

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Danilo Pereira Xavier

**ANÁLISE DA ESTRUTURA PELA QUAL SE DESENVOLVE O ATIVISMO
JUDICIAL BRASILEIRO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Belém
2018

Danilo Pereira Xavier

**ANÁLISE DA ESTRUTURA PELA QUAL SE DESENVOLVE O ATIVISMO
JUDICIAL BRASILEIRO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Curso (TC) apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA).

Orientador: Prof. Msc. Adriano Carvalho
Oliveira

Belém
2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
Biblioteca do Cesupa, Belém – PA

Xavier, Danilo Pereira.

Análise da estrutura pela qual se desenvolve o ativismo judicial brasileiro no âmbito do Supremo Tribunal Federal / Danilo Pereira Xavier; orientador Adriano Carvalho Oliveira. – 2018.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário do Estado do Pará, Curso de Direito, Belém, 2018.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal 2. Controle da constitucionalidade - Brasil. 3. Poder judiciário e questões políticas – Brasil. I. Oliveira, Adriano Carvalho. *orient.* II. Título.

CDD 341.202

Danilo Pereira Xavier

**ANÁLISE DA ESTRUTURA PELA QUAL SE DESENVOLVE O ATIVISMO
JUDICIAL BRASILEIRO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Curso (TC) apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA).

Orientador: Prof. Msc. Adriano Carvalho Oliveira

Banca examinadora:

Apresentado em: ____/____/____

_____- Orientador(a)
Prof. Msc. Adriano Carvalho Oliveira
Centro Universitário do Estado do Pará

_____- Examinador(a)
Centro Universitário do Estado do Pará

AGRADECIMENTOS

Primeiramente e acima de tudo, devo agradecer à Deus, pois todas as coisas que eu tenho nessa vida é fruto de sua graça e bondade e se hoje cheguei até aqui, foi por conta de sua permissão.

Agradeço também aos meus pais, Ana Lucia e Daniel Xavier, sem eles, certamente, não teria alcançado esse objetivo. A educação, o amor, o carinho e o cuidado que tiveram comigo, desde bebê, foram fundamentais para o meu crescimento e aprendizado, seguramente, os levarei em meu coração pela eternidade.

Não posso esquecer dos meus irmãos Diego Xavier, Darllan Xavier e Daniele Xavier, que sempre creram no meu potencial e sonharam junto comigo que esse grande sonho iria se concretizar.

Ao meu amor, Julianne Karoline. Que há quatro anos compactua dos meus sonhos, sucessos, fracassos, alegrias e tristezas. Sou muito grato à Deus por tê-la colocado em meu caminho. Que o nosso amor ainda continue nos céus, pois foi lá que ele se iniciou.

Ao meu melhor amigo, Natan Galvão, cuja amizade pretendo levar pela eternidade.

RESUMO

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é um tema atual, cuja discussão extrapola o âmbito jurídico. Observa-se que o Supremo vem assumindo, nos últimos anos, relevante papel político e social. Temas com elevado teor moral, polêmicos, condutores da vida brasileira, têm sido decididos por esse Tribunal. Diante de tal fato, torna-se imperioso estudar o ativismo judicial que se desenvolve no âmbito do Pretório Excelso, pois trata-se de estudar o comportamento decisório daquele que tem a última palavra na interpretação das normas constitucionais no Brasil. Nesse diapasão, o presente trabalho se ocupará da análise de algumas decisões ativistas do século XXI que envolvem temas dos mais diversos ramos da sociedade. Para tanto, primeiramente se fará uma exposição a respeito dos elementos necessários a compreensão do tema. Depois, se demonstrará qual papel cabe ao Supremo dentro da lógica constitucional brasileira. E, mais adiante, se analisará algumas decisões ativistas emblemáticas. E por último, se notará que essas decisões revelam, acima de tudo, a intromissão do STF no âmbito de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, pondo em cheque o princípio da tripartição dos Poderes e a funcionalidade do sistema de *check and balances*.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial. Poderes Legislativo e Executivo.

