



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

RICARDO ROCHA AGUIAR FILHO

**ASPECTOS CENTRAIS DA EXPANSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

FORTALEZA

2016

RICARDO ROCHA AGUIAR FILHO

ASPECTOS CENTRAIS DA EXPANSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia submetida ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Me. Dimas Macedo.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A232a Aguiar Filho, Ricardo.
ASPECTOS CENTRAIS DA EXPANSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL / Ricardo Aguiar Filho. – 2016.
62 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.

Orientação: Prof. Me. Dimas Macedo.

1. Ativismo Judicial. 2. Separação dos Poderes. 3. Supremo Tribunal Federal. 4.
Poder Judiciário. 5. Constituição Federal. I. Título.

CDD 340

RICARDO ROCHA AGUIAR FILHO

ASPECTOS CENTRAIS DA EXPANSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia submetida ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Dimas Macedo.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Dimas Macedo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. M.^a Fernanda Cláudia Araújo Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Bruno Marques Albuquerque
Universidade Estadual do Ceará (UECE)

A Deus.

Aos meus pais, pela dedicação e carinho

Aos meus irmãos, fonte de inspiração

AGRADECIMENTOS

“Dê-me, Senhor, agudeza para entender, capacidade para reter, método e faculdade para aprender, sutileza para interpretar, graça e abundância para falar. Dê-me, Senhor, acerto ao começar, direção ao progredir e perfeição ao concluir” São Tomás de Aquino.

Final de mais um ciclo. Labutamos com o fito de conquistar um objetivo e, logo em seguida, lançamo-nos ao seguinte. A providência divina me guiou até aqui. Por isso, primeiramente, agradeço a Deus e dou testemunho da Sua infinita bondade. Peço que Ele sempre guie meus dias, mostrando-me sempre a direção.

Aos meus dedicados pais, Ricardo e Geihise, e aos meus queridos irmãos, Gustavo e Leonardo, que tanto me ensinam.

Aos meus amigos, cujos nomes levo em boas lembranças, que elevam a máxima *“idem velle idem nolle”*

Aos queridos professores, por todos os valiosos ensinamentos. Ao professor Dimas Macedo, que tão gentilmente orientou e prestou seu auxílio na construção dessa monografia. Ao professor William Marques, presente em toda minha trajetória acadêmica. À professora Fernanda Cláudia e ao mestrando Bruno Marques, por comporem a banca com muita cortesia.

Salve Maria!

“Eu pensava que nós seguíamos caminhos já feitos, mas parece que não os há. O nosso ir faz o caminho”. C. S. Lewis

RESUMO

O presente trabalho baseia-se no exame do novo cenário que se estabelece com a expansão do ativismo judicial. Busca-se, primeiramente, encontrar elementos estáveis do ativismo judicial e investigar sua evolução histórica e consequente sua aplicação no mundo jurídico. Ademais, o presente estudo, investiga a problemática sobre a delimitação do campo de atuação do ativismo judicial, subsidiando-se em elementos teóricos e críticos encontrados na doutrina brasileira e estrangeira, diante da necessidade de reafirmar - ou reestruturar - o equilíbrio, a harmonia e a independência entre os poderes. Assim, o ativismo judicial merece ser refletido, tanto pela ciência política como pela ciência do direito, para que a ordem constitucional e a ordem democrática sejam consolidadas.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. Constituição Federal.

ABSTRACT

The present work is based on the examination of the new scenario established with the expansion of judicial activism. It seeks first to find stable elements of judicial activism and to investigate its historical evolution and its consequent application in the legal world. In addition, the present study investigates the problem of the delimitation of the field of judicial activism, subsidizing theoretical and critical elements found in Brazilian and foreign doctrine, based on the need to reaffirm - or restructure - the balance, harmony and The independence of powers. Thus, judicial activism deserves to be reflected, both by political science and by the science of law, so that the constitutional order and the democratic order are consolidated.

Keywords: Judicial Activism. Separation of Powers. The Federal Court of Justice. Judicial Power. Federal Constitution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. A EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	16
2.1 Separação dos Poderes.....	16
2.2 A origem do Ativismo Judicial e o caso americano.....	20
2.3 Conceituação do Ativismo Judicial.....	23
2.3.1 <i>Ativismo Judicial e Judicialização da Política</i>	26
2.3.2 <i>Ativismo Judicial e Self-restraint</i>	28
2.3.3 <i>Procedimentalistas x Substancialistas</i>	29
3. ATIVISMO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	30
3.1 Supremo Tribunal Federal.....	33
3.2.1 <i>Aborto De Anencefalos – ADPF 54</i>	36
3.2.2 <i>Greve dos servidores públicos – Mandado De Injunção (MI 670/ES, MI 708/DF e MI712/PA</i>	38
3.2.3 <i>Demarcação de terras indígenas (Raposa/Serra do Sol)</i>	40
3.2.4 <i>Vedação ao nepotismo - Súmula Vinculante nº 13</i>	42
3.2.5 <i>Fidelidade partidária</i>	43
4. AS FACES DO ATIVISMO JUDICIAL	44
4.1 Ativismo Judicial como instrumento social.....	44
4.2 Ativismo Judicial como instrumento de poder.....	48
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
6. REFERENCIIAS	58

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem o dever primordial de preservar a primazia da Constituição. Porém, diante da omissão dos outros Poderes, qual o papel desempenhado pelo Judiciário? Deve o juiz proferir decisões que interfiram politicamente na definição de políticas públicas? É nesse contexto que surge o ativismo judicial.

Entretanto, antes de responder tais questionamentos, é necessário esclarecer que o presente estudo se filia à corrente que associa o ativismo à ampliação do poder dos juízes e tribunais, que passam a atuar politicamente, expandindo o campo das decisões judiciais para além dos limites demarcatórios típicos da função jurisdicional.

Com efeito, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, de forma cada vez mais intensa, interfere em assuntos que são de natureza política. Desse modo, o Poder Judiciário vem, gradativamente, afirmando-se nas figuras de legislador, definidor de políticas públicas e constituinte derivado, distanciando-se da sua clássica função simplificada na máxima de aplicar o fato à norma.

Nesse contexto, nos últimos anos, ocorreu, uma maior notoriedade, diante da sociedade, das ações do Ministros do STF no cenário sociopolítico. Tal configuração advém dos episódios protagonizados pela Suprema Corte que ganharam grande repercussão, pois, em um curto intervalo de tempo, o fenômeno ativista se fez presente e causou profundas mudanças na ordem jurídica do país, como a permissão da prática do aborto de fetos anencéfalos, o estabelecimento de critérios de elegibilidade dos candidatos a cargos políticos, a modificação da lei de fidelidade partidária, a distribuição dos recursos do petróleo, entre outros. Dessa forma, resta nítida a necessidade de compreender a universalidade do ativismo judicial e suas consequências na ordem constitucional.

Naturalmente, esse cenário gera uma consequencial preocupação de que o Poder Judiciário rogue para si, progressivamente, as atribuições do Congresso e da soberania popular, trazendo, assim, a natural crítica da violação à separação dos poderes. Em razão disso, o presente estudo tem como principal objetivo contribuir para este debate, analisando as opiniões contrárias e favoráveis, possibilitando explicar, classificar e interpretar o fenômeno apresentado.

O primeiro capítulo busca encontrar elementos estáveis do ativismo

judicial, analisando sua evolução histórica, com o intuito de identificar um denominador comum em sua conceituação, para iniciar uma abordagem mais concreta do fenômeno. No segundo capítulo, reconhecendo a imprecisão conceitual do ativismo judicial, é realizada a análise da atuação proativa do Poder Judiciário, no contexto da Constituição Federal de 1988, em inúmeros julgamentos, e suas implicações no panorama político e institucional. No terceiro capítulo, ponderando as implicações positivas e negativas, demonstra-se a forma pela qual o ativismo judicial pode ser utilizado, traduzindo-se como instrumento social ou como instrumento de poder.

Os leques de questões levantadas pelo ativismo e suas influências nos rumos da sociedade residem no foco do presente estudo. Nessa configuração, concluir-se-á sobre a importância do tema proposto em escala global e nacional, envolvendo assuntos de largo alcance social e político, ainda que estejamos diante de uma variedade de definições e conceitos a respeito do ativismo judicial.

2 A EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

O Supremo Tribunal alargou a sua autoridade sobre praticamente todos os aspectos da sociedade brasileira, chegando a um alcance nunca contemplado pela ordem constitucional do país. Desse cenário, surgem diversas questões como o papel constitucional da divisão dos poderes, a segurança jurídica e os limites objetivos do processo hermenêutico, conforme expõe CONTINENTINO (2012, p.1-2):

Ao mesmo tempo, não me parece possível divisar um sentido bem delimitado ou, melhor dizendo, um parâmetro ou critério que defina satisfatoriamente a dimensão semântica do conceito [...]. **Significaria, pois, ativismo judicial a extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário? A usurpação de competência institucional alheia (Executivo ou Legislativo)? Erro da decisão? Decisão proferida por juiz inconsequente? A adoção de uma metodologia da interpretação escusa? O casuismo jurídico? Uma decisão da qual eu ou você discorda? Enfim, uma decisão que frustra uma expectativa prévia?** [grifo nosso]

Esse crescimento do Poder Judiciário é um fenômeno comum a muitas sociedades. No Brasil, noticia-se, constantemente, a atuação ativista do Judiciário, interferindo em questões políticas. Juízes determinam toque de recolher para menores de idade, cassam mandatos de políticos eleitos, definem as doenças cobertas pelo orçamento público, limitam a atuação das comissões parlamentares de inquérito, modificam o rito de impeachment definido pelo Congresso, entre outros aspectos.

Nessa conjuntura, faz-se necessário analisar o surgimento e os desdobramentos do ativismo judicial, no que diz respeito à divisão dos poderes, ao contexto histórico e aos seus elementos de conceituação.

2.1 Separação dos Poderes

[...]tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, "Do espírito das leis", capítulo VI, Livro IX)

Na construção do Estado Constitucional, uma das peças mais importantes é o princípio da separação de Poderes. Em um breve histórico, esta análise perpassa por Platão, Aristóteles, Maquiavel, John Locke, Montesquieu, entre outros.

Entretanto, pode-se afirmar que, inicialmente, uma origem mais concreta dessa teorização parte de Aristóteles na definição de constituição mista:

[...] constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político. (PIÇARRA, 1989, p. 3)

Posteriormente, no contexto da Revolução Gloriosa Inglesa, John Locke publica sua obra o *“Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”*, versando sobre a existência de três poderes: Legislativo, Executivo e Federativo. Ao Poder Executivo competia a aplicação das leis, ao Poder Legislativo competia elaborar as leis e ao Poder Federativo competia as relações internacionais do governo. Contudo, a particularidade desta divisão é o fato que o Poder Legislativo é considerado como um poder soberano, ou seja, superior aos demais, pois a função de definir as leis encontrava-se em um patamar superior ao de executar. Dispõe LOCKE (2003, p. 76):

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.

Posteriormente, a fundamentação da Separação dos Poderes foi consolidada por Montesquieu, que teorizou sobre os órgãos distintos e autônomos, sem subordinação de um em relação ao outro. Nessa separação clássica, os poderes do Estado se dividiram em três, cada um com poderes e funções distintas. A principal lição que Montesquieu nos deixa é que todo poder precisa de limites. De fato, essas limitações são importantes para que um Estado garanta uma estabilidade estrutural. Tem-se, portanto, a noção mais difundida da separação dos poderes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se

um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 1993, p.75)

. Desse modelo puro da divisão dos poderes, desenvolveu-se outro, que não estabelecia somente as funções típicas de cada um dos organismos estatais, mas também distribuía funções atípicas, fazendo com que uns controlassem os outros. Daí surge, a partir das obras de Montesquieu, as teorias do balanceamento dos poderes, traduzindo-se no sistema de “*checks and balances*”, ou seja, o sistema de freios e contrapesos, garantindo um controle recíproco, sem hierarquização, sempre visando uma harmonia institucional.

