise de inefetividade constitucional.

Partindo-se da premissa de que existe no ordenamento jurídico um núcleo de direitos de plena exigibilidade perante os órgãos estatais, a terceira seção deste trabalho se destina a avaliar um conceito do fenômeno denominado “ativismo judicial”, demonstrando-se o processo de ascensão do Poder Judiciário, que passou a assumir uma função concretista às demandas sociais, em oposição a suas competências institucionais clássicas, que englobavam a mera aplicação do direito, com deferência aos demais Poderes.

Contrapondo a tese de possibilidade de utilização de condutas ativistas para a alteração das concepções paradigmáticas tradicionais no âmbito do direito brasileiro, passa-se a uma exposição das principais críticas doutrinárias à expansão do exercício do poder jurisdicional. Também são abordadas a promulgação da Lei de Segurança para a Inovação Pública (Lei nº 13.655/2018), que dispõe sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, acrescentando dez artigos à Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) e o requerimento de instalação da CPI dos Tribunais Superiores, a fim de se formular algumas considerações sobre os pontos de controvérsia aludidos no decorrer do presente trabalho e aferir a legitimidade do ativismo judicial à luz de questões como separação de Poderes e limites institucionais, judicialização da política e segurança jurídica.

Em síntese, conclui-se pela legitimidade do ativismo judicial como instrumento de combate à omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, desde que observados critérios de excepcionalidade, cooperação e racionalidade jurídica para sua utilização.

## **1 A SÍNDROME DA INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

A Carta Magna de 1988 representa um marco em termos de despatriomonalização e personalização do direito, ostentando viés nitidamente humanista e democrático. Com efeito, destaca-se na vontade do constituinte “o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana” (SARMENTO;

SOUZA NETO, 2014, p. 170). Tal desígnio se demonstra, por exemplo, no artigo 1º, inciso III, do Texto Constitucional, que confere à dignidade da pessoa humana – considerada como base da liberdade e da justiça social, e um “centro de irradiação” dos direitos fundamentais (BARROSO, 2009, p. 38) – o *status* de fundamento da República Federativa do Brasil.

Na redação vigente da denominada Constituição Cidadã, não apenas se constata a existência de um título próprio reservado ao tema, como também uma autêntica instauração de um núcleo constitucional imodificável, *a priori* específico aos direitos e garantias individuais. Hodiernamente, também se infere extensão dessa imutabilidade aos direitos inerentes à ordem social – malgrado o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal estabeleça uma vedação à deliberação de propostas de emenda constitucional unicamente sobre a primeira categoria -, porque o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, no sentido de que os direitos sociais, sendo em última análise de titularidade individual, são cláusulas pétreas por extensão (STF, 2008, p. 3, *on-line*).

Em adição, o artigo 5º, § 1º, da denominada Constituição Cidadã assim preceitua: “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Apesar da existência de pontuais manifestações doutrinárias em favor de uma interpretação restritiva do dispositivo – a exemplo de João Pedro Gebran Neto (2002, p. 158), que parte do pressuposto originalista de que “o legislador constituinte, ao positivizar o seu pensamento, disse mais do que o pretendido”, e a norma abrangeria, em verdade, somente os direitos e garantias arrolados no próprio artigo 5º do texto constitucional<sup>1</sup> –, prevalece o entendimento de que o comando se estende a todas as normas que versam sobre a matéria, independentemente de sua localização no ordenamento jurídico. Nesse sentir, André Ramos Tavares (2012, p. 418-419). E Ingo Sarlet (2015, p. 280) complementa, ensinando que apesar dessa interpretação extensiva não implicar uma presunção de que todos os direitos possuem o mesmo grau de produção de efeitos no mundo concreto, é certo que o reconhecimento de um amplo alcance da ordem

<sup>1</sup> O autor reconhece que os direitos fundamentais são revestidos pelos princípios de máxima efetividade e força normativa da Constituição, mas sustenta que a extensão do alcance da ordem inscrita no artigo 5º, § 1º à totalidade dos bens jurídicos resguardados pela Lei Maior inviabilizaria sua concretização, sobretudo em matéria de direitos condicionados a prestações estatais. Assim, defende a existência de uma atecnia da redação do texto constitucional em relação ao sentido original almejado pelo legislador constituinte, pois a atribuição do máximo possível de eficácia da norma depende justamente de uma restrição de seu alcance (GEBRAN NETO, 2002, p. 151-158).

estabelecida pelo constituinte impõe aos órgãos estatais a obrigação de atribuir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

De outro lado, a despeito da interpretação constitucional favorável à ideia de efetivação imediata dos direitos fundamentais, a questão se torna problemática pelo fato de que a mera positividade dos direitos não se confunde com sua vigência ou eficácia.

Na concepção de José Afonso da Silva (2009, p. 65-66), o termo vigência expressa a existência de uma norma; a eficácia, por outro lado, assume um conceito mais específico, referindo-se à capacidade de aplicá-la no mundo concreto e atingir as consequências jurídicas previstas pelo legislador.

O imbróglio se instala com as normas constitucionais de princípio programático, que decorrem do compromisso firmado pelas forças políticas liberais em face das reivindicações populares de justiça social (SILVA, 2009, p. 135-142). Daí advém o caráter dirigente ou programático da Constituição Federal de 1988, que não se limita a estruturar e limitar o exercício do poder político, estabelecendo também um ideal a ser perseguido e concretizado pelo Estado e pela sociedade (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 61-62).

Nessa toada, não é suficiente a existência da norma jurídica, sendo imprescindível a imposição de um dever prestacional de seus órgãos à concretização das metas previstas nas normas de princípio programático, com vistas a se atingir os anseios sociais do constituinte:

Finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências, - podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado (SILVA, 2009, p. 32).

Assim, é possível concluir que a falta de materialização de alguns direitos de caráter prestacional decorre, em diversos casos, de uma crise na eficiência do Poder Público.

Com efeito, um empecilho comumente arguido pelos órgãos estatais é a denominada “reserva do possível”, que pode ser considerada, segundo Daniel Sarmiento (2016, p. 1671 e ss.) e Ingo Sarlet (2015, p. 296), sob uma dimensão tríplice: a fática, voltada à existência de recursos suficientes à satisfação do direito reivindicado, levando-se em consideração a escassez de receita pública; a jurídica, que não se limita à simples

disponibilidade material de recursos, englobando também autorização legal para sua distribuição; e a relativa à razoabilidade e proporcionalidade da prestação exigida.