ABSTRACT

The judicial activism of the Federal Supreme Court is a current topic whose discussion goes beyond the legal framework. It is observed that the Supreme has been assuming in the last years important political and social role. Subjects with high moral content, controversial, drivers of Brazilian life, have been decided by this Court. Faced with this fact, it is imperative to study the judicial activism that develops within the scope of the Pretório Excelso, because it is a question of studying the decision-making behavior of the one who has the last word in the interpretation of constitutional norms in Brazil. In this context, the present work will focus on the analysis of some activist decisions of the 21st century that involve themes from the most diverse branches of society. To do so, we will first make an exposition about the elements necessary to understand the theme. Then, it will be shown which role falls to the Supreme within the Brazilian constitutional logic. And, later, some emblematic activist decisions will be analyzed. Finally, it will be noted that these decisions reveal, above all, the intrusion of the STF into the sphere of action of the other Legislative and Executive Powers, putting in check the principle of tripartition of Powers and the functionality of the *check and balances* system.

Keywords: Federal Supreme Court. Judicial Activism. Legislative and Executive Powers.

.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 ATIVISMO JUDICIAL: ALGUNS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À SUA COMPREENSÃO.....	9
2.1 Do Positivismo ao Neoconstitucionalismo Pós-Positivista: as mudanças de racionalidade do direito e a nova postura do Poder Judiciário frente a essas mudanças.....	9
2.2 A Judicialização da Política.....	13
2.3 Ativismo Judicial.....	20
2.3.1 A relação entre ativismo judicial e o princípio da separação de poderes.....	20
2.3.2 A origem do termo ativismo judicial.....	21
2.3.3 A definição do termo ativismo judicial.....	22
2.4 Autorrestrrição judicial (ou autocontenção).....	23
3 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEMOCRACIA BRASILEIRA.....	25
3.1 Jurisdição Constitucional.....	25
3.2 O Supremo Tribunal Federal e seu papel na democracia brasileira.....	26
3.2.1 O Supremo Tribunal Federal enquanto Suprema Corte e Tribunal Constitucional.....	26
3.2.2 Estrutura e Organização do Supremo Tribunal Federal.....	27
3.2.3 A competência do Supremo Tribunal Federal.....	28
3.2.4 A natureza jurídica das atividades exercidas pelo Supremo Tribunal Federal.....	30
3.2.5 O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal.....	31
4 O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	35
4.1 O avanço institucional do Supremo Tribunal Federal.....	35
4.2 Fatores impulsionadores do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.....	38
4.2.1 Fatores Institucionais.....	38
4.2.2 Fatores Políticos.....	39
4.2.3 Fatores sociais.....	40
4.2.4 Fatores jurídico-culturais.....	41
4.3 O avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal para o espaço decisório dos demais Poderes do Estado.....	41
4.3.1 O Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo.....	41
4.3.1.1 Interpretação e aplicação das normas constitucionais.....	42
4.3.1.2 Interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial.....	45

4.3.1.3 Controle Judicial da omissão legislativa inconstitucional.....	46
4.3.2 O Supremo Tribunal Federal e o Poder Executivo.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

As Constituições modernas surgidas após a Segunda Guerra Mundial são os elementos marcantes na mudança de comportamento do Poder Judiciário no mundo. Aqui no Brasil, mudanças mais acentuadas foram observadas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que com o objetivo de romper com o regime autoritário vivenciado no Brasil, máxime no período da ditadura pós 1964, disciplinou os diversos campos da vida brasileira, definindo um extenso rol de direitos fundamentais e instituindo um sistema robusto de controle jurisdicional de constitucionalidade.

No âmbito democrático brasileiro, como em outras democracias modernas, esse fato ao lado de outros que serão vistos a seguir, implicou diretamente na ascensão política do Poder Judiciário (que tem expressão máxima na atual postura hermenêutica adotada pelo Supremo Tribunal Federal), que passou a tratar sobre diversos temas relativos aos mais variados problemas que envolvem a sociedade brasileira. Daí surgiram dois fenômenos distintos: a judicialização da política e o ativismo judicial.