No contexto do balanceamento dos poderes, a ilustre decisão de John Marshall, *Chief-Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Marbury vs. Madison*, que implementou o instituto conhecido como *Judicial Review*, um mecanismo de correção pelo poder judiciário que consiste na verificação da conformidade de um ato legislativo em relação à Constituição:

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ella; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinarios. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição, ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modifica-la. Si é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; si a segunda parte é verdadeira, então as constituições escriptas são absurdas tentativas da parte do povo para limitar um poder por sua natureza illimitavel. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escriptas consideraram taes instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a theoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escripta, deve ser que é nulla toda a resolução legislativa com ella incompatível (MARSHALL, 1997, p.25). (Sic)

Dessa forma, principiou-se o sistema de controle da constitucionalidade, conferida na atribuição do poder judiciário de revisar os atos do executivo e do legislativo, traduzindo-se na máxima do próprio MARSHALL (1997, p.25): “[...]é a *provincia e o dever do Poder Judiciário dizer o que a lei é*”. Neste sentido, prossegue:

(...) Aquelles que applicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Si duas leis collidem uma com a outra, os tribunaes devem julgar acerca da efficacia de cada uma dellas. Assim, si uma lei está em opposição com a Constituição; si, applicadas ellas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingencia de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a

Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Si, pois, os tribunais tem por missão attender a Constituição e observá-la e si a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam. (Sic)

Insta citar que a Constituição dos Estados Unidos da América foi o modelo utilizado para a primeira constituição brasileira, após o Golpe republicano de 1889, principalmente por influência de Rui Barbosa. Assim, consagrou-se a tripartição dos poderes e o presidencialismo, registrando a tripartição de poderes entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si, o que se manteve tradicionalmente na maioria das constituições brasileiras. Nesse contexto, SOARES DE PINHO (1961, p.30) escreve:

[...] além da conservação do princípio da divisão de poderes, surge, também, o da distribuição de competências entre a União e os Estados-membros, de onde decorrem novas limitações e novos freios e contrapesos [...] A vigência da primeira Constituição republicana enseja o funcionamento do mecanismo do equilíbrio dos poderes, com a atuação recíproca de cada um sobre os demais, na contenção de excessos, mecanismo que vai atuar, igualmente, no campo peculiar do legislativo, na interação exercida pelas duas casas do Congresso Nacional e, ainda, nos três níveis em que se desdobra a federação – União, Estados-membros, municípios.

Por fim, a Constituição de 1988, ao estabelecer a estrutura política-organizacional do Estado Brasileiro, constituiu um sistema de controle exercido entre os poderes, o qual MOREIRA NETO (1989) classifica em quatro modalidades básicas: “controle de cooperação”, “controle de consentimento”, “controle de fiscalização” e “controle de correção”. Esses instrumentos se traduzem no controle do Poder Executivo exercido em relação ao Legislativo (exemplo: veto); o controle do Poder Executivo exercido em relação ao Judiciário (exemplo: correção da atividade jurisdicional por meio do indulto); o controle do Poder Judiciário exercido em relação ao Legislativo e Executivo; (exemplo: controle de constitucionalidade); e o controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Judiciário (exemplo: controle de fiscalização). Sobretudo, esse balanceamento de freios e contrapesos permite o controle do poder e garante a estabilidade do Estado. Afinal, os órgãos do Estado precisam estar em harmonia, ou seja, não podem trabalhar isoladamente, mas também não podem interferir na competência dos demais. Assim, cria-se um cenário propício para que cada um exerça suas funções. Nesse sentido, discorre CAMPANHOLE (1999, p. 814):

[...] a divisão de poderes nunca se dissociou da ideia da sua interpenetração, do seu equilíbrio, da sua harmonia, não podendo ser tida como absoluta e desintegradora.

E teve sempre em vista, no consenso unânime dos que a adotaram, a **limitação do poder em benefício da liberdade individual.**

Nem seria lícito imaginar-se que o Estado, destinado a servir ao homem, e sua criação, fosse organizado e funcionasse de tal modo que o absorvesse e o oprimisse, como ocorre nos regimes absolutistas e totalitários.

[...]

A divisão da Assembleia Geral, órgão do Poder Legislativo, em duas Câmaras, como ainda hoje ocorre, já inclui nesse ramo um dos processos de **interpenetração**, exercendo a **ação frenadora através da qual se visa a alcançar o desejado equilíbrio.** [grifo nosso]

Ocorre que, diante da dinâmica das sociedades modernas, as funções do Estado aumentaram, trazendo novas formas de inter-relacionamento entre os poderes, tornando a separação mais flexível. Com efeito, alguns estados europeus adotaram uma solução prática de criar mais poderes autônomos, abandonando a tripartição. Para os estados que continuaram a adotar o modelo clássico, restou a alternativa de atribuir funções típicas e funções atípicas para cada poder, o que é um arranjo de adequação as novas exigências contemporâneas. É nesse contexto que surge o ativismo judicial, manifestando-se por meio do Judiciário que passa a exercer funções tradicionalmente pertencentes aos Poderes Executivo e Legislativo. No caso brasileiro, na Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, de forma clara, expõe que uma das características primordiais do estado democrático brasileiro é exatamente a separação dos poderes instituídos. Por isso, o constituinte originário categorizou como clausura pétrea a tripartição, conforme artigo 60, §4º, inciso III. É natural, portanto, que surjam estudos críticos a respeito desse fenômeno, pois há uma intensa discussão no meio acadêmico.

2.2. A origem do Ativismo Judicial e o caso americano

Diversas expressões correlatas são utilizadas com o intuito de descrever o fenômeno do ativismo judicial como: supremocracia; judicialização da política; juristocracia; e ditadura do judiciário. Não há, portanto, um conceito sólido e definitivo que possa ser considerado uma constante unânime na doutrina e na história, existindo, assim, uma extensa discussão a respeito da origem e definição do ativismo judicial. Nesse contexto, KMIEC (2004, p. 1443) escreve:

Ironicamente, como o termo se tornou mais comum, o seu significado tornou-se cada vez mais incerto. **Isso ocorre porque 'ativismo judicial' é definido em uma série de maneiras diferentes, até mesmo**

contraditórias; acadêmicos e juízes reconhecem este problema, entanto persistem em falar sobre o conceito sem defini-lo. Assim, o problema continua: as pessoas falam uns aos outros, usando a mesma linguagem para transmitir conceitos muito diferentes.¹ [grifo nosso]

De fato, a origem do termo não tem consenso. O ativismo judicial é um tema bastante controvertido desde de sua origem e conceituação. Porém, podemos partir, como referência, do artigo “*The Supreme Court: 1947*”, do historiador Arthur Schlesinger, publicado pela Revista *Fortune*, onde foi utilizado pela primeira vez o termo “ativismo judicial”, conforme afirma VALLE (2009, p. 21). Schlesinger entrevistou os nove juízes da Suprema Corte americana, traçando o perfil de cada um. Dessa forma, Schlesinger os dividiu entre “*activists*” e “*champions of judicial restraint*”. O primeiro grupo acreditava que a Suprema Corte deveria atuar com uma postura ativa na promoção do bem-estar social, enquanto o segundo grupo acreditava que sua atuação deveria ser moldada pela autocontenção judicial (*judicial self-restraint*). KMIEC (2004) destaca também que Schlesinger acreditava que o Tribunal não poderia escapar da política, por isso o melhor era deixá-lo usar seu poder político para fins sociais, pois a autocontenção judicial era, na melhor das hipóteses, apenas uma ilusão.

Outro importante fator que contribuiu para o desenvolvimento do ativismo judicial, nos Estados Unidos, além do surgimento do *Judicial Review*, foi a adoção do sistema *common law*. Dessa forma, elevou-se a atividade do magistrado em virtude de um sistema jurídico cujo direito é construído mais pelas decisões dos tribunais do que pelos atos legislativos em si, pois a jurisprudência é quem guia o sistema jurídico e não o puro e simples texto da lei. Pode-se, entretanto, afirmar que o inédito sistema dos Estados Unidos não foi o suficiente para garantir uma estabilidade das instituições e a aplicação dos direitos individuais, que ficaram imersos em inúmeras tensões e episódios que marcaram a história americana.

No clássico caso *Dred Scott vs. Standford*, a Corte Suprema americana, protagonizando o ativismo judicial, decidiu que os negros não poderiam ser considerados cidadãos dos Estados Unidos, razão pela qual foi negada a liberdade de Dred Scott. A maior crítica jurídica tecida ao caso foi que os magistrados não

¹KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism". *California Law Review*, v. 92, n. 5, 2004, p. 1443. Livremente traduzido do original: “Ironically, as the term has become more commonplace, its meaning has become increasingly unclear. This is so because “judicial activism” is defined in a number of disparate, even contradictory, ways; scholars and judges recognize this problem, yet persist in speaking about the concept without defining it. Thus, the problem continues unabated: people talk past one another, using the same language to convey very different concepts”.

dispunham de qualquer amparo legal, o que contribuiu para a deflagração da Guerra Civil no país. Nesse caso, observam-se algumas consequências prejudiciais que decisões político-jurídicas podem assumir. A mancha do caso demonstra que o ativismo judicial não possui uma ligação direta com a garantia de direitos.

Em prosseguimento ao rol de conceitos, P. MARSHALL (2002. p.104), ao invés de uma única definição, busca identificar os índices do ativismo judicial que são frequentemente observados, quais sejam:

- (1) **Ativismo contra-majoritário:** relutância dos tribunais em acatar as decisões dos poderes eleitos;
- (2) **Ativismo Não-Originalista:** o fracasso dos tribunais em reconhecer alguma noção de Originalismo na interpretação judicial, abandonando as concepções mais estritas do texto legal e as considerações sobre a intenção original do legislador;
- (3) **Ativismo de Precedentes:** o fracasso dos tribunais ao rejeitar os precedentes anteriormente estabelecidos;
- (4) **Ativismo Jurisdicional:** o fracasso dos tribunais em aderir aos limites jurisdicionais do seu próprio poder;
- (5) **Ativismo Criativo:** resultante da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional;
- (6) **Ativismo Remediador:** o uso do poder judicial para impor atuações positivas sobre os outros poderes governamentais ou controlá-las como parte de uma medida corretiva imposta judicialmente;
- (7) **Ativismo Partisan:** o uso do poder judicial para realizar os objetivos claramente partidárias.² [grifo nosso]

Outra classificação parte de Brandley Canon, constitucionalista norte-americano, que, didaticamente, buscou estabelecer determinados critérios em sua análise do ativismo judicial e o dividiu em seis dimensões, de forma a possibilitar a identificação da atuação da Suprema Corte, conforme descreve LEAL (2008, p. 24):

Diz ele que o chamado ativismo tem seis dimensões, sendo elas: 1) **Majoritarismo:** as regras adotadas por meio de um processo democrático são negadas pelo Poder Judiciário; 2) **Estabilidade Interpretativa:** recentes decisões judiciais, doutrinas e interpretações são alteradas; 3) **Fidelidade Interpretativa:** disposições constitucionais são interpretadas em contrariedade à intenção dos seus autores ou ao sentido da linguagem

² Marshall, William P., *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism* (September 2002). University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266. Acesso: 9 de Outubro de 2016. Livrentemente traduzido do original: "(1) *Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches*; (2) *Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers*; (3) *Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent*; (4) *Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power*; (5) *Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine*; (6) *Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy*; and (7) *Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives*"

usada; 4) **Distinção do Processo Democrático Substantivo**: as decisões judiciais se convertem mais numa regra substantiva do que na mera preservação do processo político democrático. 5) **Regra Específica: a decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais**; 6) **Disponibilidade de um Poder alternativo de criação de políticas públicas**: a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo. [grifo nosso]

Mais do que claro, os estudos aqui abordados demonstram que o ativismo judicial não é um conceito único e definido. Ao contrário, pode representar um número de ideias doutrinárias distintas que são dignas de uma investigação mais aprofundada, levantando o debate, por exemplo, sobre como se pode melhor interpretar a Constituição e qual deve ser o escopo apropriado de atuação judicial em nosso tripartite sistema de governo.