Outro obstáculo à viabilização de direitos fundamentais diz respeito à inércia consciente dos Poderes constituídos no que tange à aplicação das imposições presentes na Lei Fundamental, situação que se verifica quando o Poder Legislativo recebe da Constituição competência para complementar ou integrar um comando constitucional e não o faz, ou quando o Poder Executivo deixa de expedir regulamento aludido pelo constituinte e imprescindível à execução da lei, tornando letra morta o texto constitucional (FERRAZ, 1987, p. 12).

Imperioso salientar que a inércia dos Poderes frente a uma ordem expressa na Lei Maior – especialmente em um Estado Democrático de Direito, em que a própria entidade estatal deve se submeter às normas jurídicas por ela formuladas – também caracteriza uma forma de inconstitucionalidade (BARROSO, 2011, p. 55-56), haja vista a instituição, pela Constituição Federal de 1988, de remédios constitucionais de combate à inação, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (artigo 103, § 2º) e o Mandado de Injunção (artigo 5º, inciso LXXI).

A conduta ineficiente do Poder Público, seja por ações restritivas ou, especialmente, por omissões inconstitucionais, obsta a conferência do maior grau possível de eficácia aos direitos fundamentais em casos concretos, surgindo a denominada “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”<sup>2</sup>, que deve ser superada a fim de se evitar a conversão das garantias formuladas pelo constituinte em mera promessa constitucional inconsequente<sup>3</sup>.

Por conseguinte, diante do contraponto entre a inércia das normas constitucionais e a vedação ao retrocesso em matéria social no contexto de um Estado Democrático de Direito – conforme indicado no julgamento do AgR no ARE 639.337/SP (BRASIL, 2011, p. 128-129) –, sobrevém a

<sup>2</sup> De acordo com Aricê Moacyr Amaral Santos (1989, p. 31 apud MORAES, 2017, p. 183), a síndrome da inefetividade das normas constitucionais consiste na inércia de norma constitucional – consequentemente, da produção integral dos efeitos de determinados comandos presentes no texto da Constituição Federal – em decorrência de omissão legislativa. No ponto, o Ministro Alexandre de Moraes (ibidem) apresenta o Mandado de Injunção como “uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

<sup>3</sup> A expressão “promessa constitucional inconsequente” foi adotada pelo Ministro Celso de Mello, por exemplo, ao proferir decisão monocrática nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.116.982/RJ, em 01 fev. 2019.

criação de novos mecanismos à superação da crise de efetividade das funções legislativa e executiva, avultando-se no cenário atual um protagonismo do Poder Judiciário, notadamente em matéria de políticas públicas.

## **2 ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O ativismo judicial consiste em um fenômeno jurídico de ascensão institucional do Poder Judiciário. Malgrado a ausência de uma definição unânime para o termo, o Ministro Luís Roberto Barroso (2012, p. 25-26) aponta que a ideia da conduta ativista “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, representando uma ruptura de um sistema marcado pela autorrestrrição judicial<sup>4</sup> (CAMPOS, 2014, p. 50-54).

De partida, a posição ativista dos membros do Poder Judiciário pode ser verificada na aplicação dos comandos de patamar constitucional aos casos concretos. Em síntese, os magistrados que adotam uma postura proativa tendem a reconhecer a plasticidade das normas e princípios constitucionais, defendendo um desprendimento do sentido literal do texto e a possibilidade de adaptá-lo à realidade social subjacente. Destarte, cria-se um método interpretativo amplo da Constituição, o que permite sua aplicação em situações práticas não contempladas expressamente no texto constitucional, independentemente de qualquer autorização por parte do legislador ordinário em tal sentido (CAMPOS, 2014, p. 165-166).

Uma segunda dimensão do ativismo judicial se associa à “criação legislativa”: havendo uma inércia – total ou parcial – do Poder Legislativo frente a uma obrigação constitucional positiva, o Judiciário assume uma competência legiferante reservada, com o fito de materializar a vontade do constituinte (CAMPOS, 2014, p. 166).

Convém mencionar, ainda, a falta de deferência dos membros do Poder Judiciário à autoridade dos demais Poderes. Deveras, os juízes ativistas realizam uma fiscalização rígida sobre a legitimidade dos atos do Legislativo e do Executivo, substituindo-as por suas próprias decisões (CAMPOS, 2014, p. 167-168), através de um controle de constitucionalidade pautado em critérios mais flexíveis que a patente violação à Carta Magna (BARROSO, 2012, p. 26).

<sup>4</sup> O autor faz alusão ao caso *Marbury v. Madison*, um dos precedentes que formariam o que denomina “pré-história do ativismo judicial”.

Por fim, há de se ressaltar uma quarta dimensão do ativismo, relativa à expansão do controle de políticas públicas e sociais dos Poderes Legislativo e Executivo. Diante da relevância conferida pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais e da crescente preocupação da própria sociedade com matérias referentes à dignidade da pessoa humana, abre-se margem a um vasto campo de atuação para os juízes ativistas, que se desfazem de sua posição dependente dos legisladores e dos representantes do Executivo e definem por si sós as políticas públicas necessárias à afirmação de direitos fundamentais sociais (CAMPOS, 2014, p. 169-171). Nessa vertente do fenômeno em apreço, a função jurisdicional se expande com a finalidade de contornar a atividade deficitária dos órgãos estatais em face do dever de concretização dos direitos fundamentais elencados no ordenamento jurídico. Tal dimensão é considerada de forma multifacetada, uma vez que pode envolver todas as demais, e constitui o mais controverso ramo do ativismo judicial, envolvendo diversas questões acerca de segurança jurídica e legitimidade, mormente pela existência de múltiplas e divergentes visões de moralidade política em um mesmo ambiente social.

### **3 DECISÕES JUDICIAIS COMO MEIO À CONCRETIZAÇÃO DO VALOR NORMATIVO CONSTITUCIONAL**

No direito brasileiro, a temática relativa ao ativismo judicial se tornou expressiva com o advento da Constituição Federal de 1988, que além de consagrar numerosos direitos fundamentais em um Título próprio e lhes conferir aplicação formal imediata, nomeou o Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Constitucional, atribuindo ao Judiciário, para tanto, uma série de prerrogativas capazes de levá-lo a atuar significativamente em questões essenciais ao pleno funcionamento da República Federativa do Brasil (TEIXEIRA, 2012, p. 40-41).

Para Barroso (2014, p. 7), a judicialização é inerente aos contornos institucionais hodiernos, e decorre de um modelo de constitucionalização abrangente e de um aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade. Uma vez provocados pela via processual adequada, os magistrados recebem o dever de se manifestar sobre as matérias levadas a juízo, o que acarreta a participação do Poder Judiciário em uma extensa variedade de temas de notória relevância e/ou repercussão midiática.