O primeiro decorre, dentre outros fatores, da ampla gama de direitos disciplinados na Carta Política de 1988, bem como da expansão da jurisdição constitucional no Brasil. Enquanto que o segundo é fruto de práticas interpretativas que ampliam ou reduzem os significados dos elementos normativos, ou até mesmo, em alguns casos, é fruto da criação de normas inexistentes no plano legal.

Esses fenômenos implicam diretamente na relação existente entre Constitucionalismo e Democracia, entre o Poder Judiciário e os Poderes Legislativos e Executivo, fazendo surgir uma aparente tensão entre esses conceitos.

O ativismo judicial é uma problemática atual que compõe a metodologia decisória do Supremo. Algumas questões de caráter moralmente controversos, socialmente sensíveis e com alto custo político fazem parte da agenda decisória desse Tribunal. Aí reside a importância de se estudar o modo como ele decide.

Após o processo de redemocratização, instituído pela Constituição Federal de 1988, as vias de acesso à jurisdição do Supremo Tribunal Federal foram ampliadas, permitindo que diversos atores sociais demandassem perante esse Tribunal. Tal fato possibilitou que decisões sobre os mais diversos temas fossem tomadas pelo Supremo. Algumas questões controversas, sem respostas explícitas na Constituição, foram “solucionadas” por esse Tribunal através de metodologias ativistas. Diante desse fato, o presente trabalho objetivará descrever as principais decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal, individualizando-as, de modo a

demonstrar a relação entre elas e o campo de atuação destinados aos Poderes Executivo e Legislativo.

Para se melhor compreender essas decisões, se demonstrará alguns elementos conceituais necessários à compreensão do tema, o papel que cabe ao Supremo Tribunal Federal dentro da democracia brasileira e como se deu o avanço institucional do Supremo e como foram construídas as suas principais decisões ativistas dos últimos 20 anos.

A fim de elucidar esses objetivos, no primeiro capítulo apresenta-se alguns elementos essenciais a compreensão do ativismo judicial. Onde é feita uma breve análise da doutrina positivista e pós-positivista e suas respectivas ideias a respeito do espaço que uma constituição deve ocupar dentro da vida política de um país. Também nesse primeiro capítulo será apresentado um estudo acerca do fenômeno da judicialização da política, a fim de se evitar confusões em relação ao fenômeno do ativismo judicial, que será analisado e conceituado logo em seguida. Finalizando esse primeiro capítulo, o presente trabalho trouxe uma análise, breve, porém importante, relativa ao conceito de autorrestrrição ou autocontenção judicial, a fim de demonstrar quais são os elementos que compõe uma atitude decisória oposta a atitude decisória ativista.

Logo em seguida, no segundo capítulo, a abordagem será relativa ao papel que o Supremo Tribunal Federal detém dentro do sistema judiciário brasileiro.

E por último, será feita uma análise do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, demonstrando alguns casos que tiveram expressiva repercussão e ajudaram na modelação do caráter ativista do STF. Mas antes disso, far-se-á uma breve análise de como se deu o avanço político da Corte Suprema brasileira bem como os fatores que contribuíram para tal avanço.

Prosseguindo no terceiro capítulo, em seu último tópico, a análise acerca do ativismo judicial será individualizada de modo a se evidenciar a metodologia ativista do Supremo Tribunal Federal utilizada nos âmbitos de atuação dos demais Poderes do Estado.

E por último, será feita uma análise da postura decisória do Supremo Tribunal Federal frente aos demais Poderes, evidenciando o quão nocivo é o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal para a democracia.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e análise jurisprudencial.