2.3. Conceituação do Ativismo Judicial

O ativismo judicial e suas variações continuam sendo objeto de reflexão no ambiente acadêmico devido à carga axiológica que possui, dando surgimento a inúmeras teorias e definições, visto suas imprecisões conceituais. Para evitar que o ativismo se encaixe no conceito “decisões com as quais não se consente”, é necessário construir um arcabouço geral e definitivo capaz de englobar as suas inúmeras variações. Como ponto de partida do presente estudo, parte-se da conceituação da obra “*Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*”, a qual possibilitará dimensionar a problemática em questão para, então, realizar as consequentes análises. Assim escreve RAMOS (2010, p.116):

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à **ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional**, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] **da descaracterização da função típica do Poder Judiciário**, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. [grifo nosso]

Assim, o ativismo refere-se a um método de ação de um juiz ao colocar suas considerações pessoais acima das exigências da lei, criando o direito ou inclinando o texto a uma interpretação sensível que alcance um resultado social, refletindo na modificação do ordenamento jurídico. Há contido nesse fenômeno a transferência de poder das instâncias políticas – Congresso e Executivo – para os juízes e tribunais. Por exemplo, o Poder Judiciário passa a participar diretamente da política na sociedade, como na implementação de políticas públicas, o que é uma

característica estranha à sua formação originária. No ativismo judicial, ocorre uma expressão da vontade do juiz, que, ao adotar uma postura proativa e realizar uma interpretação criativa das leis, cria novas normas e inova o ordenamento jurídico, determinando, por consequência, que os demais poderes, adotem tais decisões, fugindo dos limites estruturais do Estado e da adequada interpretação neutra. Em resumo, o judiciário passa a ser agente de mudança social. Nesse cenário, GOMES (2009, p.1) ainda diferencia o ativismo em duas espécies: o inovador, quando o juiz cria uma norma ou direito, e o revelador, quando o juiz também cria uma norma ou direito, porém se baseando em princípios constitucionais ou na interpretação de lacuna na lei, conforme segue:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa

O conceito trazido por ÁVILA (2011, p. 150) delimita e define o ativismo judicial como *“exercício de atuação judicial que desrespeita, visto que descaracteriza, a função de configuração democrática do Direito por meio de normas gerais e abstratas, que é função típica do Poder Legislativo”*. Nesse contexto, BARROSO (2009, p. 9) menciona que

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

Como consequência óbvia desse cenário, há a expansão da atuação dos tribunais e dos juízes em detrimento do Legislativo e do Executivo, ou seja, a transferência de tomada de decisão para fora do âmbito típico da tripartição clássica dos poderes. Nesse sentido, RAMOS (2010, p. 129) ressalta o aspecto negativo: dessa expansão

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional

para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesse) e controversias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). **Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.** [grifo nosso]

Contudo, o ativismo judicial é também analisado como um bom instrumento quando alinhado com o objetivo de efetivar as normas constitucionais:

Assim é que o ativismo judicial deve ser encarado como um bom instrumento para se alcançar a efetividade das normas constitucionais, mormente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. (...) Ademais, pautar-se pela concretização da Constituição significa a busca pela efetividade dos direitos e garantias fundamentais, significa a perpetração de esforços para que sejam alcançados os objetivos fundamentais da República e atuações do Poder Judiciário para que esses objetivos sejam cumpridos, notadamente quando Executivo e Legislativo falharem, não podem jamais serem consideradas ilegítimas. (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 213):

Conforme já exposto, os conceitos de ativismo e outros termos correlatos são bastante imprecisos e se confundem, não sendo tarefa nada fácil encontrar suas definições teóricas, Ademais, este fenômeno não é exclusividade do Poder Judiciário brasileiro ou americano, pois é configurado também em outros países, conforme explicita BARROSO (2009, p.1-2):

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.

Por isso, variando de acordo com cada ordenamento e suas particularidades, o ativismo judicial não é um fenômeno uniforme. No caso brasileiro, é natural ressaltar que o advento da Constituição de 1988 trouxe à tona novidades e revigorou outros procedimentos ligados à expansão do judiciário, tais como a criação do mandado de injunção e das ações de inconstitucionalidade, o aumento das funções do Ministério Público, o controle das eleições pelo Poder Judiciário, entre outros aspectos.

Nesse cenário, os temas polêmicos e controversos são decididos pelas Cortes e não pelos eleitos democraticamente para tal, o que transforma o próprio Poder Judiciário em um autêntico “poder político”, exercendo, inclusive, uma função legislativa *stricto sensu*, preenchendo espaços normativos do ordenamento jurídico infraconstitucional de modo a permitir a plena eficácia dos direitos fundamentais (PEDRA, 2012).

Um dos fatores que contribuem para esse cenário é, sem dúvida, a falta de confiança da sociedade nos políticos, que constantemente aparecem em casos de corrupção, além do fracasso do Congresso e do Executivo em responder com eficácia e rapidez as demandas sociais, fazendo com que o cidadão tenha o juiz como uma figura que pode concretizar, por meio de uma decisão judicial, os seus anseios, o que, naturalmente, diminui a autoridade dos demais poderes.

Dessa forma, os tribunais, principalmente a corte máxima do país, tutelam todas as áreas, desde as políticas públicas até os atos meramente administrativos, confundindo a autonomia dos poderes políticos. Gradativamente, substitui-se a legitimidade do sistema político pelas decisões judiciais. Ocorrendo também, dentro de um aspecto sociológico, uma crescente invasão do Poder Judiciário em outras esferas, como a do setor privado, judicializando todas as relações sociais, emergindo, assim, como uma alternativa de resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania (VIANNA et al., 1999).

De fato, não deve o juiz se limitar ao texto frio de uma lei, pois deve ter como guia os valores, a razão, o contexto social e histórico, entre outros fatores. Porém, ao mesmo tempo, deve-se alertar da necessidade de fortificar as instituições e criar um limite às atuações dos juízes e tribunais, pois quando estes atuam como verdadeiros legisladores, a democracia representativa fragiliza.

2.3.1 Ativismo Judicial e Judicialização da Política

Há, por parte da doutrina, uma diferenciação entre o emprego dos termos “judicialização” e “ativismo judicial”. No caso, a postura ativista está associada a decisões extremamente criativas (RAMOS, 2010) por parte do judiciário em detrimento dos demais poderes. Já a postura judicializante decorre do próprio arranjo institucional brasileiro, não se tratando de uma opção por parte do Judiciário,

pois é provocado pela via processual apropriada. Desse modo, a judicialização da política é uma atitude deliberada dos demais poderes em levar ao judiciário questões não resolvidas consensualmente nos parlamentos e gabinetes. (GIOTTI DE PAULA, 2013). Com efeito, BARROSO (2009, p. 21) assim se refere:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vem, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance.

Enquanto no ativismo o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado, na judicialização é consequência das relações institucionais entre os poderes do Estado, como o deslocamento do polo de atribuições por via processual. Nesse conjunto, escreve NUNES JUNIOR (2016, p.3):

No contexto da judicialização da política, surge um conceito igualmente importante para a compreensão do protagonismo institucional do Judiciário: **o de ativismo judicial, que expressa um modo criativo e expansivo de interpretar o direito, pela potencialização do sentido e do alcance de suas normas, para ir além da simples interpretação, com invasão da esfera de competência de outros poderes, até mesmo com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor, o que resulta em contornar o processo político majoritário.** [grifo nosso]

Por outro lado, GOMES (2009, p.1) afirma que

[...] judicialização não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o 'ativismo judicial' (que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz cria uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição.

Conforme observa, são termos relativos. Os dois fenômenos não são sinônimos, embora sejam termos correlatos e possuam uma estreita ligação entre si. Entretanto, tal avaliação não possibilita firmar uma conceituação objetiva, pois, em certas concepções doutrinárias, o termo ativismo judicial engloba a judicialização. Portanto, o que se pode concluir é que ambas denominações se referem ao mesmo

fenômeno: quando o Judiciário age além da sua competência. Afinal, o ativismo, assim como a beleza, está nos olhos do possuidor. (LINDQUIST; CROSS, 2009).

2.3.2 Ativismo Judicial e *Self-restraint*

Definir o ativismo judicial é algo notoriamente controverso. Primeiramente, era tido como a antítese da restrição judicial, que, também, é outro termo de difícil determinação. Adentrou-se um ciclo vicioso, pois, quando os progressistas estão ascendentes nos Tribunais, os conservadores louvam a restrição e denunciam o ativismo. Em ordem contrária, quando são os conservadores que estão em ascensão na Corte, os progressistas elogiam a restrição e denunciam o ativismo.

A expressão judicial *self-restraint* foi preconizada pelo *Chief-Justice* Stone, no caso *United States vs. Butler*, em 1936. Posteriormente, o termo foi consolidado pelo historiador Arthur Schlesinger. Segundo CANOTILHO (2000, p. 1224), o *self-restraint* consiste no fato de que "os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas",

Até mesmo o célebre John Marshall, que instaurou o *Judicial Review*, anos depois, adotou uma postura de *self-restraint*, conforme afirma GUEDES (2012, p.1):

[...]John Marshall, para muitos, aquele que inaugurou, em *Marbury vs. Madison*, o ativismo judicial norte-americano, ao firmar a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, como se sabe, não previsto expressamente no texto constitucional de seu país, expressava, já em 1824, em *Osborn v. Bank of the United States*, o seu mais intenso repúdio às consequências do ativismo judicial. Asseverou textualmente que 'os tribunais são meros instrumentos da lei' e, na sua atividade, não podem ter vontade própria: 'O Poder Judiciário nunca pode ser exercido com o propósito de dar efetividade à vontade do magistrado; (mas) sempre com a finalidade de realizar a vontade da legislatura, ou, em outras palavras, a vontade da lei'.

A autocontenção judicial pode se demonstrar na conduta pela qual o Judiciário busca diminuir a sua interferência nos atos dos demais poderes. Os métodos de ação se manifestam nos seguintes casos: os juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2008)

Dessa forma, dentro da perspectiva da autoconexão judicial, o juiz adota uma postura cautelosa e não coloca o seu próprio ponto de vista político em suas decisões, pois deve-se limitar o poder do sistema judicial em relação aos outros ramos do governo. O julgador precisa seguir o direito disposto pelo legislador, garantindo, assim, a segurança jurídica, não submetida a sua própria arbitrariedade, pois isso tornaria a aplicação da lei muito imprevisível e incerta. O juiz deve permanecer impessoal, confinando a suas opções pessoais para o legítimo exercício do poder decisório. Nesse contexto, SCALIA (apud GUEDES, 2012, p.1) disserta a respeito do ofício magistrados:

[...] se você pretende ser um juiz bom e confiável, você tem de resignar-se com o fato de que você nem sempre irá gostar das conclusões que você encontrará (na lei). Se você gostar o tempo todo (de suas conclusões), você provavelmente está fazendo algo errado.

Ocorre que, controversamente, o ativismo e a contenção podem implicar, na prática, o oposto da sua proposta inicial. Por exemplo, um jurista guiado pela contenção deve ativamente derrubar as legislaturas propostas pelo Parlamento que ultrapassem os limites dessas disposições. Enquanto isso, um jurista ativista pode aceitar passivamente uma ação legislativa expansiva, que considere de acordo com os valores constitucionais, mesmo sem autorização.

O *self-restraint* faz com que Poder Judiciário aja dentro das suas limitações e não decida judicialmente questões estritamente políticas ou econômicas que, naturalmente, pertençam ao âmbito de outro poder, visto que eles não foram legitimamente eleitos pelo voto, não possuindo legitimidade democrática para tal, sendo esta, inclusive, uma das principais críticas feitas ao ativismo judicial.

2.3.3 Procedimentalistas x Substancialistas

Mais duas correntes se destacam ao abordar a caracterização da intervenção judicial ativista: o procedimentalismo e o substancialismo.

A concepção substancialista entende que o ativismo judicial é necessário para que se consiga garantir a efetividade dos direitos fundamentais, compelindo os demais poderes a agir em consonância com as decisões, considerando os seus aspectos da força normativa constitucional. Para os o substancialismo, a atuação ativista fortalece a democracia, pois a via jurisdicional pode ser uma via de tutela das

minorias que não tem acesso na democracia formal-representativa. Sobre essa postura, afirma STRECK (2007, p. 44-45):

[...] o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial. (...) Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra majorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.

O procedimentalismo, ao contrário, entende que o Poder Judiciário deve atuar apenas no âmbito da fiscalização da regularidade do procedimento, sem adentrar nos aspectos materiais da Constituição, pois os valores substantivos possuem apenas uma importância secundária, não sendo capaz de dirigir o processo em si. Dessa forma, o juiz não pode ultrapassar o que diz o texto constitucional ainda que a pretexto de garantir sua integridade. Para os procedimentalistas, a prática do ativismo judicial pode ser lesiva à democracia, dificultando que o cidadão exerça seu direito fundamental de participação, pois essa construção deve ser realizada no parlamento. A concentração de decisões por uma corte em detrimento do parlamento, cuja composição é ampla e diversificada, não é favorável à dinâmica político-social. Dessa forma, afirma HABERMAS (1997, p. 315) que *“ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”*.