Não obstante, enquanto a judicialização é um fato, o modo de exercício da jurisdição constitucional é uma opção política. Por essa

premissa, o ativismo judicial se torna uma atitude, centrada na escolha do magistrado de interpretar expansivamente o texto constitucional com a finalidade de maximizar suas potencialidades (BARROSO, 2014, p. 9).

Em que pese o poder de judicialização conferido pela Lei Fundamental de 1988, o Supremo Tribunal não mostrava, *a priori*, uma atuação ativista (CAMPOS, 2014, p. 240-244), optando por uma evidente postura de autorrestrição prudencial funcional<sup>5</sup>, em consonância com seu histórico de passividade judicial. Ainda segundo Campos (2014, p. 176-180), o avanço no protagonismo institucional da Corte se dera somente com a chegada do novo milênio, com a flexibilização dos requisitos de legitimidade para a propositura de ADI em benefício de entidades de classe, a intensificação do controle de constitucionalidade dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias e a crescente interferência nas prerrogativas dos partidos políticos (vide as questões relativas a “cláusulas de barreira” - ADIs 1351 e 1354 - e “infidelidade partidária” – ADIs 3999 e 4086).

Atualmente, o ativismo judicial nos Tribunais Superiores, em especial no Supremo Tribunal Federal, tem sido objeto de diversas discussões entre os juristas, mormente pelas sucessivas resoluções, por parte da Corte Constitucional, de matérias controversas no cenário sociopolítico.

Nesse vértice, oportuno mencionar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4.773, em que se discutiu a (in)existência de omissão do Congresso Nacional em decorrência da ausência de edição de lei tipificando a homofobia e a transfobia como crimes. O julgamento foi concluído em 13 de junho de 2019, com o reconhecimento da mora legislativa, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Em seu voto na ADO nº 26/DF, o Relator Ministro Celso de Mello obtemperou que o Congresso Nacional deixou de editar ato normativo apto a punir condutas discriminatórias derivadas da orientação sexual ou identidade de gênero dos ofendidos mesmo após o decorrer de mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, configurando a omissão legislativa um manifesto desrespeito à função concretista da Carta Magna (BRASIL, 2019, p. 51).

<sup>5</sup> O autor destaca os elementos clássicos da formação da autorrestrição judicial, mencionando a posição doutrinária de John Daley quanto a três condutas que caracterizariam a autorrestrição: “deferência – ‘juízes devem evitar contradizer as decisões dos outros poderes de governo’; discrição – ‘juízes devem evitar fazer escolhas morais (e talvez políticas, sociais e econômicas)’; prudência – ‘juízes devem evitar tomar decisões que enfraquecerão sua capacidade de tomar outras decisões’”.

O Ministro defendeu não somente o reconhecimento da omissão legislativa, como também a supressão, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, do vácuo normativo. Segundo ele, vislumbradas similaridades entre condutas racistas e transfóbicas ou homofóbicas<sup>6</sup>, deve ser aplicada a Lei do Racismo às hipóteses de discriminação à comunidade LGBTQI+ até a edição, pelo Congresso Nacional, de ato legislativo específico (ibidem, p. 65-66:90). Para o então Decano da Suprema Corte, a utilização da Lei nº 7.716/89 não configura uma manifestação legiferante do Tribunal, mas um processo de interpretação normativa, função típica do Poder Judiciário (ibidem, p. 92).

Posto isso, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal um crescente papel de desenvolvimento, pelo Judiciário, dos contornos do cenário político pátrio. O ativismo judicial, dessa forma, é uma postura cada vez mais frequente no exercício da função jurisdicional, afigurando-se como um importante mecanismo de concretização, sobretudo em matéria de direitos fundamentais e políticas públicas, do valor normativo da Constituição Federal.

#### **4 SEGURANÇA JURÍDICA E LIMITES AO EXERCÍCIO DO PODER JURISDICIONAL**

Em resposta ao aumento exponencial do protagonismo institucional do Judiciário, uma fração significativa da literatura jurídica se dedicou a fomentar diversas reprimendas ao ativismo praticado pelos magistrados. Outrossim, os Poderes Legislativo e Executivo passaram a adotar medidas restritivas à atividade jurisdicional.

---

<sup>6</sup> “A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas. A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada” (BRASIL, 2019, p. 80).

## 4.1 Críticas ao ativismo judicial

Uma parcela considerável das críticas ao fenômeno advém de adeptos à versão mais extrema da teoria do originalismo, contrária à ideia de mutabilidade do direito em um determinado espaço temporal e atada às ideias de “significado original da Constituição” e “intuito original do constituinte”. No Brasil, um exemplo de decisão judicial de repercussão nacional em que tal objeção foi levantada se refere à resolução da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar e optou por uma interpretação extensiva do texto constitucional quanto ao conceito de família, com o fito de evitar desigualdades fundadas em orientações sexuais. A alteração na via interpretativa do texto literal da Constituição é, para os defensores da autocontenção, uma ultrapassagem ilegítima do poder jurisdicional dos tribunais, que deveriam se limitar à aplicação das normas em seu exato sentido original.

Outra irresignação que merece destaque é a pertinente ao desrespeito dos magistrados aos precedentes judiciais. Motivados pelo dever constitucional de assegurar direitos e garantias constitucionais, os juízes e tribunais ativistas tendem a se afastar tanto das normas instituídas pelo legislador quanto dos padrões estabelecidos pelo próprio Poder Judiciário, gerando uma imprevisibilidade institucional que contradiz a doutrina do *stare decisis*:

Certos de que o ativismo se justifica pela necessidade de concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, os magistrados, no afã de realizar a justiça social pela via da redistribuição de recursos, acabam em determinadas circunstâncias por afastar-se da normatividade da lei para dar preferência a uma compreensão específica de um determinado princípio constitucional e, nesse ato, provocam o que Diego Arguelles, Joaquim Falcão e Luís Fernando Schuartz denominam de “incerteza quanto ao conteúdo”, geradora da imprevisibilidade da decisão judicial (BARBOSA; ROCHA, 2015, p. 125).

Insta frisar que os adeptos a esse argumento não defendem a adoção indiscriminada aos precedentes. Nesse sentir, William P. Marshall (2002, p. 119), que elencou índices que intitula como “os sete pecados do ativismo judicial”, não se opõe à legitimidade da superação de algumas decisões judiciais anteriores – em especial as pautadas em preceitos

exclusivamente religiosos ou culturais, por exemplo –, mas aponta que o não reconhecimento do valor da segurança jurídica garantida pela vinculação dos juízes ao sistema de precedentes em geral seria destrutivo ao Estado de Direito.

