

# ATIVISMO JURÍDICO NO BRASIL: ASPECTOS CONTEMPORANÊOS E ATUAIS

*Lúcia Helena Fazzane de Castro Marino*

## RESUMO

O presente artigo aborda aspectos relevantes sobre a transição do positivismo jurídico à aplicação do ativismo judicial, como mecanismo de obtenção da justiça para atender aos anseios da sociedade. Assim, o ativismo judicial é também uma atitude, uma escolha, por parte do magistrado de como interpretará as normas constitucionais visando sua expansão e alcance destas. Neste sentido, os magistrados quando enfrentam questões não previstas em nosso ordenamento pátrio, devem considerar princípios e direitos fundamentais constitucionais, sem sopesá-los de modo que se afastem as determinações inscritas na Carta Magna, providenciando a almejada justiça para as partes interessadas sem sacrificar as normas estampadas em nossa Constituição. Portanto, as considerações abaixo apresentadas não possuem o condão de apontar soluções ou fechar questões sobre os temas abordados, mas apenas suscitar discussões sobre problemas atuais na área da ciência do Direito.

## PALAVRAS-CHAVE

Positivismo Jurídico, Pós - Positivismo, Ativismo Judicial.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um sistema aberto composto por regras e princípios, com a premissa de efetividade dos direitos à busca de eficácia da justiça. No entanto, o poder judiciário em determinadas situações torna-se obrigado a decidir questões que não se encontram, ainda, definidas no contexto social.

Diante de tal cenário, o presente artigo tem como objetivo principal trazer reflexões de ordem doutrinária sobre o ativismo judicial no Brasil.

Logo, com intuito de expor com maior acuidade o tema, o presente artigo foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo traz algumas considerações sobre o positivismo jurídico sua retórica e compreensão como fenômeno jurídico e o caminhar de sua não prosperidade, para dar espaço a abertura de postulados principiológicos. O segundo capítulo, por sua vez, aborda o ativismo judicial na forma de Poder Judiciário em relação a sua participação de forma ampla e intensa à concretização de valores e finalidades constitucionais, todavia, com maior interferência nas atribuições dos demais poderes a fim de proporcionar a sociedade segurança jurídica. O terceiro capítulo, por fim, traz uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, que viabilizou procedimentos interpretativos legitimadores de anseios sociais e humanos, bem como a ampliação do acesso a justiça e assistências judiciais a sociedade.

## 1 POSITIVISMO JURÍDICO

Assevera Ramos (2010, p.35), que nas últimas décadas os constitucionalistas brasileiros superaram a retórica do positivismo no que tange sua compreensão como fenômeno jurídico.

Todavia, o Direito na qualidade de ciência tem por objeto valer-se de normas disciplinadoras do agir humano, onde a dogmática pós positivista assume um ideário difuso, que inclui a definição de relações entre valores, princípios e regras.

No entanto, aduz Giacoia Junior ( 2015 ) , que a corrente positivista provém de leis naturais não escritas, transpondo-se para um regime positivado em constituições modernas dos estados democráticos de direito, sob a forma de direitos fundamentais no denominado constitucionalismo moderno.

Para o autor, esses direitos constitucionalmente assegurados desde a sua positivação, demarcam limites de resistência do cidadão contra excesso de arbítrio humano. Na verdade, estamos diante do poder para intervir sobre os indivíduos que nascem, crescem, adoecem e morrem sujeitos a regulamentação

de tais normas auferidas pelo Estado.

Ignácio Júnior (2011), aduz que o que o jusnaturalista clássico tem como premissa somente o que considera justo, ou seja, uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça. Diante da falta de concretude e segurança nas relações pautadas no direito natural, surge o positivismo.

Ramos (2010), afirma que o positivismo parte da premissa metodológica de que o direito deve ser estudado enquanto fato social, independente das condições valorativas a respeito. Assim o objeto da dogmática jurídica para os positivistas são normas vigentes em determinado Estado, em uma determinada época, pouco importando se essas normas correspondem ou não ao ideal de justiça de quem as examina.