3 ATIVISMO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A Constituição Federal de 1988 ganhou o título de Carta Cidadã por ter consagrado diversas garantias ao indivíduo. Para proteger tais direitos, o Poder Judiciário teve sua atuação ampliada, o que é creditado, por muitos doutrinadores, ao neoconstitucionalismo presente na elaboração da CF/88. A corrente neoconstitucionalista é apontada como antítese do positivismo, pois seria a solução para os casos nos quais a simples regra abstrata da subsunção da norma ao caso concreto não demonstra eficácia em abarcar toda a problemática envolvendo princípios e direitos, dando surgimento, assim a uma nova dogmática da

interpretação constitucional. Nesse contexto, MACEDO FILHO (2009, p. 49-50) conclui:

Na trilha do que ocorrera em outros países, em que as constituições consagraram os princípios deônticos, a **Carta de 1988 levou o Judiciário a fortalecer os princípios cada vez mais na sua força jurídica, quando os aplica aos litígios que lhe são submetidos. Notadamente houve, a partir de então, um enorme fortalecimento do Judiciário, que passou a ter ativo papel de protagonista nas questões políticas, na medida em que, chamado a concretizar os princípios constitucionais, cada vez mais se vê diante de situações em que tem que se pronunciar sobre questões administrativas.** A partir dessa nova concepção, ganhou destaque na doutrina o reconhecimento do Judiciário como um poder político, atenuando-se o velho dogma de que apenas os poderes diretamente eleitos pelo povo são compatíveis com a democracia. [grifo nosso]

Abordando a hipertrofia do Poder Judiciário, leciona ANJOS (2010, p. 147):

A idéia de ativismo judicial tem sido associada às novas propostas constitucionalistas, uma vez que estas podem prever uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, que muitas vezes resulta em uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. **O neoconstitucionalismo, cujos textos são expressivos de valores, como a igualdade, a liberdade, a dignidade humana, dentre outro, permitiu uma maior ‘criatividade’ jurisdicional a partir das chamadas normas de princípios.** [grifo nosso]

Portanto, desde a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal vem ganhando destaque no cenário sociopolítico brasileiro. Os olhares da sociedade e dos meios de comunicação se voltam aos ministros do STF, que, por sua vez, se veem no âmago de decisões de alta relevância política e social, o que demonstra um crescimento institucional da Suprema Corte, que passa a exercer um protagonismo, ao lado dos Poder Executivo e do Poder Legislativo, na construção de políticas públicas e consequente participação no processo institucional do Estado. Além da ampliação da participação do Poder Judiciário, o Ministério Público passou também a agir com maior intensidade no intuito de representar os interesses da sociedade.

Uma das características marcantes neste cenário é o Controle de Constitucionalidade, que foi previsto na Constituição Federal de 1988 como parte do sistema brasileiro de revisão judicial. Este instrumento guarda características inerentes a dois modelos distintos, o norte-americano (difuso) e o europeu (concentrado). Dessa forma, este modelo híbrido é característica particular do sistema brasileiro, que recebe o designativo de “sistema misto”, termo amplamente utilizado pela doutrina brasileira.

Assim, o controle de constitucionalidade, ou seja, a averiguação da conformidade de uma norma frente à Constituição, não é exclusivo do Poder Judiciário, pois pode ser realizada, repressiva ou preventivamente, pelos demais poderes. Como exemplo, isso se traduz quando o Poder Legislativo rejeita um projeto de lei que entenda inconstitucional ou quando acrisola o ordenamento ao retirar alguma norma que ofenda a Constituição. Em relação ao Poder executivo, o controle se verifica, preventivamente, pelo veto presidencial ou, repressivamente, pela determinação de não cumprimento de alguma norma por parte da Administração Pública. DIMOULIS (2012, p. 221), nesse sentido, demonstra a relação do ativismo judicial com a Constituição de 1988.

[...] afirma-se que a principal característica da experiência jurídica brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o fortalecimento do Poder Judiciário, segundo uma tendência que se manifesta em vários países, mas adquiriu particular intensidade no Brasil. O Judiciário concretiza a Constituição, aplicando-a diretamente em casos concretos, de acordo com aquilo que os Tribunais consideram como conteúdo dos princípios constitucionais. Isso criou o referido protagonismo do Poder Judiciário, simbolizado pela recente mediação do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação cotidiana tornou-se notícia central, sendo frequentes reportagens e entrevistas sobre os posicionamentos políticos e até mesmo sobre a vida privada de seus integrantes.

Essa mudança no equilíbrio entre poderes estatais tornou a atividade desenvolvida pelo Judiciário mais próxima da atuação do legislador positivo. O Judiciário muitas vezes supre lacunas deixadas pelo legislador ou até decide contrariamente ao estabelecido nos textos legais, suprimindo também omissões do Legislativo. Temos uma situação, rotulada de ativismo judicial, que recebe os aplausos de grande parte da doutrina nacional, sendo minoritárias as críticas.

VIEIRA (2008, p. 447), expõe alguma das preocupações relacionadas ao ativismo judicial, como o alto número de processos presentes na Corte Suprema:

A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. Os dados são eloquentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos. Este crescimento é resultado imediato da ampliação de temas entrancheados na Constituição, mas também de um defeito congênito do sistema recursal brasileiro, que até a Emenda 45 encontrava-se destituído de mecanismo que conferisse discricionariedade ao Tribunal para escolher os casos que quisesse julgar, bem como de mecanismo eficiente pelo qual pudesse impor suas decisões às demais esferas do judiciário.

Com esse novo arranjo, a Constituição de 1988, além de conferir ao Supremo Tribunal Federal novas atribuições, também amplia suas responsabilidades,

como a competência para julgar: ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; arguição de descumprimento de preceito fundamental; reclamação; mandado de injunção; habeas corpus; mandado de segurança; e o habeas data. É neste contexto, portanto, que surgem as manifestações do ativismo judicial.

3.1 Supremo Tribunal Federal

No Brasil, a interpretação dada às normas constitucionais é de fundamental importância na própria construção da ordem jurídica. Inclusive, pode-se diferenciar, dentro do direito brasileiro, a norma do enunciado normativo, sendo este primeiro o resultado da interpretação do segundo, ou seja, interpretam-se textos jurídicos para que deles se extraia o comando normativo. (DIDIER JR., 2016). O Supremo Tribunal Federal é o principal interprete da Constituição, daí a necessidade de analisar o seu papel democrático e as suas competências institucionais, principalmente dentro de um contexto de ativismo judicial.

Conforme já abordado, o ativismo judicial é tema recorrente em outros países, porém, no Brasil, passou a ser analisado nesta última década, gerando, portanto, inúmeros estudos, livros e teorias. Porém, o Brasil representa um caso bastante distinto, de acordo com as palavras de VERÍSSIMO (2008, p.1):

O fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria, por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o caso brasileiro anômalo é o fato de essa corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente, uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo 'à brasileira'.

O sistema normativo define o poder de decisão e o campo de atuação do Poder Judiciário. Essas linhas que limitam ou ampliam as ações do Poder Judiciário variam, naturalmente, de acordo com o sistema normativo de cada país. Por essa razão, o que é considerado ativismo judicial no Brasil não necessariamente implicará a mesma identificação em outros países, pois isto dependerá das competências estabelecidas por cada ordenamento.

No contexto das nuvens de mudanças no direito brasileiro, LEWANDOWSKI (2009, p. 78), Ministro do Supremo Tribunal Federal, escreve

contra a ideia da existência de um “ativismo” em prol da teoria da existência apenas de um protagonismo do Poder Judiciário:

Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. Por isso, ao invés de ‘ativismo judicial’ ou ‘ativismo do Supremo Tribunal Federal’, prefiro utilizar a expressão ‘protagonismo’ do Supremo Tribunal Federal e/ou, também, em conjunto, ‘protagonismo do Poder Judiciário’, como um todo, neste limiar do século XXI. Por quê? Porque nós estamos entrando na era do direito.

Como vimos anteriormente, a definição de ativismo judicial não é uniforme. Pode-se dizer, entretanto, que, independente da conceituação que se adote, é possível identificar, em maior ou menor grau, o ativismo presente na atuação do Supremo Tribunal Federal. Porém, naturalmente, é preciso estabelecer critérios objetivos para analisar quando o ativismo judicial se fez presente no cenário brasileiro. Por isso, a doutrina busca estabelecer propostas metodológicas como forma de identificar as diferentes dimensões de ativismo judicial nas decisões

O juiz deve julgar casos com neutralidade e objetividade, exercendo o papel de aplicador do direito, com base na lei e em suas demais fontes. Porém, nem sempre o juiz se encontra em uma situação tão confortável diante de uma decisão, afinal não são todos os casos que possuem uma linguagem jurídica clara e objetiva, deparando-se com a existência de normas hierarquicamente iguais, ou de leis com conceitos indefinidos e imprecisos, entre outros fatores. Tais situações obrigam o juiz a escolher um caminho entre vários, ou seja, passam a necessitar da aplicação da sua vontade na busca de uma solução.

Naturalmente, questionamentos emergem a respeito da fixação de limites para tal atividade, pois o tema ainda é polêmico e não pode ser solucionado de forma simples. As práticas ativistas do Supremo Tribunal Federal perpassam pela expansão de suas competências originárias, daí a necessidade de desenvolvimento de mecanismos que possibilitem a atuação da Corte sem que haja o sufocamento dos demais poderes e o conseqüente surgimento de uma supremacia judicial, caracterizada pela absoluta e irrestrita primazia das decisões judiciais.

Outra preocupação relevante é a ideia da falta de legitimidade dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, para criar leis ou declarar inconstitucional uma lei elaborada e aprovada pelo Congresso Nacional, que, teoricamente, é quem é expressamente legitimado pelo povo. Obviamente, trata-se de uma ideia popular, não científica, mas que não se pode negar a influência. O efeito contrário também é observado, pois quando o Congresso Nacional ou o

Executivo, por exemplo, perdem a confiança popular em razão dos casos de corrupção ou se caracterizem como inertes, o Judiciário passa a ser visto como uma resguarda para os anseios populares, passando, inclusive, a sofrer pressões externas para atender pautas que, naquele momento, se demonstrem em destaque. Tal cenário é como um pêndulo, o que evidencia que não se pode negar a influência do mundo político nas decisões do Judiciário. Sobre a relação entre os tribunais e povo, VIANNA (2003, p. 10-11) leciona:

Como reação aos efeitos de estreitamento da esfera pública por onde deveria transitar a formação da soberania popular, de um lado, e da primazia do Executivo concedida à esfera sistêmica da economia, de outro, tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas a organizações sociais, quando não de simples cidadãos, no sentido de recorrerem ao Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo, quanto do Legislativo.

Nesse contexto, o Supremo ganha destaque, passando, inclusive, a estar presente nas primeiras páginas dos jornais. Nesse contexto, aduz BALEIRO (1968, p. 103):

Cúpula de todos eles, o Supremo carrega por precípua missão a de fazer prevalecer a filosofia política da Constituição Federal sobre todos os desvios em que o Congresso e o presidente da República, Estados, Municípios e particulares se tresmalhem, quer por leis sancionadas ou promulgadas, quer pela execução delas ou pelos atos naquela área indefinida do discricionarismo facultado, dentro de certos limites, quer quanto ao legislador quer quanto ao executor, nunca foi, não é, nem será nunca uma linha firme, clara e inconfundível. Há uma terra de ninguém nessa faixa fronteira.

Teoricamente, essas linhas jazem na Constituição. Mas como lei e obra de expressão do pensamento, ela padece de lacunas, antinomias e obscuridades, como ou de qualquer outro país em qualquer época. E a ação do tempo, envelhecendo dispositivos ou desafiando o alcance de outros, senão o próprio silêncio do texto, engendra os problemas que o Supremo Tribunal Federal há de enfrentar pelo futuro afora, às vezes como freio dos avanços temerários, outras vezes como acelerador das aspirações agudas e das reformas latentes.

Ou os países realizam isso pela flexibilidade da interpretação constitucional provocada pela audácia do legislador, ou as revoluções rompem violenta e tumultuariamente as comportas dos dispositivos estagnados pela interpretação rígida e conservadora. Mas o mesmo perigo resultará das inovações prematuras e inoportunas, assim sejam por simples imitações peregrinas, assim sejam pelo ativismo de líderes irrequietos e demagógicos. Os freios, aceleradores e amortecedores constitucionais estão entregues à prudência serena do Supremo Tribunal Federal, que, inevitavelmente, há de refletir os julgamentos de valor e as opções formadoras da educação e do espírito de seus membros. Eles se esforçarão quanto puderem para se manterem fiéis à filosofia política da Constituição com todos os princípios que ela adota e aos quais se refere no art. 150, § 35. Mas nem sempre as opiniões coincidirão acerca do conteúdo, extensão e implicações desses princípios e daquela concepção de vida.