Marshall (2012, p. 125) ainda ressalta uma terceira vertente do ativismo judicial, centrada na criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional. Para ele, o fato de uma decisão judicial ser alicerçada em preceitos inovadores não implica imediata presunção de ilegitimidade, haja vista o advento de novos problemas e circunstâncias imprevistos pela doutrina jurídica. A objeção, entretanto, volta-se às definições de direito pelos tribunais independentemente da existência de prévia norma legislativa regulamentadora do exato caso concreto analisado pelos magistrados, ocasionando o que pode ser denominado “direito judicial”. Ao deixarem de se vincular às normas estabelecidas pelo legislador ou aos parâmetros definidos por seus próprios órgãos – vide a questão dos precedentes abordada no item anterior –, os juízes e tribunais acabam por gerar ampla imprevisibilidade das decisões judiciais, ocasionando a insegurança jurídica reiteradamente aludida pelos críticos ao ativismo judicial.

Assim, conforme Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 47), a realização de julgamentos com caráter de criação legislativa gera uma instabilidade institucional que culmina na criação de latente insegurança jurídica, tendo em vista que o fundamento decisório não está na legislação aplicável ao caso concreto, mas tão somente na própria decisão judicial.

A quarta crítica se refere ao ativismo remedial (configurado no uso do Poder Judiciário com o intuito de impor obrigações positivas aos outros órgãos ou instituições governamentais em uma forma de controle judicial de suas atividades típicas, mormente em matéria de direitos fundamentais), pela percepção de uma conduta excessivamente interventiva do Judiciário sobre os demais Poderes (MARSHALL, 2012, p. 126).

No ponto, Luís Roberto Barroso (2009, p. 45) explica que a crítica mais frequente é de ordem financeira, e consiste na alcinhada reserva do possível. Em que pese a necessidade de concretização de direitos fundamentais, as decisões proferidas pelos tribunais em defesa da impossibilidade de recusa, pelo Poder Público, à concessão imediata de direitos (de qualquer natureza) assegurados pela Constituição Federal, não possuem o condão de contornar a realidade fática, qual seja, a insuficiência do orçamento disponível frente à demanda social. Essa forma

de atuação dos magistrados provoca, segundo os opositores à posição ativista, uma desorganização da Administração Pública, sobretudo nas hipóteses relativas ao direito à saúde. Nesses casos, em vez de seguir os regulamentos formulados pelo Legislativo e aplicados pelo Executivo<sup>7</sup>, o Judiciário impõe obrigações de cumprimento imediato, o que demanda uma movimentação do sistema administrativo que resulta na prejudicialidade da execução rotineira de programas sociais – desse modo, o Poder Público deixaria de disponibilizar a um paciente determinado tratamento ou fármaco a que teria direito para fornecer outro, muitas vezes de alto custo, a um litigante individual.

O Ministro fluminense salienta ainda a existência de uma crítica técnica, concernente à falta de conhecimento específico do Poder Judiciário à instituição de políticas públicas. Destarte, a despeito da motivação correccional do juiz, sua atuação ativista poderia, ao contrário, agravar a inefetividade, pois desempenha o papel de mero ator social, sem a qualificação técnica para avaliar se sua decisão é, de fato, a mais adequada para promover determinados direitos, tarefa gerencial que incumbe à Administração Pública (BARROSO, 2009, p. 46-47).

Em prosseguimento, um dos mais recorrentes argumentos aludidos pela literatura jurídica contrária à figura do ativismo se pauta na tese de incapacidade dos tribunais de restrição à função jurisdicional que lhes é conferida pela Constituição (MARSHALL, 2002, p. 104).

Consoante a Constituição Federal de 1988, a separação de Poderes compõe o núcleo imodificável do Texto Constitucional, na forma de cláusula pétrea, *ex vi* de seu artigo 60, § 4º, inciso III. As funções legislativa, executiva e jurisdicional se dividem em um modelo orgânico tripartite, abrangendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A crítica ao ativismo nessa dimensão se dá quando o Poder Judiciário se afasta de seus limites tradicionais de atuação para interferir em excesso nos demais órgãos, através de um controle de constitucionalidade sem critérios definidos e justificados simplesmente pela tese de supremacia judicial.

Para os adeptos a essa tese, de acordo com os ensinamentos de Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi (2013, p. 467), o Supremo Tribunal Federal se considera um “‘árbitro definitivo da constitucionalidade das leis’”. Entende que sua função de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102

---

<sup>7</sup> Os críticos salientam que a Constituição Federal, em seu 196, apresenta o direito à saúde como norma programática, fazendo menção expressa a políticas públicas, o que demonstraria a necessidade de ação desses Poderes (e não do Judiciário) para sua implementação.

‘caput’), confere-lhe o *monopólio da última palavra* em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”.

Um dos casos concretos brasileiros emblemáticos sobre o tema diz respeito ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, em 2012, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o Excelso Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a questão do aborto de feto anencéfalo. Trata-se de uma clara demonstração de ativismo criativo, em que coube ao Poder Judiciário lidar com uma situação que não se encontrava prevista – seja contra ou a favor da criminalização – pela legislação pátria. Nesse julgamento, o STF atuou como legislador positivo, considerando inconstitucional a tipificação do aborto de feto anencéfalo nos crimes inscritos nos artigos 124, 126 e 128, inciso II, do Código Penal e, conseqüentemente, criando uma nova hipótese de atipicidade da interrupção da gravidez, função que incumbiria somente ao Poder Legislativo. Constata-se, assim, um distanciamento do Tribunal de sua função típica de aplicação e sua aproximação do processo de criação do direito.

Parte dos juristas condena, ainda, a resistência dos juízes e tribunais à obrigação de deferência às decisões dos órgãos democraticamente eleitos (MARSHALL, 2002, p. 104).

A Constituição Federal confere poder a órgãos institucionais e lhes distribui competências diversas, sendo as essencialmente políticas atribuídas ao Legislativo (na condição de responsável pela criação do direito positivo) e ao Executivo (que concentra, em um sistema presidencialista, as funções de chefia de Estado e de governo). Ao Poder Judiciário, de modo diverso, são distribuídas competências fundamentalmente técnicas, relativas à subsunção das normas jurídicas emanadas pelo Legislativo. Conquanto insofismável a reserva legítima, pela Carta Constitucional, de algum poder político aos magistrados, a questão se torna complexa nos casos em que os juízes e tribunais substituem a vontade dos agentes democraticamente eleitos por suas próprias, sem qualquer racionalidade a embasar tal sobreposição, provocando a chamada “dificuldade contramajoritária” (BARROSO, 2013, p. 240), tendo em vista a ausência de participação popular no processo de seleção dos integrantes do Judiciário.