2 ATIVISMO JUDICIAL: ALGUNS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À SUA COMPREENSÃO

O ativismo judicial é um fenômeno que para a sua compreensão necessita de uma abordagem acerca de alguns elementos que o fomenta ou que o favorece. Com o intuito de se compreender o contexto jurídico no qual o ativismo judicial se desenvolve e melhor delimitar o seu conceito, se faz necessária a análise das mudanças no papel das constituições nas democracias modernas, bem como tais mudanças favorecem o protagonismo judicial. Além disso, é necessário também, demonstrar o conceito oposto ao ativismo, que é a autocontenção judicial, para poder compreender o que realmente vem a ser o ativismo judicial e também o identificar no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

2.1 Do Positivismo ao Neoconstitucionalismo Pós-Positivista: as mudanças de racionalidade do direito e a nova postura do Poder Judiciário frente a essas mudanças

Para a compreensão do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e as suas implicações no papel político dos demais Poderes do Estado, é imprescindível realizar-se um estudo acerca do novo modo de interpretar o papel da Constituição proposto pelo neoconstitucionalismo, que sem dúvida, é um dos fatores elementares na mudança da postura decisória do Supremo Tribunal Federal, visto que essa nova perspectiva constitucional provocou profundas mudanças no papel do juiz e no modo como o direito deve ser interpretado através do filtro constitucional.

A Constituição, inicialmente, não foi concebida pelo movimento positivista do mesmo modo como ela é vista hoje, como uma verdadeira e legítima norma jurídica. Nos primórdios da construção do Estado de Direito, que é fruto da doutrina positivista, pregava-se a predominância do princípio da legalidade (a lei era o centro do ordenamento jurídico). Nesse primeiro momento, verificou-se que a produção jurídica era, quase que exclusivamente, fruto do trabalho do legislador, à Constituição cabia apenas um papel político norteador, sendo seu conteúdo eminentemente de caráter político (cuidava basicamente da estrutura do Estado e dos direitos fundamentais de primeira geração) que só poderia ser acessado por meio da lei. As “normas” constitucionais não tinham força normativa, a ideia de constitucionalização do direito ainda era estranha (SARMENTO, 2006).

Alguns fenômenos são característicos da doutrina positivista e dessa “primitiva” concepção do papel da constituição: a maior presença da lei em detrimento da Constituição; o

legislador desempenhava um papel mais importante na construção do direito que os juízes; as regras eram a base do ordenamento; a subsunção, no constitucionalismo positivista, tem maior aplicação que a ponderação; nessa concepção positivista observa-se certa homogeneidade dos direitos elencados na Constituição, implicando num menor pluralismo de valores, onde há a separação entre o direito e a moral (SCHIER, 2014, p. 49-50).

Na visão positivista, o parlamento era o único legitimado a criar o direito. O Estado tinha como dever a não intervenção na esfera social do cidadão, sendo-lhe incumbido somente o papel de proteção da propriedade e da segurança dos cidadãos, as Constituições tratavam somente da estrutura básica do Estado, e de modo incipiente, previam um ou outro direito individual (SARMENTO, 2006).

Acerca de tal fato Daniel Sarmento pondera que:

Nos Estados nacionais da Europa continental, o direito era até então essencialmente legicêntrico. De forma muito esquemática e reducionista, pode-se afirmar que a regulação da vida social gravitava em torno das normas editadas pelos parlamentos – eleitos, à época, através do voto censitário e exclusivamente masculino. Estas leis eram escassas e tinham pretensão de completude. Encarnavam a suposta vontade geral da Nação e deveriam ser aplicadas na medida do possível de forma mecânica e automática pelos juízes. No centro do sistema jurídico, dois códigos: o Civil, para o “homem de bem” – o *bonus pater familiae* –, baseado na proteção da propriedade e da autonomia da vontade; e o Penal, para os que se desviassem da ordem pública burguesa (SARMENTO, 2006).