No Brasil, em uma crescente onda de ativismo judicial, o STF passar a

gerar novos direitos a partir das normas que emergem das suas sentenças, partindo dos princípios norteadores que se encontram implícitos ou expressos no texto constitucional. Nesse contexto, o aborto de anencéfalos, o funcionamento dos partidos políticos, a criação de municípios, a demarcação de terras indígenas, entre outros, são alguns dos casos relevantes de ilustram o crescimento do ativismo judicial praticados pela Suprema Corte, que vai ganhando um papel ímpar na sociedade brasileira, conforme afirma BARROSO (2012, p. 7):

(i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). [...] Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS).

3.2.1 Aborto De Anencefalos – ADPF 54

Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, na qual os ministros da Suprema Corte permitiram a prática do aborto eugênico, no caso do nascituro ser portador de anencefalia, o que, na prática, criou uma terceira hipótese de impunidade não prevista no Código Penal, sob justificativa da omissão do Poder Legislativo. Porém, prevê o parágrafo 2º do art. 103 da Constituição Federal que:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Entretanto, diante da alegada omissão do Legislativo, o Supremo optou por legislar positivamente. Entretanto, deveria comunicar ao Congresso Nacional a declaração da inconstitucionalidade da omissão. No presente caso, o aborto não conseguiu, em inúmeros projetos e tentativas, passar pelo parlamento, após várias discussões no âmbito das comissões parlamentares e das audiências públicas.

Com efeito, o presente caso tem uma presença intensa de ativismo

judicial, pois o próprio relator da ADPF 54, Ministro Marco Aurélio de Melo, revelou, com antecedência, o seu voto, além de revelar a sua intenção de criar um precedente para que, posteriormente, o aborto fosse completamente liberado, o que se daria por meio da via judicial. Dessa forma, o ministro aparenta ter usado de sua posição para implementar seus ideais, o que demonstra não só o ativismo judicial, mas também um forte teor de militância política.

[...]o debate atual [sobre o tema do aborto em casos de anencefalia] é um passo importante para que nós, os ministros do supremo, selecionemos elementos que, no futuro, possam respaldar o julgamento do aborto de forma mais ampla.

O tema anencefalia é um gancho para discutir situações mais abrangentes. Em minha opinião, os casos de interrupção de gestação de anencéfalo e os de aborto de forma mais abrangente, quando a gravidez não é desejada, possuem um ponto importante em comum: o direito de a mulher decidir sobre a própria vida.

É preciso esclarecer que a vida pressupõe o parto. O código civil prevê o direito do nascituro, ou seja, daquele que nasceu respirando por esforço próprio. Enquanto o feto está ligado ao cordão umbilical, a responsabilidade é da mulher que o carrega.

Meu tempo na corte dura mais oito anos, quando completarei 70 anos. E tenho certeza de que ainda estarei aqui quando essas discussões acontecerem". (MELLO, 2008, p.1) [grifos nossos]

Os principais argumentos apresentados pelos ministros Ricardo Lewandowsky e Cezar Peluso, votos vencidos, baseavam-se no fato do STF não possuir autoridade para se revestir de funções legislativas e abrir novas exceções às proibições legais, sendo isto atribuição privativa do Congresso Nacional. O ministro Cezar Peluso manifestou-se pela total improcedência da ADPF 54, afirmando que:

Daí, mui diversamente do que se aduz na inicial, o aborto provocado de feto anencefálico é conduta vedada, e vedada de modo frontal, pela ordem jurídica[...] Não se pode tampouco, em segundo lugar, pedir a esta Corte que, atuando indevidamente como legislador positivo, tenha a ousadia de criar hipótese de exclusão de punibilidade do aborto, ou de desnaturar-lhe a tipicidade, quando carece de legitimidade e competência constitucionais para tanto.

O Ministro Ricardo Lewandowski argumentou que as hipóteses de excludente de ilicitude do art. 128 do Código Penal são taxativas. Além disso, suscita que o Legislativo é o responsável por efetuar a ampliação do referido rol de excludentes. Nas palavras do Ministro:

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. **Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto**, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas

quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.

[...] Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. **Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.** (BRASIL, 2012) [grifos nossos]

Nessa postura, o STF inova e cria um direito que não tem previsão expressa no texto constitucional. BARROSO (2010, p.9) compartilha da visão que o STF atua para além do seu campo hermenêutico:

[...] no Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária

Com esta decisão, o STF abriu o precedente para a interrupção da gravidez de portadores de outras doenças, modificando o Código Penal. Tal cenário representa a atuação do STF por meio do ativismo judicial.

3.2.2 Greve dos servidores públicos – Mandado De Injunção (MI 670/ES, MI 708/DF e MI 712/PA)

O Tribunal julgou três mandados de injunção (MI 670/ES, MI 708/DF e MI 712/PA) interpostos por sindicatos na busca da garantia do direito de greve aos servidores ante a ausência de norma específica regulamentadora, conforme previsto no artigo 37, VII da Constituição Federal: *"O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica"*

O mandado de injunção, novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, prevista no art. 5º, LXXXI, é um remédio constitucional diante da ausência de norma regulamentadora que impossibilite o exercício de direitos e liberdades constitucionais, ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Nas palavras de MORAES (2006, p. 153):

O mandado de injunção consiste em 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.

O mandado de injunção foi concebido para ter efeitos declaratórios, ou seja, após o julgamento, a casa legislativa omissa seria notificada, registrando a ausência de lei. Porém, tal cenário foi modificado, pois efeitos concretos passaram a ser aplicados aos *writs* de injunção, garantindo a sua produção de resultados e não mera notificação.

Ademais, no julgamento dos mandados de injunção n.º 670, 708 e 712, ocorreu uma mudança da jurisprudência do Pretório Excelso, que, anteriormente, entedia que, enquanto não editada lei específica, o exercício do direito de greve por servidores públicos civis seria inadmissível. No caso em questão, a Corte decidiu pela aplicação, no que couber, das Leis nº 7.701/88 e 7.783/89, que dispõem sobre o exercício de greve no setor privado, conforme trecho da ementa do julgamento do MI 708/DF:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. **EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) [...]**

Dessa maneira, observa-se a aplicação do ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal, ao buscar conferir efetividade ao texto constitucional, superando a doutrina autorrestritiva, diante da ausência de norma reguladora do direito de greve no serviço público, legislou positivamente, produzindo uma sentença com força normativa, substituindo o legislador competente. Nesse sentido, NUNES JÚNIOR (2007, p. 5-6) aduz:

(...) o Supremo Tribunal Federal (STF), ao mudar seu posicionamento no Mandado de Injunção nº 721/DF (rel: Min. Marco Aurélio), com a adoção da chamada corrente concretista, segundo a qual a decisão judicial não apenas deve cientificar o poder competente da falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas também viabilizar, no caso concreto, o exercício desses direitos, afastando as conseqüências da inércia do legislador, passou a exercer, também,

verdadeira função legiferante. Essa virada da jurisprudência do STF deixou assente a natureza mandamental e não meramente declaratória do mandado de injunção, conferindo-lhe o poder de legislar não *in genere*, mas tão-somente no caso concreto, até que o legislador ordinário supra a ausência da norma regulamentadora. **A partir daí, o STF vem legislando positivamente, ao determinar, por exemplo, no Mandado de Injunção nº 708/DF (rel: Min. Gilmar Mendes), a aplicação da Lei nº 7.783/89, no que couber, à greve dos servidores públicos civis, em face da omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o exercício do direito previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988.** [grifo nosso]

Em suma, sob a justificativa de mora do Poder Legislativo e de cerceamento ao direito de greve do servidor público, o STF adotou uma postura substancialista e ativista com o fito de suprir a omissão legislativa e assegurar a eficácia do direito vinculado.

3.2.3 Demarcação de terras indígenas (Raposa/Serra do Sol)

O conflito a respeito da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol se estendeu por mais de vinte anos. Trata-se de uma área de terra indígena situada no nordeste do estado brasileiro de Roraima sob a posse permanente de grupos indígenas, como os Ingaricós e Patamonas. O referido julgamento, em 2009, ocasionou um forte impacto sobre a economia local e sobre a atividade agrícola que se localizava na área demarcada, pois todos os produtores rurais foram obrigados a se retirar. Anteriormente, haviam ali se estabelecidos produtores de arroz, cuja produção era de 160.000 toneladas de grãos por ano, em uma área de aproximadamente 100 mil hectares, às margens do Rio Surumu (ALBANO, 2014). Além disso, a demarcação era criticada em virtude da reserva indígena estar em região fronteira com a Venezuela, o que restringiria a soberania nacional, impossibilitando o acesso de militares na região, entre outras projeções negativas.

No julgamento do STF, na Petição 3388/RR, confirmou-se a homologação da demarcação contínua, determinando-se, portanto, a retirada dos não indígenas da região, como os produtores rurais. O STF buscou que este julgamento fosse utilizado como parâmetro para orientar os demais casos envolvendo demarcação de terras indígenas, conforme explicita o Ministro Gilmar Mendes em seu voto: *“nós não estamos apenas decidindo este caso. Nós estamos, pela primeira vez, fixando uma orientação para a questão da demarcação com todas as suas implicações. É importante que se diga isso”*. Assim também afirmou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

A partir da apreciação deste caso pode perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance.

Apesar da intenção de fixar uma orientação para futuros conflitos demarcatórios, foi apreciado um Embargos de Declaração contra o acórdão que julgou a PET 3.388/RR, no qual o Ministro Luis Roberto Barroso ponderou a ausência de efeito *erga omnes* na decisão, possuindo apenas uma força moral e persuasiva para os demais casos. Assim restou julgado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. **A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.** [grifo nosso]

Dessa forma, a Petição foi julgada parcialmente procedente, de forma que ficou estabelecida a constitucionalidade da demarcação contínua das terras indígenas na área da Raposa Serra do Sol. O ativismo judicial na presente decisão invade a esfera executiva, pois foi determinada a fiscalização da retirada dos

arrozeiros sob a supervisão de observadores enviados pelo próprio Supremo, que agiu como verdadeiro agente político ao formular e implementar políticas públicas. Foram impostas à Administração dezenove condições a serem observadas, ou seja, a Corte criou normas para regular uma situação não prevista em lei, caracterizando o ativismo judicial. Nesse contexto, seguem as palavras de GOMES (2009, p.1):

E no caso da demarcação indígena (Raposa Serra do Sol), qual foi o ativismo judicial (naquelas 19 medidas)? Diríamos: bastante revelador mas já se incursionando no inovador. Qual é o problema de todo ativismo judicial? Está no risco de o Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática, que é indireta. Em que sentido? As decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem (nas decisões judiciais) aquilo que foi aprovado pelo legislador. Sempre que o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito (que, certamente, ninguém no século XXI está muito disposto a aceitar [grifo nosso])

Conforme observado, uma única sentença pode ter dimensões e consequências profundas que se estendem jurídica, política e socialmente.

3.2.4 Vedação do nepotismo nos três poderes (Súmula Vinculante nº 13)

Trata-se do caso concernente a restrição da nomeação de parentes para os cargos em comissão ou de confiança, ou de função gratificada. Na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12, o STF validou a resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça que proibia o nepotismo no Poder Judiciário. Posteriormente, no julgamento do RE 579.951/RN, a proibição foi estendida ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Por fim, foi editada a seguinte súmula vinculante:

Súmula Vinculante 13

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

É marcante a prática do ativismo judicial na referida súmula, pois está presente uma postura proativa do Supremo que, em nome dos princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência., agiu diante da

omissão dos demais poderes, não tenho aguardado a elaboração de leis ordinárias sobre o assunto. A força dos princípios é explicitada por CANOTILHO(1992, p. 352): “É que os princípios constitucionais, longe de configurarem mera recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superior às demais e “positivamente vinculantes”. Assim, também discorre BANDEIRA DE MELLO (2000, p. 747-748):

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão de princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se a toda estrutura forçada.

A decisão ativista no caso demonstra o exercício do poder discricionário que tem como finalidade a própria Constituição Federal. Em outras palavras, é o exercício do ativismo que se revela na efetivação dos princípios constitucionais, pois busca interpretar e, conseqüentemente, alcançar o cumprimento de seu real significado, vinculando também os demais Poderes.

3.2.5 Fidelidade partidária

Anteriormente, a jurisprudência do STF era pacífica, entendendo pela inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária. Porém, após uma decisão do TSE em resposta a uma consulta partidária, o Supremo mudou seu entendimento, afirmando ser do TSE a competência para disciplinar a perda do mandato até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria. Segue trecho do voto do relator César Asfor Rocha na Consulta 1.398/DF:

Ao meu sentir, o mandato parlamentar pertence, realmente, ao partido político, pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (art.17, III, da CF).