Sintetizando as críticas gerais a essa forma de ativismo, Teixeira (2012, p. 50) explica que apesar de as omissões do Executivo e do Legislativo autorizarem, a princípio, a intervenção dos juízes na tutela dos direitos fundamentais, a legitimidade política do Poder Judiciário o

impede de assumir tal função definitivamente, à míngua de participação popular no processo de seleção dos magistrados:

Por um lado, na jurisdição ordinária, os juízes são selecionados mediante concurso público, sem qualquer participação popular na escolha, enquanto no âmbito dos tribunais superiores, sobretudo no caso do Supremo Tribunal Federal, os nomes dos magistrados são escolhidos pelo chefe do Executivo, inexistindo também a mínima participação popular nesse processo. O déficit democrático do Judiciário no enfrentamento dos assuntos de maior gravidade enfraquece a legitimidade do Estado como agente de promoção da paz social e do desenvolvimento humano, pois as escolhas políticas fundamentais, quando feitas pelo Judiciário, não possuem a representatividade popular necessária e, em consequência, não podem ser cobradas pelo próprio povo, como ocorre, por exemplo, com o “juízo pelas urnas” ao qual os membros de cargos eletivos do Executivo e do Legislativo são submetidos, no mínimo, a cada quatro anos.

E Paulo Paiva (2013, p. 515) complementa, asseverando que uma jurisdição constitucional radicalmente majoritária exerce um poder de veto sobre o legislador, resultando em um Poder Judiciário “controlador não controlado”, sendo imprescindível uma primazia de um autogoverno democrático para manter o regular desenvolvimento político.

Por derradeiro, vale mencionar a ênfase atribuída pelos juristas ao binômio direito e política, sobressaindo-se a questão atinente ao uso do poder judicial com vistas à concretização de objetivos partidários.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso (2014, p. 15), é inexorável a distinção entre direito e política: enquanto o primeiro preza pelo respeito às leis e à racionalidade jurídica, a segunda valoriza o princípio majoritário e a vontade soberana do titular de poder. Não obstante, há uma linha tênue e transigível entre as duas áreas, partindo-se da premissa de que em um Estado de Direito o ordenamento jurídico confere legitimidade e delimita o poder político. Os ativistas, no entanto, manifestam-se pela indissociabilidade entre direito e política, motivados pela ideia de que o aumento do grau de complexidade das relações sociais resulta na convocação do Poder Judiciário a intervir em matérias que ultrapassam os limites da racionalidade jurídica (BARROSO, 2014, p. 42).

Para o Ministro fluminense (BARROSO, 2013, p. 228-229), os conceitos de ativismo e judicialização se aproximam, mas não se confundem, caracterizando-se esta pela transferência de uma parcela

do poder decisório sobre questões políticas, sociais e morais de larga repercussão geral – prerrogativa/dever originalmente atrelado às instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Legislativo e o Executivo – ao Judiciário. Esse aumento na jurisdição constitucional, para seus críticos, permite a desvinculação dos magistrados de seu papel essencialmente técnico, o que acarretaria a prolação de decisões judiciais assentadas em valores ideológicos de foro íntimo de cada julgador (CROSS; LINDQUIST, 2007, p. 1766).

Nesse vértice, Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper (2015, p. 56-57) explicam que a dificuldade na fixação de um conceito de ativismo judicial e a existência de numerosos posicionamentos sobre a temática acarreta a possibilidade de se deparar com aqueles que associam a decisão judicial a um ato de vontade do julgador; sob essa concepção, o fenômeno se relaciona à “configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente” .

Para os autores, o julgador, amparado pela tese de que o protagonismo judicial seria uma dinâmica inevitável para a conquista de um fim supostamente moral, utiliza-se de argumentos metajurídicos para decidir conforme lhe convém, ainda que em violação ao texto constitucional. Em consequência, pode-se concluir que o ativismo corresponde a uma ameaça ao regime democrático – primeiramente, pela simples inobservância à Carta Magna; em segundo lugar, pela insegurança jurídica causadas por decisões judiciais pautadas na vontade dos magistrados:

O senso comum costuma pensar a Democracia como um processo cujo fim é a sua conquista, ou como algo do qual a coletividade se apropria. Não é visto tal qual é: uma relação, sempre instável e sujeita a altos e baixos, a avanços e retrocessos, a continuidades ou rupturas. Nossa história mostra isso. A democracia precisa ser vista numa perspectiva histórica e de lutas políticas. O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em

benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 56-57).

Haveria ainda um desdobramento mais alarmante da judicialização da política, em que os magistrados não apenas se influenciariam por orientações de cunho pessoal, como também realizariam julgamentos predeterminados a fins específicos, mesmo que precisassem emanar, para tanto, decisões contrárias a interesses legítimos de alguma parte litigante. Essa hipótese representaria, no entendimento de Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 47), a modalidade mais nociva de ativismo, pois os pronunciamentos judiciais, nessa perspectiva, estariam viciados pelo decisionismo político.

## **4.2 A Lei nº 13.655/2018**

Diante dos conflitos acerca dos limites decisórios nas esferas administrativa, controladora e judicial, em 25 de abril de 2018, foi publicada a denominada Lei de Segurança para a Inovação Pública (Lei nº 13.655/2018), que dispõe sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, acrescentando dez artigos (desconsiderando-se o artigo 25, objeto de veto presidencial por Michel Temer) à Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Evidencia-se uma tentativa do legislador de coibir decisões arbitrárias e carentes de fundamentação em matéria de gestão pública, impondo ao julgador o dever de avaliar os possíveis resultados decorrentes do exercício de seu poder jurisdicional. A valer, há um incentivo ao pragmatismo jurídico em sua tridimensionalidade, ou seja, através do contextualismo (adequação das decisões judiciais às necessidades humanas e sociais), do consequencialismo (antecipação dos resultados previsíveis caso adotada determinada interpretação) e do antifundacionismo (rejeição de qualquer conceito puramente abstrato ou até metafísico na atividade judicial) (POGREBINSCHI, 2005 p. 1).

A título de exemplo das implicações da alteração legislativa, convém citar a recente Suspensão de Segurança nº 5.363, ajuizada pelo Estado de São Paulo em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça daquele estado (TJSP) nos autos do Agravo de Instrumento nº 2062467-83.2020.8.26.0000. Na oportunidade, os desembargadores responsáveis pelo julgamento do recurso decidiram por impedir o ente federativo de

aplicar penalidades tributárias de cunho pecuniário durante o período de instabilidade ensejado pela pandemia de COVID-19, sob o alegado objetivo de resguardar o particular de eventuais impedimentos ao livre exercício de sua atividade econômica.