Nesta corrente explana que o Estado assumiu o controle do processo de criação das normas jurídicas, estabelecendo uma hierarquia entre as diversas fontes, situando em primeiro plano as leis que consiste no ato normativo emanado pelo órgão legislativo emanado pelo Estado e denominado direito positivo.

Ainda na visão do autor, o elemento mais importante para a caracterização do positivismo contribuindo para com a Teoria do Direito consiste no conceito de ordenamento jurídico, compreendido como um conjunto de normas que não se encontram meramente justapostas, mas sim integradas entre si, em um único sistema.

Logo, esta unidade sistêmica deve estar acompanhada pelo princípio da coerência do ordenamento jurídico que visa aplicar critérios de soluções pautados na hierarquia, cronologia e especialidade, bem como pelo princípio da completude que tem como sustentação jurídica o direito como necessário para conciliar entre si dois outros temas positivistas fundamentais, segundo o qual o juiz não pode criar o direito, mas, no entanto, não poderá recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer.

Segundo Inácio Júnior (2011, p. 129), nota-se que o positivismo abandonou os valores morais e transcendentais, impondo a soberania da norma pela coação, ou seja, é a aproximação do direito a norma intitulada pelo poder estatal.

Compreende o autor, que em linhas gerais as teorias positivistas defendiam que a validade do direito ocorreria pela atribuição ou reconhecimento de competência normativa à sua fonte produtora ou por meio da eficácia social da norma.

Diante do exposto, veremos a seguir a inserção de novos postulados como fonte aplicadora do direito e resolução de conflitos propostos.

### **1.1 Pós-Positivismo Jurídico**

Insta esclarecer, que o jusnaturalismo e o positivismo não prosperaram e

deram espaço para abertura de postulados principiológicos, nos quais fortaleceram a necessidade da positivação baseada em regras e princípios a fim de garantir os direitos fundamentais de todos os seres humanos.

Em virtude de tal cenário a atuação do Judiciário cresceu sobremaneira e em determinados julgados foram aplicadas normas e princípios, com intuito de oferecer a sociedade segurança jurídica eficaz.

Nesta seara Alonso (2015) sustenta que o direito positivo como realidade pura, não é capaz de garantir segurança jurídica, visto que, no momento de sua criação e depois de sua aplicação vem a sofrer interferência direta de princípios e referenciais axiológicos provindos da sociedade não captados pelo legislador no momento de sua instituição.

De modo que, o direito positivo precisa de complementos valorativos não captados no momento de sua elaboração, mas possui importância fundamental para garantir ao ambiente segurança jurídica.

Nota-se que no Brasil tem suas raízes na Constituição Federal de 1988, no qual outorgou prerrogativas por meio da aplicação de Súmulas Vinculantes e do Mandado de Injunção.

Aborda Ignácio Júnior (2011), que além das previsões da Carta Magna o judiciário tem a função de interpretação das normas infraconstitucionais, transformando-o em legislador ativo com a missão de cumprir sua trajetória voltada ao ordenamento jurídico, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.

Para o autor, a Constituição pode ser percebida como um sistema aberto composto por princípios e regras que pode transpassar a valores jurídicos suprapositivos, onde as ideias tem como primado a realização dos direitos fundamentais como papel central.

Em suma, o ativismo regula-se pelo julgamento conforme a Constituição, ou seja, a constituição não será interpretada em conformidade com ela própria, mas passível de interpretação as normas infraconstitucionais e princípios gerais do direito.

Bobbio (2006) afirma que o direito positivo é limitado a determinadas pessoas, criando uma identidade social e tornando-a flexível por meio de costumes e leis. Enquanto, que para o direito natural os limites são impostos pela natureza e imutável no tempo.

Aduz o autor, que na época clássica o direito natural ou direito comum e o positivo como direito especial ou particular. No que se refere ao positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo. Com a formação do Estado moderno, concentrou-se sobre este todos os poderes, incluindo o poder

de criar o direito.