O positivismo reputava o Direito (lei) como um todo homogêneo, infalível, sem lacunas e coerente, de modo que não resultava espaço para que o Judiciário viesse complementá-lo através de suas decisões. Tudo que fosse inerente ao mundo do direito (justiça e valores) deveria estar inserto na lei, os juízes, então, seriam meros “serventuários” desta. O direito era reduzido a enunciados jurídicos, onde se obedecia de modo estrito esquemas lógicos-subsuntivos que privilegiavam a vontade do parlamento e freavam a criatividade hermenêutica do juiz (MORAES, 2014, p. 18). Dentro da doutrina positivista não havia a possibilidade de análise de valores éticos, os princípios de justiça eram meras proclamações políticas, não possuindo “incidência factual no mundo jurídico” e nem “qualquer coercibilidade” (MORAES, 2014, p. 18).

No que diz respeito ao positivismo, Streck (2011, p. 62) dispõe que segundo tal corrente:

[...] a validade de uma norma independe de sua “validade” moral; trata-se pois, da separação entre direito e moral (secularização), cuja discussão central reside na discussão do papel desempenhado pela razão prática no

contexto d(e um)a teoria do direito. Ora, as teorias do direito positivistas haviam recusado fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito. Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito deveria, a partir de então, ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. Isso significa dizer que, para o positivismo, pouco importava colocar em discussão – no campo de uma teoria do direito – questões relativas à legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judicial).

É possível notar, portanto, que na corrente positivista havia uma separação entre o direito e a moral, revelada, sobretudo, na cisão entre a validade normativa e a legitimidade da norma. Enquanto que a questão da validade era solucionada através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, os problemas relativos a legitimidade da norma (incluindo a problemática moral) era de competência da teoria política (STRECK, 2011, p. 62).

O neoconstitucionalismo ou pós-positivismo constitucionalista, em contrapartida ao que pregava o positivismo, tem como evento marcante o fenômeno da constitucionalização do direito, que surgiu com a consolidação das constituições contemporâneas, onde as regras e princípios constitucionalmente estabelecidos passaram a vincular todo o ordenamento jurídico. As normas constitucionais passaram a ser condicionantes e parâmetro de validade das normas infraconstitucionais (BARROSO, 2015, p. 521).

Gilmar Mendes explica, de modo geral, o surgimento e o que vem a ser neoconstitucionalismo:

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo (MENDES, 2015, p. 54).

Assim como o positivismo, o neoconstitucionalismo é marcado por alguns fenômenos característicos, tais quais: a rigidez constitucional; a implantação de um sistema de controle de constitucionalidade de leis; a Constituição torna-se norma vinculante (normativização da Constituição); o desenvolvimento de princípios constitucionais como normas norteadoras de toda ordem jurídica; a aplicabilidade das normas constitucionais às relações sociais; as leis passam a ser interpretadas sob o prisma constitucional; há uma ruptura da barreira entre direito e a moral; e também surgem os tribunais ou cortes constitucionais (SARMENTO, 2006).

O neoconstitucionalismo concebe a Constituição como um projeto político cuja função não se limita à fixação das regras estruturantes do Estado. Nesse momento, a pretensão da Constituição também liga-se a uma função social transformadora, que pretende condicionar e impor limites às decisões da maioria. O Estado passa a tomar uma postura positiva em relação aos direitos fundamentais, devendo não violá-los e garantir as mínimas condições para que todos possam gozar de seus direitos individuais (SARMENTO, 2006). Os direitos fundamentais, nesse novo paradigma, não são vistos apenas como direitos exclusivamente subjetivos, a eles serão acrescidos uma dimensão objetiva, segunda a qual, todo e qualquer direito fundamental possui eficácia irradiante, que permitirá sua direta incidência sobre as mais diversas relações jurídicas existentes na sociedade¹ e também tais direitos passarão a ser “baliza” de interpretação e aplicação de outras normas jurídicas, especialmente, aquelas cujo comando seja mais aberto e a linguagem mais indeterminada (SARMENTO, 2006).