Após a questão ser dirigida ao Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Segurança nº 5.363/SP – São Paulo), o Ministro Dias Toffoli entendeu por deferir a suspensão da ordem, reconhecendo a ocorrência de um ativismo exacerbado e o potencial lesivo do comando exarado pelo magistrado de primeiro grau. Embora não haja menção expressa à Lei nº 13.655/2018, o Ministro salientou a imprescindibilidade de limitações ao poder jurisdicional, bem como a necessidade de observância aos impactos das decisões judiciais à ordem público-administrativa e econômica:

Mas, exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, não se podendo privilegiar determinado segmento da atividade econômica em detrimento de outro, ou mesmo do próprio Estado, a quem incumbe, precipuamente, combater os nefastos efeitos decorrentes dessa pandemia.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário decidir quem deve ou não pagar impostos, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento.

Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas.

Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa.

Ademais, a subversão, como aqui se deu, da ordem administrativa vigente no estado de São Paulo, em matéria tributária, não pode ser feita de forma isolada, sem análise de suas consequências para o orçamento estatal, que está sendo chamado a fazer frente a despesas imprevistas e que certamente têm demandado esforço criativo, para

a manutenção das despesas correntes básicas do estado (BRASIL, 2020, p. 4-5).

Sob outra perspectiva, no entanto, o Desembargador Luiz Sergio Fernandes de Souza (2018, p. 125-128) afirma que a Lei nº 13.655/2018 de fato representa uma resposta do legislador ao fenômeno da judicialização da política, mas não possui o condão de extirpar o ativismo do processo hermenêutico; ao revés, legitima o exercício do controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo, porquanto autoriza o magistrado a agir, simultânea e controversamente, em conformidade (ao cumprir seu dever de justificar e estimar as possíveis consequências de suas decisões) e contra a norma (ao entender por adotar, após analisar as consequências dos atos administrativos, uma solução diversa da apontada pelo administrador) (SOUZA, 2018, p. 131-132), contanto que aja em regime de cooperação com a Administração Pública interessada.

### **4.3 A Comissão Parlamentar de Inquérito dos Tribunais Superiores**

O movimento mais recente dos legisladores consiste no requerimento encabeçado pelo Senador Alessandro Vieira, protocolado perante o Senado Federal em 19 de fevereiro de 2019 (RQS nº 12/2019) e destinado à criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para “investigar condutas ímprobas, desvios operacionais e violações éticas por parte de membros do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Superiores do País” (BRASIL, 2019, p. 1). A instalação do procedimento investigatório, que recebeu a alcunha de “CPI da Lava Toga”, teria causa na violação, pelos juízes, dos limites de suas competências funcionais, em um ativismo judicial hiperbólico que violaria “o princípio da isonomia, previsibilidade e segurança jurídica, gerando privilégios e acesso diferenciado à justiça” (ibidem, p. 6).

O documento, subscrito por vinte e nove (29) parlamentares, indica treze (13) supostas condutas indevidas por parte de integrantes do TST, STJ e STF, relativas a: atuação de ministros em processos em que deveriam ter se declarado suspeitos ou impedidos (itens 1, 2, 3, 4, 5 e 13); interferência do Supremo Tribunal Federal na eleição do Presidente do Senado Federal, em oposição ao rito determinado pelo Plenário da Casa Legislativa (item 6); prolação de decisões contrárias à trilha jurisprudencial da Corte Constitucional (itens 7 e 11); utilização exacerbada de pedidos de vista para retardar decisões do Plenário (item 8); tratamento desigual

conferido aos processos judiciais, notadamente pela reversão, em 48h, de liminar que afastou o Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado Federal, em detrimento de demandas que permanecem há mais de uma década pendentes de julgamento (item 9); concessão de liminar para estender o auxílio-moradia a todos os magistrados, reformada após negociação salarial celebrada com o Governo Federal (item 10); recebimento, pelo ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Cesar Asfor Rocha, de mais de cinco milhões de reais da empreiteira Camargo Corrêa, para que criasse empecilhos ao pleno andamento da Operação Castelo de Areia (item 13) (BRASIL, 2019, p. 14-16).

Todavia, o Plenário do Senado Federal emitiu a Nota Informativa nº 1.039, de 20 de março de 2019, em que decidiu por arquivar o requerimento supracitado, sob o argumento de que a Comissão Parlamentar de Inquérito não se presta a investigar atos típicos do Poder Judiciário, sob pena de se transformar o Poder Legislativo em órgão revisional, em ofensa ao princípio da separação de Poderes (BRASIL, 2019, p. 4-10). Aliás, ao protocolar parecer sobre o Recurso (SF) nº 1, de 2019 – também rejeitado pelo Plenário da Casa Legislativa –, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) asseverou que embora reconheça a necessidade de fiscalização do Poder Judiciário, a crise institucional deve ser contornada através da edição, com o devido debate parlamentar, de um novo Estatuto da Magistratura, incumbindo ao Supremo Tribunal Federal deflagrar o processo legislativo correspondente (ibidem, p. 8).

De todo modo, a CPI dos Tribunais Superiores permanece em debate, sendo inclusive objeto de constante reivindicação em manifestos populares.

## **5 A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL**

Expostas as principais críticas ao protagonismo do Poder Judiciário, propõe-se neste momento um breve contraponto, a partir de uma abordagem do ativismo judicial como fenômeno legítimo.

À luz da interpretação conforme os princípios constitucionais, a atuação corretiva do Poder Judiciário não é de todo ilegítima. Quanto à principal objeção oposta pelo Poder Público à efetivação de políticas públicas, qual seja, a cláusula da reserva do possível, conquanto irretorquível a escassez de recursos disponíveis frente às reivindicações da sociedade,

as categorias de direitos a serem resguardados a partir da utilização do orçamento público devem ser observados sob perspectivas diversas.

Nesse vértice, Ana Paula de Barcellos (2008, p. 271-275) defende que a dignidade da pessoa humana pode ser dividida em duas categoriais, sendo um núcleo essencial e um conjunto secundário que, embora se enquadre nos parâmetros de dignidade, é sujeito à deliberação política e, portanto, à assertiva de insuficiência de recursos. O núcleo essencial, ao revés, consiste em uma gama de direitos cuja garantia é indispensável à preservação de condições básicas à existência humana digna – considerada de forma ampla, não se restringindo à mera sobrevivência (BARCELLOS, 2008, p. 230) – e, por consequência, ao oferecimento de oportunidades igualitárias aos cidadãos para que estes exerçam a participação política a que fazem jus em uma comunidade democrática (SARMENTO, 2016, p. 1652-1653).