Por conseguinte, o direito é composto por um conjunto de regras obrigatórias para uma determinada sociedade e sua violação, implicará na intervenção de um terceiro (magistrado) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma.

Assim, com o surgimento do Estado moderno, o juiz torna-se um órgão desse Estado, passando a ser vinculado ao direito positivo, que é aquele direito posto e aprovado pelo Estado, não restringindo esse campo apenas às normas emanadas do Poder Legislativo, mas também os costumes e os princípios gerais do direito, desde aprovadas pelo Estado.

Desta forma, no próximo capítulo surge a figura do ativismo judicial como uma nova contribuição para o direito, decidindo sobre casos concretos e formando precedentes a serem aplicados pela ordem jurídica.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL

Surge após a Segunda Guerra Mundial o ativismo judicial com fulcro em direitos fundamentais, passando a reger as constituições sociais.

Segundo Paganelli (2011,p. 21), o ativismo judicial consiste no comportamento do Poder Judiciário em relação a sua participação de forma ampla e intensa à concretização de valores e finalidades constitucionais, todavia, com maior interferência nas atribuições dos demais poderes.

Em sua visão, o seu principal objetivo está voltado à concretização efetiva do Estado Democrático de Direito imposto pelas constituições, assegurada pela participação do magistrado à busca da proteção dos princípios constitucionais.

Afirma Paganelli (2011,p. 22), no que se refere ao ativismo judicial:

Importante notar que, ao relacionar o aparecimento do ativismo judicial com a decadência do constitucionalismo liberal e da política neoliberal, voltamos a uma visão mais humanista e social, preservando princípios fundamentais de um estado que é representado por sua Carta Magna, a Constituição e, principalmente, realçando axiologicamente estes direitos fundamentais, com ênfase àqueles que dizem respeito à dignidade da pessoa humana. Destarte, a deficiência e a ineficiência legislativa ou má utilização de instrumentos políticos que possam abalar tais direitos e princípios fundamentais são objeto dos Tribunais que com o ativismo judicial tem como objetivo proteger valores que são tão importantes para a sociedade. Com o pós-positivismo também não se deseja que o

Poder Judiciário desconsidere as repercussões sociais e políticas de suas decisões.

Ademais, deve haver por parte dos tribunais estratégias a serem adotadas cujo objetivo volta-se a suavizar o impacto político de suas decisões, mascarando a interferência de outros poderes.

Neste sentido, o magistrado ao se deparar com as deficiências do códex jurídico deverá utilizar-se de sua própria atuação para sanar o problema existente, sendo uma de suas ferramentas a análise de precedentes e sua pertinência com suas decisões a fim de suprir a lacuna existente na norma jurídica em estudo.

Contudo, Machado sustenta (2011, p. 113) que a autonomia judicial se depara com limites, senão poderá vir a exteriorizar apenas a vontade individual do julgador ou a excessiva adesão aos princípios constitucionais em sua aplicação, provocando antagonismos com as regras do sistema que promovem a autonomia consolidada no ordenamento via constituição.

Neste sentido, a autonomia judicial ao se limitar aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios evita a temida arbitrariedade.

Ainda enfatiza Machado (2011, p. 115), no que se refere à decisão judicial, que:

A probabilidade de uma decisão judicial ser correta será sempre maior quando observado o ponto de vista interno do ordenamento, por meio da Constituição, e, por consequência, o próprio ordenamento por ela estabelecido. Não há garantias de que haja uma decisão correta, no sentido de ser aquela esperada ou almejada pela parte, mas no sentido de que houve a observância dos princípios (de justiça) estabelecidos previamente e não post factum, que certamente levaria ao questionamento de índole subjetiva.

Com efeito, a adoção do ponto de vista interno do ordenamento permitirá não vontade subjetiva do julgador, mas uma autonomia pessoal, em nível normativo, que delimitará o campo de atuação do judiciário.