Dentre as profundas transformações provocadas pelo neoconstitucionalismo no mundo do Direito, Paulo Ricardo Schier verifica as seguintes: a intervenção da moral na solução dos casos difíceis; a utilização da técnica da ponderação na aplicação do direito; a maior liberdade interpretativa criativa dos magistrados; a normatividade dos princípios; a mudança na maneira de racionalizar o direito; e a criação de uma nova teoria da interpretação (SCHIER, 2005, p. 148-149).

Nesse momento, fala-se em filtragem constitucional, que é um fenômeno decorrente da força normativa da Constituição, que preconiza a constitucionalização do direito infraconstitucional (SCHIER, 2005, p. 146). O Judiciário, antes tido como mero aplicador da norma, toma uma postura mais positiva, desempenhando um papel de limitador dos outros Poderes e conformador de toda a vontade do Poder Constituinte.

¹ Inicialmente os direitos fundamentais foram concebidos como direitos dos cidadãos frente ao Estado, cujo objetivo era limitar a liberdade estatal e promover as liberdades individuais dos cidadãos. Agora, com o paradigma neoconstitucionalista, os direitos fundamentais passaram a incidir também sobre as relações entre os particulares, o que é denominado de *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais.

Sobre esse aspecto do neoconstitucionalismo, é oportuno citar o que afirma Clarissa Tassinari:

[...] ao colocar a Constituição no centro do debate jurídico, reforçando o papel do direito constitucional, o neoconstitucionalismo trouxe importantes contributos para repensar o constitucionalismo, proporcionando significativos e inegáveis avanços. Contudo, ao lado disso e em contraposição, preponderantemente foi destinada ao Judiciário a tarefa de realização desse projeto constitucional, trazendo como uma das principais características deste novo constitucionalismo a discricionariedade judicial. Ou seja, a “revolução do novo constitucionalismo” se daria via Poder Judicial (TASSINARI, 2012, p. 35).

Observa-se um choque existente entre esse “novo” constitucionalismo e o conceito de democracia. O Poder Judiciário salta de mero intérprete da lei para a posição de co-produtor normativo. Verifica-se, com esse novo modelo, uma ampla constitucionalização da vida, fator que tem provocado o aumento de demandas judiciais e que favorece a participação política de juízes e tribunais na vida da sociedade. Esses fatores, em conjunto com outros que serão vistos nos próximos itens, proporcionam dois fenômenos, que são peças chave do presente trabalho: a judicialização da política e o ativismo judicial.

2.2 A Judicialização da Política

A constitucionalização do direito, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é, sem dúvida, um dos principais motivos do surgimento do protagonismo judicial no Brasil, que é revelado pelos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. Tais fenômenos foram potencializados por essa Lei Maior, cujo caráter dirigente e compromissório, transformaram-lhe em uma verdadeira “instrução normativa” que não se restringe a disciplinar a estrutura básica do Estado e a garantia dos direitos fundamentais, indo muito além, tratando de temas de natureza não constitucional (*strictu sensu*) como: previdência, ordem econômica, ordem tributária, servidores públicos, entre outros (SARMENTO, 2006).

Campos (2015, p. 28) afirma que o fato acima mencionado somado a crise institucional que, na atualidade, sofrem os Poderes Executivo e Legislativo, fizeram do Judiciário uma instância quase que hegemônica, na qual o povo brasileiro depositou a sua confiança para uma possível solução para a falta de compromisso social dos demais Poderes do Estado. O legislador constituinte achou por bem conferir ao Poder Judiciário uma função fiscalizadora, cujo objetivo precípua é a manutenção da ordem constitucional através da

contenção das arbitrariedades dos demais Poderes estatais. O arcabouço constitucional brasileiro pós-88 é largo e profundo. Tal fator, não isoladamente, implicou diretamente no crescimento substancial no número de ações judiciais, culminando na chamada “explosão da litigiosidade”, conforme expressão de Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 1989, p. 39).