Dessa forma, foi editada a Resolução nº 22.610, cujo texto foi julgado constitucional. Em suma, o TSE reconheceu o direito dos partidos e coligações

conservarem as vagas alcançadas pelo sistema eleitoral proporcional, quando, sem justificativa, o candidato eleito cancele sua filiação ou se transfira para outra legenda. Assim, tais atos passaram a serem vistos como ato possível de perda de mandato.

Assim, resta evidente o ativismo judicial do TSE e do STF que, diante da inércia do Poder Legislativo, aplicaram uma reforma política e eleitoral, frente a questão da fidelidade partidária, sob justificativa de resguardar princípios constitucionais. Em suma, O TSE criou, sob chancela do STF, uma hipótese de perda de mandato eletivo não prevista no ordenamento jurídico, criando norma de direito material e também norma de direito processual.

4 - AS FACES DO ATIVISMO JUDICIAL

A exposição nos capítulos anteriores demonstra a complexidade do ativismo judicial. Dentro desse amplo debate, resta claro que a análise do fenômeno não é unânime. Para muitos, o ativismo judicial é visto como algo positivo - ou, no mínimo, tolerado - em virtude da necessidade concreta de efetivar os direitos sociais e, diante dos demais poderes, agir contrário à inércia e às ações que contestem o propósito valorativo da Lei Maior. Para outros, o ativismo judicial é um instrumento de poder capaz de instituir decisões ilegítimas e não democráticas.

4.1 Ativismo judicial como instrumento social

O surgimento do Estado Democrático de Direito deu força normativa à Constituição e caráter vinculante aos seus elementos e princípios. Daí, nasce a postura ativa do poder judiciário, cuja prática interfere diretamente nas opções políticas do Estado. Nesse contexto, advoga-se pela “interpretação construtiva da lei” capaz de criar um direito e aplicá-lo quando a esfera legislativa não foi capaz de contemplá-lo.

Dessa forma, os movimentos sociais encontraram no Poder Judiciário uma nova forma de reivindicar suas lutas e exigir seus “direitos”, acreditando que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção social. Nesse contexto, o juiz ativista passa a ser ter uma missão progressista e reformadora capaz de suprir a omissão e fragilidade dos demais atores institucionais. Segundo BARBOSA (2011, p. 151), os juízes, ao adotarem essa postura, apenas cumprem o

seu múnus, conforme expõe:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, **entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juizes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.** [grifo nosso]

Assim, diversos juizes buscam ampliar os mecanismos de reivindicações para garantir o que está explícita ou implicitamente contido na Constituição, gerando um protagonismo do juiz que passa a julgar subjetivamente os fatos com o fito de alcançar um objetivo social. Como afirma ADEODATO (2004, p.179), a respeito do advento da Constituição Federal de 1988, *“os acontecimentos posteriores os fizeram agarrar-se à Constituição, que se tornou uma espécie de âncora das novas esperanças bem-intencionadas”*. Assim também VIANNA (2008, p. 5) completa sobre a utilização positiva do ativismo judicial, pois:

[...] **quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa criativa arquitetura constitucional.** Quando mal compreendido, entretanto, este ativismo é sempre propício à denúncia de um governo de juizes, de uma justiça de salvação, referida casuisticamente aos aspectos materiais em cada questão a ser julgada. [grifo nosso]

O ativismo judicial seria, portanto, uma via de concretização dos princípios e valores constitucionais, reforçando o Estado Democrático de Direito. A missão da Corte é alcançar um objetivo social e assegurar os direitos individuais e coletivos. Ademais, o ativismo judicial pode ser considerado como uma consequência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tal como expõe DANTAS (2016, p. 99-100):

A amplitude do princípio do acesso à justiça na constituição de 1988, assim como outros fatores relacionados ao perfil progressista e inovador do sistema constitucional vigente, tem influenciado o Judiciário brasileiro a assumir cada vez mais uma postura de ativismo no controle de políticas públicas. **Isso porque, como se disse, o princípio da inafastabilidade submete ao Judiciário praticamente qualquer discussão, notadamente questões que são objeto de debate público intenso relativas a direitos sociais, econômicos e culturais** [...] [grifo nosso]

Na realidade brasileira, fica difícil, por opção política ou por inércia, mover reformas. Pode levar anos para decisões importantes passarem pelo Congresso e pelo Executivo. Nesse contexto, a concretização dos direitos sociais é constitucionalmente dirigida ao Poder Legislativo, que decide o propósito e emprego das políticas públicas, e ao Poder Executivo, que executa e implementa. Cada ato é

configurado com uma opção política, cuja legitimidade advém do processo eleitoral. Porém, em contrapartida, expõe SOUZA NETO (2003, p.45):

[...] se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade

Nessa visão, o Poder Judiciário tem um importante papel na efetivação dos direitos que não foram contemplados pelos demais poderes. A legitimidade não adviria do voto, mas da própria Lei Maior. No julgamento do Agravo Regimental nº 63933, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é possível que o Poder Judiciário intervenha quando se trate de direitos fundamentais. No caso, a decisão assegurou o acesso à educação infantil, com base na obrigação do Estado em resguardar esse direito:

[...] Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), **o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal** [...] embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional** [grifo nosso]

Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário intervir diretamente nos processos de implementação de políticas públicas como forma de garantir a realização dos direitos fundamentais, sendo um juiz um verdadeiro ator no processo de transformação social. É pela omissão dos demais poderes constituídos que a atuação do Judiciário tem se intensificado. Essa postura ativa é, inclusive, destacada pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 1458 MC/DF:

[...] A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também pede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do MS 26.915/DF, também faz alusão à temática ao constar em seu voto:

Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o STF, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Mantendo essa postura, o STF, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas, nas quais observa violação à Constituição. Os diversos casos levados recentemente ao Tribunal envolvendo atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação. [grifo nosso]

Nesse cenário, as reformas pelas quais o país passa nos últimos anos advêm de uma ação direta do Supremo Tribunal Federal. Os juízes passam a se utilizarem de suas posições para “corrigir injustiças”, especialmente quando os outros ramos do governo não agem para fazê-lo. Em suma, os tribunais devem desempenhar um papel ativo na definição da política social sobre questões como os direitos civis, a proteção aos direitos individuais e a moralidade pública. De forma favorável ao Ativismo Judicial, CARMONA (2012, p.1), escreve:

A legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva, do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais.

O ativismo judicial enaltece a figura do juiz que deve, portanto, conferir efetividade à Constituição, interpretando-a, e, caso necessário, criando uma norma que seja capaz de alcançar os padrões de justiça. Assim, o “dever-ser” normativo é materializado na realidade social. Dentro dos parâmetros do bom senso e da razoabilidade, a interferência pelo ativismo judicial pode servir à democracia, fortalecendo-a. Mas, do outro lado da moeda, caso incentivada, trará prejuízos e instabilidade.

4.2 Ativismo Judicial como instrumento de poder

Conforme observado, a doutrina assume diversos aspectos positivos advindos do ativismo judicial. Porém, isso não é unânime, gerando diversas críticas que expõem pontos negativos que precisam ser analisados. Conforme escreve ALMEIDA (2011, p.1),

O termo Ativismo Judicial tem despertado intensa discussão no meio acadêmico e na sociedade. Já controvertido desde a sua origem, o ativismo caracteriza-se pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. **Decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado pesadas críticas ao Poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal.** [grifo nosso]

Um dos livros mais famosos, *Men in Black: How The Supreme Court Is Destroying America*, de Mark R. Levin, foi um dos primeiros a levantar um alarme sobre o ativismo judicial por parte da Suprema Corte americana, realizando uma análise histórica e ponderada, documentando casos em que o mais alto tribunal claramente ultrapassou a linguagem estrita da constituição com resultados inesperados. O autor afirma que o a Corte Suprema alargou a sua autoridade até um grau nunca contemplado pelos pais fundadores da nação americana. Dessa maneira, como fórmula de combater a postura ativista, sugere uma emenda Constitucional que permita ao Congresso derrubar decisões da Suprema Corte por um voto de maioria, semelhante ao processo usado para anular um veto presidencial, o que, segundo o autor, forçaria o Tribunal a ser mais responsável perante os cidadãos. Nas próprias palavras de LEVIN (2006, p.13):

Originalistas geralmente interpretam as disposições da Constituição (e, quando aplicável, estatutos) de forma restrita. Em outras palavras, esses juízes tentam olhar para o significado claro da lei. Eles acreditam em uma separação claramente delineada de poderes. [...] Um ativista judicial, por outro lado, interpreta a Constituição amplamente e rejeita algumas de suas provisões (ou dá-lhes um reconhecimento superficial) se interferir o resultado desejado. Em essência, os juízes ativistas criam, em vez de interpretarem, as leis³

A expansão para outras áreas nas quais não possui mandato traz consigo

³ LEVIN, Mark. *Men in Black: How the Supreme Court Is Destroying America*. 2006. ed. EUA: Regnery Publishing, 2006. Livrentemente traduzido: *Originalists generally interpret provisions of the Constitution (and, when applicable, statutes) narrowly. In other words, these judges attempt to look at the plain meaning of the law. They believe in a clearly delineated separation of powers. ... A judicial activist, on the other hand, construes the Constitution broadly and rejects some of its provisions outright (or gives them superficial acknowledgment) if they interfere with the desired outcome. In essence, activist judges make, rather than interpret, the law*".

o risco de modificar o equilíbrio constitucional entre os três órgãos do Estado. A ideia de ativismo judicial, quando surgiu há algumas décadas, ganhou alguma aceitação porque se considerou necessário corrigir as faltas do legislativo e as falhas do executivo, entretanto, diante da dilatação da postura ativista, busca-se, agora, analisar os necessários limites para o bom funcionamento da estrutura básica da democracia. O ativismo pode deteriorar este equilíbrio caso os juízes e tribunais interpretem o interesse público à sua maneira e, conseqüentemente, exijam do Legislativo e do Executivo a posterior implementação. O Judiciário deve ser responsável e agir dentro dos seus próprios limites para não assumir o papel de um supraparlamento que cria as leis e um supraexecutivo que visa implementá-las. Assim, o ativismo exacerbado subtrai o espaço de atuação constitucional do Legislativo, criando leis repentinamente, sem contrapeso e sem o debate construtivo dos temas de relevada importância, passando tudo ao monopólio do Judiciário. O ex-presidente americano Ronald Reagan, ao se deparar com o alto número de casos julgados no qual a Corte americana adotou a postura ativista, realizou uma histórica crítica ao alertar sobre a problemática trazida por essa conduta:

O papel atribuído aos juízes em nosso sistema era interpretar a Constituição e as leis, não criá-las. Era proteger a integridade da Constituição, não acrescentá-la ou subtrai-la - e certamente não reescrevê-la. Pois, como sabiam os pais criadores, a menos que os juízes estejam vinculados pelo texto da Constituição, não teremos, de fato, um governo de leis, mas de homens e mulheres que são juízes. E se isso acontecer, as palavras dos documentos que pensamos que nos governam serão apenas máscaras para o governo pessoal e caprichoso de uma pequena elite.⁴

Decidir um problema de política pública por meio de uma solução jurídica pode trazer consigo uma grande problemática. Uma consequência prática da mistura desses campos se traduz quando os tribunais concedem liminares para internações em hospitais sem vagas. A solução jurídica, neste caso, não é capaz de contemplar a totalidade do problema localizado naquele hospital e nem de solucionar a falta de leitos. Por tal barreira prática que COUTINHO et. Al (2016, p.1) expõe sob o caso do INSS:

⁴ REAGAN, Ronald. Remarks at the Swearing-In Ceremony for Anthony M. Kennedy as an Associate Justice of the Supreme Court of the United States 18. Feb. 1988.. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=35439&st=supreme+court&st1=>. Acesso em 19 de set. 2016. Livre tradução do original: The role assigned to judges in our system was to interpret the Constitution and lesser laws, not to make them. It was to protect the integrity of the Constitution, not to add to it or subtract from it—certainly not to rewrite it. For as the framers knew, unless judges are bound by the text of the Constitution, we will, in fact, no longer have a government of laws, but of men and women who are judges. And if that happens, the words of the documents that we think govern us will be just masks for the personal and capricious rule of a small elite.