Corroborando, Siqueira e Oliveira (2014, p.196), ponderam que o ativismo judicial consiste em uma posição ampla e intensa dos magistrados no processo judicial, cuja premissa está em aplicar a Constituição Federal, seus valores e normas de maneira ativa ao interpretar os preceitos da Carta Magna em consonância com sua postura, advindas por diversas maneiras.

Segundo Granja (2015, p.3), o ativismo judicial pode ser conceituado como o papel criativo dos tribunais ao proporcionar uma nova contribuição ao direito, ao

decidir sobre a singularidade do caso concreto, formando precedente jurisprudencial, antecipando, muitas vezes, à formulação da própria lei.

Para o autor, o ativismo judicial é uma postura escolhida por magistrados através de uma hermenêutica jurídica expansiva com finalidade de concretizar valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida atendendo a soluções de conflitos e as necessidades oriundas de lentidão ou omissão até mesmo executiva.

Miarelli; Rogério (2012,p.16) *apud* GRANJA (2015, p. 4), aduz que:

Diante de novas necessidades, onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto da lei, é o momento em que o esforço do interprete faz-se sentir. Tem-se como Ativismo Judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.

Neste passo, o vocábulo ativismo judicial no âmbito da ciência do Direito designa que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica e, neste diapasão, não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites de sua atividade.

Para Alonso (2015), o juiz se vale de normas escritas como pressupostos éticos, morais e principiológicos não se limitando, em sua função, a ser seguidor ininterrupto do positivismo jurídico.

Logo, o magistrado em sua justificação argumentativa de qualquer decisão judicial deverá oferecer por meio de atividade estatal de jurisdição, transparência como resultado de ação séria e responsável de forma lógica e sistêmica, todavia, quanto mais lacunoso e imperfeito for o sistema normativo, maior será o âmbito de ação jurisprudencial.

Nessa vereda, afirma o autor que os parâmetros positivados são necessários e devem ser perseguidos pelo juiz em suas decisões, ou seja, a inaplicação da lei deve ser exceção bem fundamentada aliada a outros mecanismos de controle e vinculação da atividade jurisdicional, por exemplo, os precedentes constituídos por decisões anteriores que resolveram questões semelhantes que devem ser consideradas nas ações decisórias subsequentes.

Contudo, o magistrado não estará obrigado a seguir o precedente em sua nova decisão, mas alguma vinculação pode ser exigida em nome da segurança jurídica face aos efeitos sociais.

Assevera Alonso (2015) que muitas vezes a lei é vaga, possibilitando largo espaço interpretativo ao magistrado como instrumento necessário para a realização

da justiça, aliada a atividade interpretativa de forma inevitável e necessária à atender aos anseios de uma sociedade dinâmica.

Ora, face às considerações aduzidas, a lei não é a única fonte do direito e em suas lacunas devem ser aplicados os princípios, costumes e jurisprudências a fim de atender aos anseios de uma sociedade que está inserida em um processo dinâmico e sistêmico.

Assim, o juiz diante dos fatos configura-se como criador do direito, seja na postura de reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou como positivador desta a ser aplicada a todos forma indistinta.

Todavia, a lei deve ser observada em primeiro plano e suas lacunas devem ser aplicadas de forma secundária, sem deixar de ser observado os precedentes como forma de proporcionar segurança jurídica as partes envolvidas no processo.

Por sua vez, Silva ( 2013, p. 2) sustenta que a dogmatização do direito, na sociedade moderna, consolidou o denominado Estado de Direito onde a lei é considerada fonte suprema de um sistema.

No entanto, adverte o autor, que os estudiosos e aplicadores do direito tem por missão livrar-se da noção que o direito é fixo e imutável, uma vez, que está presente em um cenário de críticas e interpretações divergentes.

Diante de tal cenário, torna-se evidente o antagonismo com as abordagens positivistas e formalistas do direito, abrindo espaço para o pragmatismo jurídico que não possui compromissos rígidos com os imperativos da certeza jurídica e volta-se às necessidades humanas e sociais.