O número crescente de demandas judiciais tratando sobre diversos temas, proporcionou ao Poder Judiciário a possibilidade de maior participação na vida da sociedade, tudo isso é fruto das transformações contemporâneas na configuração do sistema de justiça (VERBICARO, 2017, p.326). Loiane Prado Verbicaro explica que essa crescente demanda judicial implicou numa mudança significativa no espaço institucional do Judiciário, fazendo com que o mesmo passasse a desempenhar novas funções institucionais em decorrência de fatores políticos e sociais (VERBICARO, 2017, p. 326). No que tange às mudanças políticas, a eminente autora ainda explica que houve uma transformação no Estado, e que tal transformação provocou mudanças no Judiciário. Já no que diz respeito ao aspecto social, verifica-se que houve uma emancipação das forças sociais que implicou diretamente no surgimento de novas formas de organização judicial (VERBICARO, 2017, p. 326-327). Essas transformações são frutos da mudança na racionalidade do direito, onde se verifica o fenômeno do neoconstitucionalismo provocando o deslocamento de competências políticas para o Judiciário e implicando diretamente no aumento de sua importância como vetor de transformação social no Brasil.

Esses fatores políticos (mudanças nas competências institucionais das instituições estatais) e sociais (emancipação do indivíduo que passou a exigir os seus direitos perante o judiciário), somados “às condicionantes e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social resultou na consolidação da judicialização da política nas democracias ocidentais contemporâneas” (VERBICARO, 2017, p. 327).

Verifica-se que devido a esses fatores está havendo uma constante expansão no espaço institucional das Cortes, o que está fazendo delas verdadeiros atores políticos. A judicialização da política bem como ativismo judicial são dois fenômenos que evidenciam de modo substancial essa nova perspectiva do Poder Judiciário, revelando as mudanças na racionalidade do direito e os efeitos de sua constitucionalização conforme discutido no tópico anterior (CAMPOS, 2015, p. 154).

É importante salientar que o fenômeno da judicialização tem causas múltiplas. No Brasil, a judicialização está pautada em três fatores, que não são únicos, mas sim principais, conforme ensina Luiz Roberto Barroso: na redemocratização do país, na constitucionalização

abrangente e no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2009, p. 19-20).

Segundo o autor, a redemocratização do país é fruto da promulgação da Constituição de 1988. Explicando tal fato, Barroso afirma que com a Carta de 1988 o Judiciário recuperou as suas garantias, fator que o fez deixar de ser um mero “departamento técnico-especializado” transformando-se em um “verdadeiro poder político” incumbido da proteção da Constituição e das leis. O ambiente democrático, estruturado com essa nova Constituição, provocou mudanças substanciais na postura dos cidadãos, conferindo-lhes consciência de seus direitos, fazendo com que eles passassem a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Além disso, a expansão institucional do Ministério Público e a presença da Defensoria Pública, fruto também desse processo de redemocratização, provocou o aumento da demanda da judicialização, visto que o Ministério Público passou a atuar em outras áreas do direito além do âmbito penal e a Defensoria Pública permitiu que os cidadãos desprovidos de condições econômicas viabilizassem ações judiciais (BARROSO, 2009, p. 20).

A segunda causa da judicialização, na perspectiva de Barroso, foi a constitucionalização abrangente. Conforme se verificou no primeiro tópico do presente capítulo, a constitucionalização abrangente provocou o deslocamento de assuntos políticos para o âmbito de decisão do Poder Judiciário, fazendo com que temas antes restritos ao processo político majoritário tenha participação direta do Judiciário em sua consecução. A Carta brasileira transformou Política em Direito, permitindo que matérias inerentes às políticas públicas e aos direitos fundamentais sejam pleiteadas diretamente no Poder Judiciário (BARROSO, 2009, p. 19-20).

No que tange a esse ponto relativo à Constituição de 1998 apontado por Barroso, é imprescindível ressaltar também o que pondera Daniel Sarmiento a respeito. Segundo esse autor a constitucionalização do Direito no Brasil se dá de dois modos: “a constitucionalização pela direta regulação constitucional de matéria outrora confiada à discricção do legislador, e a constitucionalização pela filtragem constitucional do ordenamento jurídico” (SARMENTO, 2006).