Sobre a composição dessa categoria específica, comumente denominada “mínimo existencial”, a autora (2008, p. 288-333) destaca quatro elementos, quais sejam, saúde básica, educação fundamental (formando esses dois direitos, segundo a autora, um momento inicial em que se criam condições para que os indivíduos possam construir, com autonomia, sua própria dignidade<sup>8</sup>), assistência aos desamparados (destinada a evitar o patamar de indignidade, envolve questões sobre moradia, alimentação e vestuário) e acesso à justiça (visto como um instrumento imprescindível ao cumprimento, por particulares ou mesmo pelo Poder Público, dos comandos jurídicos).

Na qualidade de um núcleo sem o qual o princípio da dignidade da pessoa humana se tornaria obsoleto, o mínimo existencial adquire o *status* de direito subjetivo de plena exigibilidade perante os órgãos estatais, inclusive na esfera judicial. Em igual sentido, para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial não está sujeito à discricionariedade do Poder Público, porquanto representa direitos “que se compreendem nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.)” (TORRES, 2008, p. 79-82).

Assim, as normas constitucionais a ele referentes devem ser aplicadas de forma integral, sendo permitida uma ponderação sobre a

<sup>8</sup> Essa noção de momento inicial da dignidade da pessoa humana é demonstrada expressamente pelo artigo 205 da Constituição Federal, *in verbis*: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

possibilidade de distribuição de verba pública somente quanto aos direitos remanescentes (BARCELLOS, 2008, p. 252-270).

De seu turno, não há como relevar a crítica técnica apresentada pela doutrina – de que os juízes não teriam qualificação específica para desempenhar a função gerencial tipicamente vinculada à Administração –, mas as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aparentemente visam a restringir e harmonizar o ativismo remedial do Judiciário, ao incentivar uma política de cooperação entre as distintas esferas do Poder Público. Destarte, para a Juíza de Direito Inês Moreira da Costa (2018, p. 10-12), a chamada “nova LINDB” estabelece uma reconfiguração do papel do magistrado, que passa a atuar com maior esforço interpretativo, valendo-se de uma abordagem dialógica: sendo imprescindível demonstrar a necessidade e adequação de determinada manifestação judicial, faz-se mister uma cooperação entre o julgador e o administrador, para que este forneça as informações essenciais – a exemplo das relativas ao orçamento, que antes permaneciam sob domínio exclusivo da Administração Pública – para que aquele tenha condições de priorizar, sem ignorar as dificuldades concretas do gestor, a implementação da política pública mais eficaz à satisfação das demandas sociais.

Proveitoso realizar, ainda, algumas ponderações sobre as capacidades institucionais do Judiciário. O fenômeno do ativismo judicial em si (desconsiderada sua manifestação de forma irrestrita, que padece de ilegitimidade) pode ser visto, de certo modo, como uma consequência direta da separação de Poderes. A estrutura orgânica atual da República Federativa do Brasil não promove uma completa segregação dos Poderes, admitindo procedimentos de gerência recíproca entre eles, sobretudo com o intuito de resguardar os direitos e objetivos classificados pelo constituinte como prioritários, tais como os direitos fundamentais – o que se comprova pela existência de institutos criados pela própria Constituição Federal para permitir ao órgão jurisdicional uma intervenção sobre o Legislativo e o Executivo caso constatada sua ineficiência, a exemplo do mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI, da CF/1988) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da CF/1988).

E a ação jurisdicional em defesa dos elementos essenciais da Constituição, mesmo que contrária à posição tradicional majoritária, não se contrapõe ao princípio democrático. Com efeito, segundo Barcellos (2008, p. 250-251), a democracia não implica necessariamente a aplicação do majoritarismo, que encontra limites nos direitos fundamentais dos indivíduos.

Destarte, notadamente em matéria de proteção aos direitos de grupos vulneráveis, o Supremo Tribunal Federal também possuiria uma legítima função contramajoritária, como bem exortou o Ministro Celso de Mello, relator no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF:

[...] o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política, que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito (BRASIL 2019, p. 142-143).

Não obstante tais considerações, mister reconhecer que a fronteira entre o ativismo judicial legítimo e o inconstitucional é, de fato, tênue e fragilmente delimitada. Se ao Judiciário, por um lado, é conferido o poder de agir de forma ativa, essa prerrogativa deve se restringir à defesa do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, e permanecendo o Poder Judiciário, mesmo nesse caso, sujeito a fundamentar racionalmente suas decisões, com arrimo nos preceitos na Constituição e independentemente de suas convicções políticas pessoais (BARROSO, 2012, p. 28-29).

## CONCLUSÃO

O protagonismo institucional do Poder Judiciário se revela em ascensão nos contornos atuais da República Federativa do Brasil.

O conceito de separação de Poderes é gradativamente flexibilizado, possibilitando o surgimento de brechas às limitações funcionais atribuídas pelo constituinte aos magistrados. Conseqüentemente, observa-se uma crescente judicialização de matérias de notável repercussão social, passando a incumbir ao Judiciário o poder-dever de regular temas precipuamente vinculados aos Poderes Legislativo e Executivo.

A conduta ativista dos juízes e tribunais pode ser considerada como um instrumento legítimo para suprimir eventuais deficiências funcionais executivas ou legiferantes, contanto que observadas algumas ressalvas, sob pena de se converter o ativismo judicial benéfico em um fenômeno nocivo:

(a) A autorrestrrição é regra, uma vez que os deveres de prudência e deferência estão intrinsecamente relacionados com a manutenção da separação dos Poderes. A ampliação das capacidades institucionais do Poder Judiciário deve ocorrer de forma excepcional e unicamente com vistas a assegurar os elementos essenciais do Estado (como os direitos fundamentais, em um modelo de neoconstitucionalismo), caso esses se encontrem ameaçados em virtude de uma ação ou omissão por parte do Legislativo e/ou Executivo;

(b) Alguns fatores de ordem econômica, jurídica ou fática (tal como a cláusula de reserva do possível) compõem empecilhos relevantes – e válidos – à aplicação imediata de determinados direitos e garantias fundamentais. Propõe-se aqui a ideia de que o ativismo judicial é revestido de legitimidade somente quando utilizado para resguardar o mínimo existencial da Constituição, submetendo-se os demais direitos às deliberações dos Poderes originariamente responsáveis por tutelá-los;

(c) A ampliação das prerrogativas do Judiciário não equivale à sua total desvinculação dos demais Poderes. Ao revés, impõe-se um sistema de cooperação entre as diferentes esferas da organização do Estado – a exemplo do sugerido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com as alterações da Lei nº 13.655/2018 –, a fim de definir as medidas mais benéficas, concomitantemente, ao povo e ao Poder Público;