Segundo Eisenberg (2007) *apud* SILVA (2013 p.3), o direito passa a ser percebido como um conjunto de regras e de normas principiológicas capazes de dirimir conflitos, e conforme prega o pragmatismo jurídico, o interprete do direito deve recorrer às normas e princípios, bem como utilizar-se de ferramentas lícitas para uma prestação jurisdicional mais eficiente.

Conclui o autor, que ao analisar o pragmatismo jurídico se faz necessário conceder a devida atenção ao processo de criação da norma individual pelo magistrado, para que ocorra a devida adequação da norma ao caso concreto com ênfase aos parâmetros rígidos de validade, todavia, humanizados por meio do papel criativo do juiz quando da apresentação de argumentos que envolvem as circunstâncias do caso concreto norteando sua decisão.

Nesta seara, abaixo será demonstrado que o Judiciário no Brasil em determinadas situações, tem adotado uma postura puramente ativista no seu dever de fundamentar seus julgamentos.

## 2.1 Ativismo Judicial no Brasil

Siqueira e Oliveira (2014, p. 187), afirmam que o Constitucionalismo democrático é o fenômeno de limitação estatal por meio de um documento, Constituição, que contém além da organização do Estado as limitações de seu exercício, suas garantias e liberdades fundamentais e se obriga a resguardar o corpo social que lhe confere o poder de governar.

Nesse sentido, o Estado Social de Direito veio para efetivar as garantias do homem e inseri-lo como parte do corpo social como cidadão e parte integrante da coletividade, concretizando materialmente e economicamente liberdade e igualdade e as ratificando junto às garantias adquiridas com o Estado de Direito.

Ainda na visão do autor, o Estado Democrático de Direito é a forma de Estado pautada na legitimidade e no exercício do poder político concentrado no povo, destinatário de suas finalidades embasado na democracia onde o poder emana do povo e para o povo.

O ativismo judicial no Brasil surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, que viabilizou procedimentos interpretativos legitimadores de anseios sociais e humanos, bem como a ampliação do acesso a justiça e assistências judiciárias a sociedade.

Ressalta Granja (2015, p.5) que no Brasil o poder Judiciário tem mostrado em determinadas situações, uma posição puramente ativista com base em justificativa normativa e outra filosófica.

Com fundamento normativo deriva do fato que a Carta Magna confere esse poder ao Judiciário onde os juízes atuam conforme preconiza a Lei e não por causa própria, contudo, o ativismo judicial seria um instrumento que promove a democracia. A justificativa filosófica consiste no fato de que a constituição realiza dos papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais.

Para o autor, o ativismo judicial é uma escolha do juiz, é uma interpretação constitucional expansiva que visa à retratação do Poder Legislativo, desta forma:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestações 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 a Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público. (BARROSO (2009, P.6) *apud* GRANJA (2015 PG.5).

A outro tanto, sustenta Siqueira e Oliveira (2014, p. 202), que a Constituição Federal de 1988 é classificada como um texto analítico, devido a grande quantidade de dispositivos transitórios, bem como um texto rígido, pois é fonte soberana sobre as demais espécies normativas do ordenamento jurídico.

Ademais, é considerada como uma Constituição Dirigente, pois consagra em seu texto e Estado Social de Direito exigindo por parte do poder público uma atividade positiva para atingir eficácia jurídica e alcançar objetivos que decorrem dessas normas.

As normas, por sua vez, recebem a nomenclatura de normas pragmáticas com conteúdo genérico e amplo, mas possuem juridicidade e efetividade perante o ordenamento jurídico, cuja finalidade é garantir a eficácia e concretização dos direitos fundamentais e sociais.

Para os autores, o ativismo judicial com o advento da Constituição Federal de 1988, devido ao seu caráter dirigente e prospectivo, deu origem as diversas omissões constitucionais, momento que, o fenômeno deparou-se com questionamentos sobre sua legitimidade, no que tange, ao princípio da separação dos poderes ante a inércia do Estado o Judiciário substituiria o Legislativo e poderia suprimir a vontade discricionária da administração pública. O princípio está consagrado no ordenamento jurídico por força do artigo 60 § 4º, inciso III, da Constituição Federal.