[...] Judiciário tem características estruturais e institucionais que restringem significativamente sua capacidade de promover mudanças sociais abrangentes. É difícil de imaginar, por exemplo, a criação e implementação de uma política pública da magnitude do SUS, do Bolsa Família ou do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), por ordem judicial. **Programas dessa dimensão requerem complexas medidas legislativas e administrativas que dependem, em última instância, da combinação de vontade política e expertise técnica para as quais o Judiciário não é capacitado, vocacionado ou legitimado. Além disso, medidas desta abrangência dependem diretamente da arrecadação e alocação de volumes significativos de recursos.** [grifo nosso]

A resposta muitas vezes dada pelo Judiciário a este tipo de excesso é que a obrigação de assumir estas tarefas é consequência da falha dos outros órgãos do Estado. Nesta justificativa, os demais poderes poderiam, utilizando-se a mesma lógica, assumir as funções do Judiciário quando este fracassa. Nesse contexto, não há dúvida de que há muitas áreas onde o Judiciário não atende às expectativas da população, como a morosidade e a impunidade. Porém, seria fácil identificar o surgimento de um poder autoritário a partir do momento que o Executivo tomasse para si a custódia das atribuições do Judiciário.

Um juiz renegaria as decisões anteriores e toda a tradição que a constituição carrega consigo para impor a sua própria noção de justiça? E ainda estender obrigatoriamente aos demais poderes? Onde residirá a segurança jurídica? Nessa configuração imprecisa e inconstante entre os poderes, é a própria legitimidade que resta prejudicada. Percebe-se que tal cenário é incompatível com a fé na democracia representativa.

O ativismo judicial já serviu como pretexto para a violação de direitos humanos no já citado caso *Dred Scott vs. Sandford*, em 1857, considerado o pior caso da Suprema Corte americana. No episódio, foi declarado, pelo Presidente da Suprema Corte, Roger B. Taney, que os negros não poderiam ser considerados cidadãos dos Estados Unidos. Esta decisão é um produto excessivamente ideológico, sem qualquer base no texto, história ou estrutura da constituição americana. Essa decisão fornece um exemplo dramático do que pode acontecer com um ativismo judicial sem precedentes. Vale citar, também, o emblemático caso *Roe vs. Wade* que legalizou o aborto nos Estados Unidos, sem que ninguém tivesse proposto ou votado pela lei, ou seja, uma decisão autocrata motivada por uma postura ativista da Suprema Corte. O juiz William H. Rehnquist, em um parecer diferente, explicita a criação de um direito constitucional que anteriormente não existia: *“Para alcançar o seu resultado, a Corte tem que necessariamente encontrar*

*no âmbito da Décima Quarta Emenda um direito que aparentemente era completamente desconhecido pelos próprios autores da emenda*⁵

O Judiciário não deve ser parcial e simpático a qualquer agenda ideológica ou causa, pois os juízes e tribunais devem agir com sabedoria, aprendizagem, integridade, independência e firmeza. Obviamente que nenhum juiz consegue evitar, totalmente, que sua própria visão de mundo influencie em uma decisão. Então, existe essa tensão entre atingir o resultado desejado e possuir uma postura imparcial. É uma batalha constante do intérprete pela objetividade, impedindo que a sua filosofia pessoal influencie o conteúdo decisório com o fito de evitar que o texto da lei seja deturpado.

Assim, o judiciário possui o dever de interpretar e aplicar leis e a Constituição de forma neutra e sem viés pessoal. Isso é essencial para os limites estruturais do Estado. DWORKIN (1999, p. 451) chega a considerar o ativismo judicial um problema, pois:

[...] Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. [grifo nosso]

Conforme anteriormente citado, parte majoritária da doutrina atribui aos juízes o dever de assumir uma postura “crítica” diante da lei – ou da falta dela-, para suprir aquilo que o direito não fosse capaz de contemplar na realidade concreta, o que foi se traduzindo no surgimento da necessidade, por exemplo, de “interpretar a Constituição”, “buscar a vontade do legislador” e “interpretar conforme princípios”. De fato, a lei não se esgota no direito, conforme o ensinamento do professor PORTO (1996, p. 26): *“A lei não esgota o Direito, como a partitura não exaure a música. Interpretar é recriar, pois as notas musicais, como os textos de lei, são processos técnicos de expressão, e não meios inextensíveis de exprimir”*. Porém, isso não pode ser pretexto para que os juízes e tribunais se coloquem acima das leis, pois o seu dever é manter os ideais e a intenção original da Constituição, pois uma vez que você começar a reinterpretá-la, é fácil ir longe demais. Ademais, a Suprema Corte

5 USA, caso Roe v. Wade, 410 US 113, 174-76 (1973). Livremente traduzido do original: “To reach its result, the Court necessarily has had to find within the scope of the Fourteenth Amendment a right that was apparently completely unknown to the drafters of the Amendment.

não pode deliberar tanto quanto o Congresso porque ela não representa com precisão a maioria. Diante desse cenário, BONAVIDES (2004, p.141), afirma:

Se medidas não forem tomadas em tempo para coibir o abuso que tem conduzido a uma politização exagerada da justiça constitucional, a Suprema Corte correrá breve o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo, exercitando, em favor deste, a função normativa que as Cortes Constitucionais, quer queiram, quer não, têm exercitado, por via interpretativa, na ordem concreta dos fatos e da realidade, como uma espécie de legislativo paralelo e invisível [...] O risco de ocorrer tão singular fenômeno jurídico é incomparavelmente mais visível em países da periferia onde o Tribunal, às vezes, debaixo da tutela branca do Executivo e ao serviço deste, instaura a ditadura judicial das inconstitucionalidades. E o faz como se fora categórica manifestação de fidelidade aos textos constitucionais.

O ativismo é, portanto, a busca, por uma via alternativa, da solução de um problema, extraindo-se princípios que possam fundamentar uma decisão, fazendo do juiz um legislador. Assim, deixa-se de lado a imparcialidade, devendo o juiz julgar subjetivamente os fatos com o fito de alcançar um “objetivo social”. Isso retira o caráter de ciência normativa do direito, instala um regime supralegal, o juiz passa a ter poderes exorbitantes e substitui o legislador, dá início a jurisprudências contraditórias, macula o devido processo legal, entre outros aspectos. Ocorre que isso é uma visão ideológica do direito e, por mais “nobre” que o intérprete esteja buscando ser, cria-se um cenário de instabilidade institucional, insegurança jurídica e propício para o autoritarismo. Os juízes, mesmo que busquem um objetivo social, como forma de concretizar os valores constitucionais, não devem transpor os seus limites naturais das suas funções típicas, conforme expõe CAPPELLETI (1999, p. 26-27):

Por isso, deve ser firmamente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente ‘direito livre’, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo Juiz no caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta. Mas, uma vez reiterado tal esclarecimento, entendo necessário reafirmar, igualmente que os limites substanciais, diversamente dos formais ou processuais, dos quais nos ocuparemos adiante, não têm a virtude de caracterizar a ‘natureza’ do processo jurisdicional. Em particular, não podem representar o elemento distintivo da jurisdição em face da legislação ou da administração. De um lado, a atividade administrativa pode ser, e normalmente é, vinculada aos mesmos limites substanciais que se impõem ao juiz. De outro lado, quando o juiz é livre para basear as próprias decisões em preceitos vagos e não escritos de equidade, sua atividade não pode ser diferenciada da do legislador, no que concerne aos seus limites substanciais. E até a atividade do juiz vinculado à lei, aos precedentes, ou a ambos dificilmente pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional. Deste ponto

de vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de freqüência ou quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciais ordinários, em relação às normas constitucionais – usualmente contida em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos – como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. Daí decorre que o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos freqüentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente diversa da do juiz[...] Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a “natureza” dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional.

Infelizmente, há de se notar o mesmo movimento ativista nas antigas cortes de caráter autoritário em protoditaduras como a Venezuela, a Bolívia, ou a Nicarágua, onde o Supremo é uma extensão de um grupo ideológico. O que se observa nesses países, por exemplo, é uma sistemática perseguição contra adversários políticos promovida por agentes de Estado. Tais agente pertencem a todas as esferas do poder, inclusive do judiciário, o que é mais grave, visto que suas ações e decisões não cogitam a possibilidade de estarem sujeitas ao exame da população.

Tal cenário abre portas para uma espécie de ativismo judiciário que, sob o manto da legalidade e legitimidade, seja comprometido com uma agenda ideológica e um projeto de poder, correndo o risco que uma corte se torne arbitrária, aja *contra legem* e invada as esferas dos demais poderes, o que se poderia denominar como “Ditadura do Judiciário”. Nesse cenário, é válido o alerta de SILVA (2014, p.1):

Em apertada síntese, podemos definir o ativismo judicial como sendo uma postura proativa do Poder Judiciário que, se valendo de lacunas legislativas, em certas oportunidades até mesmo de supostas lacunas, e invocando uma série de princípios e valores éticos, acaba por interferir em opções políticas dos demais poderes, muitas vezes até mesmo assumindo os papéis do Poder Legislativo e do Poder Executivo[...]

Obviamente essa atividade se mostra extremamente relevante para o desenvolvimento da sociedade, sobretudo em um momento em que o velho conceito da extremada divisão de poderes encontra-se cada vez mais mitigado, não comportando mais as modernas e instantâneas relações e anseios sociais existente neste momento histórico.

Entretanto, não há como se perder de vista o fato de que em algumas ocasiões o Poder Judiciário, sob o pretexto de estar interpretando a norma vigente ou dando a devida relevância aos princípios, acaba por materializar o antigo brocardo *pro iurequamvis contra legem*, o que se revela deveras perigoso, eis que o conceito de justiça é extremamente subjetivo e, além de usurpar a função do legislador, pode representar uma grave ofensa à segurança jurídica.

Como consequência natural dessa erosão gradual da ordem

constitucional democrática, temos o uso da máquina pública para perseguir meios de comunicação e grupos de oposição; a nomeação arbitrária de membros do judiciário alinhados com o projeto de poder; a violação do sistema de freios e contrapesos maculando a independência dos poderes do Estado; a interferência nas deliberações políticas e legislativas; a ameaça aos mandatos dos representantes eleitos democraticamente; entre outros aspectos. Assim também alerta a lição de GOMES (2009, p.1):

Qual é o problema de todo ativismo judicial legislativo ou proativismo? Está no risco de o Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática, que é indireta. Em que sentido? As decisões dos juizes são democráticas na medida em que seguem, nas decisões judiciais, aquilo que foi aprovado pelo legislador. Sempre que o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do Poder Legislativo, ou seja, intromete-se na função legislativa. Disso emerge um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito, que, certamente, ninguém no século 21 está disposto a aceitar.

Há outros riscos: se os magistrados do STF, um dia, só por hipótese, se engajarem nas ondas involutivas do Estado de polícia, surge também a ameaça de "hitlerização do Direito" (direito nazista). Se conferirem primazia a uma determinada religião, em detrimento das regras jurídicas, há o risco da "fundamentalização do Direito" (direito fundamentalista). Se não observarem nenhuma regra vigente no momento das decisões, pode-se chegar à "alternativização do Direito" (direito alternativo). O Direito construído pelo STF, de outro lado, pode resultar absurdamente "antigarantista" - aliás, essa é a censura que muitos já estão fazendo em relação à Súmula Vinculante nº 5, que dispensa a presença de advogado nos processos disciplinares

Como exemplo recente no Brasil, a ex-presidente Dilma Rousseff, alvo de impeachment por crime de responsabilidade, caso tivesse terminado o seu mandato até 2018, o Partido dos Trabalhadores teria nomeado, pelo menos, 10 dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal e 30 dos 33 ministros do Superior Tribunal de Justiça. A indicação não faz do ministro – ao menos espera-se – um representante do partido do presidente, porém, não há critério capaz de impedir que a escolha seja realizada por critérios ideológicos que ameacem a independência do tribunal. Infelizmente, deve-se observar que o Supremo Tribunal não está totalmente isolado das influências e mudanças da política nacional. Grupos de interesse promovem ativamente a sua agenda por tentar influenciar as nomeações judiciais e, como afirma o professor Olavo de Carvalho “[...] Fazem uso maciço do ativismo judicial para mudar completamente o sentido da Constituição através de sentenças que permitem o que era proibido e proíbem o que era permitido” (CARVALHO, 2006, p.1).

Assim, sem ter de passar pelo crivo de autoridades eleitas, mudanças seriam impostas à população.

Quando se está dentro do aparato estatal, não há grande fonte de preocupação, pois, as posições com as quais não concorda, dificilmente serão implantadas sobre sua vida. No entanto, a partir do momento em que a Corte começa a vislumbrar um domínio por um distinto grupo, esse mesmo poder estatal poderá ser usado contra você, passando a ser um poder considerado impensável e inaceitável. Nesse cenário, o que se pode observar é que a prudência de manter uma postura cautelosa quanto ao crescimento de um poder estatal que possa fugir do seu controle seja a melhor opção.