(d) A obrigatoriedade de correspondência entre as decisões proferidas pelos magistrados e os preceitos tradicionalmente consolidados e majoritários não é absoluta, mas eventuais inovações judiciais devem se pautar no objetivo de proteger o interesse de alguma parcela do povo. É certo que o Judiciário, à míngua de qualquer participação popular no processo de nomeação de seus membros, não possui o condão de substituir os representantes legítimos dos titulares de poder. No entanto, também

há de se reconhecer a necessidade de adequação do direito às constantes alterações na realidade social, de modo a evitar a aplicação de normas ultrapassadas e/ou discriminatórias. Assim, à vista do dever de proteção a direitos essenciais usualmente negados às minorias, o ativismo judicial pode ser um meio apto a materializar uma autêntica função contramajoritária do Judiciário, sem que isso implique violação ao princípio democrático;

(e) A atuação do Poder Judiciário, ainda que ativista e em benefício de determinados direitos, deve ter como premissa a racionalidade jurídica. Malgrado a indissociabilidade entre direito e política, ao magistrado compete analisar os casos concretos levados a juízo a partir de uma interpretação do sistema jurídico em vigor, vedadas quaisquer manifestações judiciais lastreadas exclusivamente em seus valores ideológicos pessoais ou finalidades partidárias, sob pena de violação à pluralidade política (reconhecida como um fundamento da República Federativa do Brasil) e ao princípio da imparcialidade do julgador, respectivamente.

Enfim, saliente-se que o presente artigo não se presta a formular juízos de valor sobre os atos praticados pelo Poder Judiciário brasileiro no cenário político atual, mas tão somente a examinar alguns contornos do fenômeno do ativismo judicial em abstrato, com o fito de aferir se há possibilidade de convivência pacífica entre a conduta ativista dos magistrados e a segurança jurídica – questão à qual se responde aqui de forma positiva, ainda que manifestas as problemáticas acerca do tema no plano concreto.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, C. M.; ROCHA, L. B. A. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 115-133, 2015.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. In: De PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luis Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 228-240.

BARROSO, L. R. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

BARROSO, L. R. Jurisdição constitucional: A tênue fronteira entre direito e política. **Migalhas**, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v.5, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 9 ago. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 abr. 2018, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm). Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Nota informativa nº 1.039, de 2019. **Consultoria Legislativa do Senado Federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-senado-cpi-tribunais-superiores.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Parecer (SF) nº 1, de 2019. Autoria: Senador Davi Alcolumbre (DEM/AP). **Diário do Senado Federal nº 35**, 27 mar. 2019, p. 125-126. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7939598&ts=1554839251860&disposition=inline>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Requerimento (RQS) nº 12, de 2019. Criação ou alteração de comissão parlamentar de inquérito. Autoria: Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE), Senador Alvaro Dias (PODEMOS/PR), Senador Cid Gomes (PDT/CE), et. al. **Diário do Senado Federal nº 9**, 12 fev. 2019, p. 45. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2019/03/19/novo-requerimento-da-cpi-dos-tribunais-superiores>. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de março de 2005. Pesquisas com células tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida [...] Improcedência total da ação. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 29 mai. 2008, DJe 28 mai. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/ DF – Distrito Federal**. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Relator. Julgado em 20 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.116.982/RJ – Rio De Janeiro**. Reclamante: Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Adenir Batista da Silva. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgado em 1 fev. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339478482&ext=.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP – São Paulo**. Criança de até cinco anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida [...] Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição. Inocorrência de transgressão ao postulado da Separação de Poderes [...] Recurso de Agravo improvido.

Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23 ago. 2011, DJe-177 14 set. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – Distrito Federal**. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12 abr. 2012, DJe-080 29 abr. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708/DF – Distrito Federal**. Impetrante: SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Voto do relator. Julgado em 25 out. 2007, DJe-206 30 out. 2008. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551](http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551). Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4.733/DF – Distrito Federal**. Impetrante: Associação de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Voto do Relator. Julgado em 21 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 5.363/SP – São Paulo**. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Relator do AI nº 2062467-83.2020.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Dias Toffoli. Decisão monocrática. Julgado em 15 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342924641&ext=.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTA, I. M. A judicialização das políticas públicas no Brasil e a necessária justificação prevista na Lei 13.655/2018. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, 2018. Disponível em: [www.amb.com.br/cbm2018/regulamentos/a%20judicializacao.pdf](http://www.amb.com.br/cbm2018/regulamentos/a%20judicializacao.pdf). Acesso em: 3 abr. 2019.

CROSS, F. B.; LINDQUIST, S. A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, v. 91, n. 6, 2007. Disponível em: [https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/CrossandLindquist\\_Final.pdf](https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/CrossandLindquist_Final.pdf). Acesso em: 25 fev. 2019.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: DE PAULA, D. G.; FELLET, A. L. F.; NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 459-474.

FERRAZ, A. C. C. Inconstitucionalidade por omissão: Uma proposta para o constituinte. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, jan./mar. 1987. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/9781/8803>. Acesso em: 6 fev. 2019.

GEBRAN NETO, J. P. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARSHALL, W. P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Colorado City, v. 73 n. 2, 2002. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract\\_id=330266](http://ssrn.com/abstract_id=330266). Acesso em: 2 ago. 2021.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAIVA, P. Juristocracia?. In: De PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luis Fernandes; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 499-528.

POGREBINSCHI, T. O que é o Pragmatismo Jurídico? **Boletim Centro de Estudos Direito e Sociedade (CEDES)**. Rio de Janeiro, julho 2005. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, D. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/26034/19156>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, L. S. F. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 14 n. 2, 2018. Disponível em: [http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/366](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/366). Acesso em: 3 abr. 2019.

STRECK, L. L.; TASSINARI, C.; LEPPER, A. O. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: [https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139#:~:text=Para%20tanto%2C%20o%20texto%20estabelece,Direito%20\(de%20Lenio%20Streck\).&text=A1%C3%A9m%20disso%2C%20o%20texto%20traz,atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20Judici%C3%A1rio%20na%20democracia](https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139#:~:text=Para%20tanto%2C%20o%20texto%20estabelece,Direito%20(de%20Lenio%20Streck).&text=A1%C3%A9m%20disso%2C%20o%20texto%20traz,atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20Judici%C3%A1rio%20na%20democracia). Acesso em: 2 ago. 2021.

TAVARES, A. R. Aplicabilidade das normas constitucionais. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**, v. 1., 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. 403-438, 2012.

TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8 n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

TORRES, R. L. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.