Neste sentido, esclarece Alonso (2015) que se admite a função jurisdicional com a característica de ser inovadora da ordem jurídica, em contraponto, o desenvolvimento de meios de controle e correção das decisões judiciais.

Para tanto, a legitimação da decisão judicial deve estar voltada a demonstração de sua correção, com foco em valores consentidos e compartilhados pelo corpo social. Enfatiza do autor, que a limitação do poder estatal é necessária para manutenção da liberdade e da integração com a sociedade.

Nesse sentido, cabe ao sistema normativo dispor de mecanismos que garantam a responsabilidade e a seriedade da função dos magistrados, como exemplo o dever da fundamentação em suas decisões.

Segundo o autor, se está na vontade do legislador o juiz assume a condição de interprete e aplicador, a função estará ligada a hermenêutica, ou seja, se está

na vontade da lei, surge espaço para atuação jurisdicional, agindo assim como legislador. Notadamente, os postulados éticos são, cada vez mais, importantes como balizadores da atividade judicial, ainda que não positivados expressamente.

Para Alonso (2015), que o sistema normativo não pode desconhecer a dinâmica da sociedade e as questões sociais devem ser levadas em consideração para elaboração das leis e solução de litígios, exigindo do Estado uma função jurisdicional com escolhas jurídicas, objetivas e referendadas em normas jurídicas, porém, afastadas das decisões políticas e suas subjetividades e ausência de parâmetros.

Com efeito, quanto mais lacunoso e imperfeito for o sistema normativo, mais se exigirá a atuação do judiciário com bases normativas e principiológicas para trazer resposta desejável a lide submetida a análise judicial.

Alude Bosch (2015, p. 9) que por separação dos poderes, os defensores do ativismo judicial sustentam que um órgão (ou poder) está autorizado a exercer atribuições de outro órgão (ou poder), quando houver expressa previsão, tal como ocorre nas funções atípicas, o que certamente ameniza a rigidez da ideia de independência dos poderes e especialmente a ideia de usurpação de funções.

Garante a autora, que para os defensores do ativismo judicial o princípio da separação dos poderes nos dias atuais deve ser interpretado de uma maneira “constitucionalmente adequada”, abrindo espaço para uma “legislação judicial”, fruto do ativismo, considerando que a própria constituição imbuíu o Judiciário de competência de rever atos do Poder Legislativo através do controle de constitucionalidade, a revelar uma “função atípica”, muito além da sua auto administração.

Portanto, diante deste quadro e especialmente após a Constituição Federal de 1988 que trouxe um rol amplíssimo de direitos fundamentais no seu artigo 5º, o Estado passa a ficar comprometido com a efetivação destes direitos e ante a inércia e omissão do Executivo e Legislativo, que parecem ignorar por inúmeras vezes estes direitos, o Judiciário assume um papel político e social, ainda que esta sua “nova” função afaste a validade de atos dos outros poderes.

Souza (2014, p. 4), declara que a partir da análise da evolução histórica das constituições que foram vigentes no Brasil, e, especialmente a Constituição Cidadã de 1988, através da qual a sociedade brasileira deparou-se com a possibilidade de um Estado Democrático de Direito, percebe-se a influência de características do sistema de direito conhecido como *Common Law* no direito brasileiro, apesar deste adotar o sistema de direito conhecido como *Civil Law*.

Em sua visão, essas características referem-se especialmente ao uso de jurisprudências no momento em que o magistrado se baseia em tal fonte do direito

para construir sua decisão. E é isso, sobretudo, que aproxima o *Common Law do Civil Law*, adotado no Brasil.

Em relação ao texto da Constituição vigente evidenciou-se a repartição dos poderes em: Legislativo, Executivo e Judiciário, bem a menção como trazia expressas as competências de cada Poder.