Em suma, tudo isso indica que o ativismo é uma mudança profunda nas concepções que operam a Constituição. Inevitavelmente, essa mudança está produzindo uma nova era no sistema constitucional, com diferentes agentes se empenhando em conquistar influência e poder dentro de um paradigma cada vez mais instável, o que não pode ficar fora do debate. Desse modo, apesar dos pontos positivos, o Poder Judiciário pode ser uma via capaz de emplacar retrocessos de políticas conquistadas pela sociedade, como ocorreu nos Estados Unidos, concluindo-se, assim, que o ativismo judicial não é a pronta resposta capaz de anular todos os males sociais e políticos brasileiros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de ter esgotado o debate, abordaram-se alguns aspectos polêmicos da doutrina e jurisprudência pátrias e estrangeiras a respeito do ativismo judicial. Observou-se que o ativismo judicial traz consigo um problema conceitual, gerando uma variedade de definições e teorias. Entretanto, conforme anteriormente estabelecido, pode-se afirmar que o ativismo judicial consiste na expansão da função jurisdicional, descaracterizando a sua função típica do Poder Judiciário.

No âmbito brasileiro, o ativismo se apresenta em maior grau a partir da Constituição Federal de 1988, que possibilitou uma hermenêutica de expansão da esfera judiciária. Esse papel ativo, principalmente do Supremo Tribunal Federal, tem gerado um intenso debate entre muitos doutrinadores em relação à constitucionalidade e a legitimidade da expansão da esfera judicial em detrimento dos demais poderes. Essa postura ativa nos remonta à jurisprudência da Suprema Corte americana, que, primeiramente, se deparou com tais questões. Além disso, o mesmo fenômeno é perceptível em países como Canadá, Turquia, Argentina e Venezuela.

Nesse cenário, o ativismo, a curto prazo, traz benefícios direcionados à concretização dos direitos fundamentais, à superação das omissões legislativas e administrativas inconstitucionais, e à tutela grupos minoritários carentes de representação política. Ou seja, o ativismo justificar-se-á à medida que estiver comprometido com essa linha de ação. No entanto, a longo prazo, o ativismo atrofia a esfera pública e cria uma visão paternalista do judiciário, podendo causar - como muitos denominam - uma "Juristocracia", pois, caso o Judiciário sobreponha os demais, poderes, controlando as atuações públicas, tornar-se-á a mais alta instância da sociedade, não se submetendo a nenhuma forma de controle de seus atos, correndo o risco de romper com a separação dos poderes e com a força normativa vinda das leis. Ademais, a análise realizada no presente estudo demonstra que o Poder Judiciário pode ser responsável por retrocessos políticos que lesionam os direitos fundamentais conquistados pela sociedade, trazendo a conclusão que, nem sempre, a via jurisdicional é o melhor caminho.

Nesse contexto, os cidadãos precisam ter ampla participação nas discussões e decisões públicas, não podendo o judiciário substituir completamente

esse âmbito de ação da sociedade, atribuindo-se o monopólio das decisões políticas. Além disso, os Tribunais não têm a preparação para decidir politicamente, afinal, sua formação é tecnicamente jurídica, e não há um debate na construção das decisões tal qual ocorre no parlamento, por meio, por exemplo, de audiências públicas e comissões especializadas. Soma-se a isso o fato de que, quando os tribunais atuam de forma política, passam a sofrer às mesmas pressões públicas que o executivo e o legislativo sofrem, correndo o risco de que as decisões não sejam pautadas na ordem jurídica, dando espaço a fundamentos inovadores que são incompatíveis com a legislação.

Portanto, o Judiciário deve ser pragmático até certo ponto, e respeitar os limites estipulados pela Carta Magna e pelo princípio da separação dos poderes, pois essa é a legitimidade que confere mais integridade às suas decisões, fortificando a sua própria autoridade. A ideia de ativismo judicial, quando surgiu, ganhou aceitação em virtude da necessidade de se corrigir as faltas do Legislativo e as falhas do Executivo, entretanto, diante da dilatação da postura ativista, busca-se, agora, analisar os necessários limites para o bom funcionamento da estrutura básica da democracia. A esfera judiciária deve ser responsável e agir dentro dos seus próprios limites para não assumir o papel de um supraparlamento e um supraexecutivo e respeitar a própria ordem democrática constitucional governamental.

O debate acadêmico ainda está intenso. É preciso que as reflexões se direcionem acerca do verdadeiro papel do Judiciário no contexto contemporâneo, para que não haja espaço para uma atuação do juiz que vise a imposição das suas próprias preferências em detrimento do próprio significado direto e literal do texto constitucional. O fato é que a Constituição brasileira conferiu ao Poder Judiciário um amplo espaço para a discricionariedade, mas esse cenário é próprio do dilema das democracias modernas. Nesse contexto, é necessário que o sistema jurídico estabeleça de forma sólida as distribuições de competências, de modo que o Judiciário se ocupe com suas funções, sem ampliar ilegitimamente a sua esfera. Afinal, não se trata de um mero problema hermenêutico, mas também de postura institucional.

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à Brasileira: situação e limites. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, n.2, 2004,

ALBANO, Gleidson Pinheiro. Globalização da Agricultura: uma análise comparativa entre duas cidades com fruticultura irrigada para exportação no RN, Ipangaçu e Baraúna. Disponível em: <https://www.ufpe.br/posgeografia/images/documentos/d_2012_gleidson_pinheiro_albano.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2016.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 17 out. 2016.

ANJOS, Leonardo Fernandes dos (Orgs.). Ativismo judicial. Curitiba: Jaruá Editora, 2010, p.147.

ÁVILA, Humberto. Ativismo Judicial e Direito Tributário. Grandes Questões Atuais de Direito Tributário, 15 vol. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. Dialética, 2011. Pg. 150.

BALEEIRO, Aliomar. Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2000

_____. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. 11ª tiragem São Paulo: Malheiros, 2012,

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

BARROSO, Luis Roberto. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2016.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2011/11/Direito-e-pol%C3%ADtica-no-Brasilcontempor%C3%A2neo_Lu%C3%ADs-Roberto-Barroso1.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2016.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: (algumas observações

sobre o Brasil). [S.l.]: ESTUDOS AVANÇADOS 18 (51), 2004. 127-150 p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 nov. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Petição 3388/RR. Relator: Carlos Ayres. Publicado no DJ 24-09-2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 de out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Injunção n.708/DF. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJ de 31-10-2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 de out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nos Embargos de Declaração na Petição 3388/RR. Relator: Min. BARROSO, Barroso. Publicado no DJe 03-02-2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 de out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1458/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/05/1996, p. DJ 20/09/1996. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 de out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MC no MS 26.915/DF, j. 08.10.2007, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16.10.2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 de out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário ARE 639337 AgR/SP, Segunda Turma do STF. Brasília, DF, 23 out. 2011. www.stf.jus.br. Acesso em: 13 de out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DJ 30-04-2013. www.stf.jus.br. Acesso em: 13 de out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de pedido de extradição. Extradição nº 410. Estados Unidos da América e José Antônio Hernandez. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, 21 mar. 1984. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 109, p. 870-879, set. 1984.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 13. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 de out. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398, Resolução nº 22.526. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Diário da Justiça, Brasília, 08 maio 2007a, p. 143.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 22.526, de 27 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2016

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. 13 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 814.

CANON, Brandley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, Dec./Jan.,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1992, p. 352.

_____. José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Atlas, 2007. Pg. 87-95.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores, Sérgio Antonio Fabris Editores, 1999, pág. 26 e 27. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário? Artigo publicado em maio de 2012. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605. Acesso em: 17 nov. 2016

CARVALHO, Olavo de. O avesso dos avessos. 2006. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/060306dc.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: Proposta para uma discussão conceitual. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2012. 141-149 p.

COUTINHO, Diogo R., FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direitos sociais e o ativismo judicial. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/COUTINHO_Direitos_sociais_e_ativismo_judicial.pdf> Acesso em: 13 out. 2016.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26878>>. Acesso em: 13 out. 2016.

DIDIER JR., Fredie. Editorial 107. 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-107/>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

DIMOULIS, Dimitri. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências. In: FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 262

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

FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 262.

Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Data de acesso: 30 out. 2016

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. *Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas* – Ano 1, n. 2. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>>. Acesso em: 10.out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2164, 4jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 17 out. 2016.

GUEDES, Néviton O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em: 20 out. 2016.

HABERMAS, J. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. I.

Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana, p. 73 . Disponível em oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf. Acesso em 04. Nov. 2016

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de direito constitucional. 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008. P. 288.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism". *California Law Review*, v. 92, n. 5, 2004, p. 1441-1477

LEAL, Saul Tourinho. ATIVISMO OU ALTIVEZ? O OUTRO LADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2008. 159 p. Mestrado em Direito Constitucional (Direito)- Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília, 2008.

LEVIN, Mark. *Men in Black: How the Supreme Court Is Destroying America*. 2006. ed. EUA: Regnery Publishing, 2006. 286 p.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciario na era dos direitos. *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>. Acesso em 20 set. 2016.

LINDQUIST, Stefane; CROSS, Frank. *Measuring Judicial Activism*. New Oxford: OUP, 2009. Pg. 1-2.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MACEDO FILHO, Cícero Martins de . Ativismo judicial . Revista jurídica : Consulex. Ano 2009 , v. 13 , n. 304 , mes SET , páginas 48-51

MARSHALL, John; "Decisões constitucionais de Marshall", Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARSHALL, William P., Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism (September 2002). University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266. Acesso em 09. Out. 2016

MELLO, Marco Aurelio de. Pelo fim da hipocrisia, de 03 de setembro de 2008. Revista Veja. Entrevista concedida a Adriana Dias Lopes.

MENDES, Gilmar. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. 2 ed.. São Paulo:RT, 2009. p. 388.

MIARELLI, Mayara Marinho; LIMA, Rogério Montai de. Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

MONTESQUIEU. Charles Baron de O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 165.

_____. Charles Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Marins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. Revista de Informação Legislativa, nº 103/13. Brasília : Senado, 1989.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A função legiferante dos três poderes. Consultoria Legislativa: Fique Por Dentro. Câmara dos Deputados. 28 de dezembro de 2007. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/temas-antigos-desativados-com-texto-da-consultoria/tres_poderes/FUNCaO%20LEGIFERANTE%20DOS%20TRES%20PODERES%20-%20TEXT0%20DA%20CONSULTORIA.doc. Acesso em: 23 nov. 2016

OLIVEIRA, Umberto Machado de. Caso da limitação do uso de algema: Como delimitar o ativismo do Supremo Tribunal Federal? In: OLIVEIRA, Umberto Machado 70

PAULA, Daniel Giotti de. Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPodivm, 2011.

PEDRA, Anderson Santana. O Tribunal Constitucional e o exercício da função legislativa stricto sensu para a efetivação dos direitos fundamentais de uma omissão legislativa. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 11, p. 221-256, jan./jun. 2012.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 33.

PORTO, Mário Moacyr. Estética do direito. *Revista do Curso de Direito da UFRN*. Natal : UFRN, v. 1, n. 1, p. 17-27, jan./jun. 1996. p. 26.

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

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010

REAGAN, Ronald. *Remarks at the Swearing-In Ceremony for Anthony M. Kennedy as an Associate Justice of the Supreme Court of the United States* 18. Feb. 1988.. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=35439&st=supreme+court&st1=>. Acesso em 19 de set. 2016

SILVA, Gustavo Rosa da. *Pro iure quamvis contra legem e os riscos da supervalorização do ativismo judicial no Brasil*. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 27 nov. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50998&seo=1>>. Acesso em: 15 nov. 2016

SOARES DE PINHO, A. P. *Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*. Niterói, 1961.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *E o Oscar vai para... o decisionismo (de novo)!* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-03/senso-incomum-habeas-corpus-jogador-oscar-exemplo-decisionismo>>. Acesso em 15 out. 2016.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7ª Ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007

TATE, Neal; VALLINDER, The global expansion of judicial power, 1995. In: NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira . *A Judicialização Da Política No Brasil: Os Casos Das Comissões Parlamentares De Inquérito E Da Fidelidade Partidária*. 1ª. ed. Brasília: Edições Câmara, 2016. 121 p.

USA, Roe v. Wade Decision U.S. Supreme Court ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (22 de janeiro de 1973). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. Acesso em 15. Nov. 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, pg. 21.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". Rev. direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, Dec. 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em 01 Nov. 2016..

VIANNA, Luiz Werneck. O Ativismo Judicial mal compreendido. Boletim CEDES [online]. Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. Acesso em: 03 set. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003. p.10-11.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In. Revista Direito GV, n. 2, vol. 4. Rio de Janeiro. 2008.