Constatou-se, ainda, que essas competências poderiam ser típicas e existiam também as atípicas, demonstrando, que nenhum dos poderes está limitado, em termos de engessado, apenas aos poderes que lhe são inerentes,

Para a autora, a própria Constituição da República Federativa do Brasil determina competências atípicas aos três poderes. Permitindo que estes exerçam funções atípicas, desde que respeitem a esfera de competência típica de cada um. Observou-se, ainda, a relevância das leis em colocar limites às relações sociais..

No tocante ao ativismo judicial, observou-se que há controvérsias em relação à postura ativa do Poder judiciário nas questões de natureza legislativa. No entanto, o ato do Poder Judiciário na edição de súmulas, não seria uma usurpação de poder em relação ao Poder legislativo, pois consiste em uma atribuição trazida pela própria Constituição.

Por fim compreende a autora, que o Poder Judiciário não tem como limite de suas funções apenas às funções jurídicas, podendo ser incluídas nestas, um papel mais ativo no que se refere às decisões de natureza legislativa., todavia, o Poder Judiciário tem como premissa, ser guardião da Constituição, e efetivar a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo teceu comentários sobre o positivismo jurídico e pós- positivismo jurídico como objeto de breve estudo sobre esses fenômenos. Na sequência foram apontados aspectos do ativismo judicial, onde a lei não é a única fonte do direito e em suas lacunas devem ser aplicados os princípios, costumes e jurisprudências a fim de atender aos anseios de uma sociedade que está inserida em um processo dinâmico e sistêmico.

Ademais, o ativismo judicial no Brasil surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, que viabilizou procedimentos interpretativos legitimadores de anseios sociais e humanos, bem como a ampliação do acesso a justiça e assistências judiciais a sociedade.

Diante do exposto, conclui-se que, que o ativismo judicial no Brasil com sua intervenção necessária, não viola os demais institutos de direito, como por exemplo,

o princípio de separação dos poderes, uma vez que, é dever constitucional do poder judiciário quando provocado, de garantir o cumprimento de direitos aclamados pela sociedade como forma de segurança jurídica a lides apresentadas.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, Ricardo Pinha. **Juiz: aplicador ou criador do direito?** Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/050307.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2015

ALVES, Leandro. **Crítica ao positivismo jurídico.** Disponível em: <[www.vermelho.org.br/coluna.php?id\\_coluna\\_texto=4461](http://www.vermelho.org.br/coluna.php?id_coluna_texto=4461)>. Acesso em: 21 set. 2015

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** Lições de filosofia do direito. São Paulo: Icone Editora, 2006.

BOSCH, Marcia Helena. **Mutação constitucional e ativismo judicial** ; Disponível em : [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo\\_tutela\\_coletiva\\_artigo\\_marcia\\_ativismo.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_tutela_coletiva_artigo_marcia_ativismo.pdf)>. Acesso em: 08 de nov. 2015

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Sobre direitos humanos na era da bio-política.** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2008000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2008000200002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 02 nov. 2015.

GRANJA, Cicero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais.** Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id+14052](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id+14052)>. Acesso em: 02 nov. 2015.

MACHADO, Edmilson Donisete. **Ativismo judicial.** São Paulo. Letras Jurídicas. 2011.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; IGNÁCIO JUNIOR, José Antonio Gomes. **Ativismo judicial: paradigmas atuais.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Fernanda Oliveira. **Ativismo judicial: excesso aos limites das atribuições positivadas dos poderes na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28270/ativismo-judicial-excesso-aos-limites-das-atribuicoes-positivadas-dos-poderes-na-constituicao-federal-de-1988/4#ixzz3qvtO1800>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luís de. Org(s). **Acesso à Justiça**: e concretização de direitos. Birigui/SP: Boreal Editora, 2014.

SILVA, Ciro Varcelon Contin. **O Ativismo judicial no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23347/o-ativismo-judicial-no-brasil>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

TAKEDA, tatiana de Oliveira. **O positivismo jurídico de Norberto Bobbio** parte I. Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7205](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7205)>. Acesso em: 21 set. 2015