A terceira causa da judicialização, segundo Barroso, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que combina o modelo de controle concreto com o incidental. Isto é, qualquer lei inconstitucional pode ser afastada incidentalmente no caso concreto por qualquer tribunal ou juiz do Brasil, e o Supremo Tribunal Federal poderá, através da via abstrata, expurgar do ordenamento jurídico pátrio qualquer norma inconstitucional, devendo toda e qualquer esfera e instância do Estado observar tal decisão. Outro ponto bem destacado por

Barroso diz respeito ao rol de legitimados a propor as ações de controle judicial de constitucionalidade, que é relativamente extenso, o que permitiu, um amplo acesso ao Supremo, fazendo com que diversas pretensões das mais diversas categorias sociais fossem judicializadas (BARROSO, 2009, p.20).

A judicialização da política, em linhas gerais, é um fenômeno decorrente da ampliação da possibilidade de participação qualitativa e quantitativa do Poder Judiciário em decisões cuja competência, em regra, pertence aos Poderes Legislativo e Executivo (VERBICARO, 2017, p. 326). Nesse sentido a judicialização da política é um “fenômeno pelo qual questões políticas, deliberadas no âmbito do Legislativo ou Executivo, passam a ser decididas nas arenas judiciais a partir de argumentos jurídicos, ou na linguagem de Dworkin, a partir de argumentos de princípios”² (VERBICARO, 2017, p. 327).

É importante ressaltar a distinção entre os conceitos de judicialização da política e politização da justiça. Enquanto que o primeiro decorre de uma aproximação entre o direito e a política, evidenciada pela ampla constitucionalização de questões políticas, máxime as questões de direitos fundamentais, a segunda decorre da inserção de “argumentos políticos no interior do sistema e do discurso judicial, através da lógica político-partidária ao processo de tomada de decisão judicial” (VERBICARO, 2017, p. 328).

Nessa perspectiva, a judicialização é um fenômeno decorrente da juridicização de questões políticas (VERBICARO, 2017, p. 328). Em outras palavras, a judicialização nada mais é do que o resultado da aproximação entre direito e política, proporcionado, sobretudo, pelo fenômeno do neoconstitucionalismo, que trouxe para o arcabouço constitucional, uma série de temas antes restritos as instâncias políticas tradicionais, permitindo que questões inerentes à política majoritária fossem decididas pelo Poder Judiciário.

Deste modo, afirma-se que a judicialização é proporcionada por fatores externos a vontade do Judiciário. Aqui no Brasil, por exemplo, onde a Constituição é analítica, verifica-se que quase toda a vida política e social do país está disciplinada no texto constitucional, tanto as questões mais importantes quanto as questões menos importantes são problemas constitucionais. Esse fato somado a outros fatores fortalece a judicialização da política e leva

² Loiane Prado Verbicaro define a judicialização da política a partir da distinção que Dworkin fazia entre política e direito. A política, segundo Dworkin, refere-se a um padrão que estabelece um objetivo a ser perseguido, uma finalidade. Para tanto, a política fundamenta-se em “argumentos de política” que tem o condão de proteger um objetivo geral da comunidade. O direito, por sua vez, constitui-se em um padrão que merece ser observado por ser uma “exigência de justiça” ou “equidade” ou ainda, uma “dimensão da moralidade”. O direito, segundo Dworkin, fundamenta-se em argumentos de princípios, que são aqueles dotados de juridicidade, que detém um caráter deontológico (VERBICARO, 2017, p. 327).

ao Poder Judiciário a árdua tarefa de decidir sobre as mais diversas questões da sociedade (CAMPOS, 2015, p. 152).

Importante destacar que o fenômeno da judicialização da política tem origem em diferentes variáveis que oscilam conforme a realidade política de cada Estado. Nas democracias contemporâneas o referido fenômeno é recorrente e tem a sua base estruturada basicamente sobre argumentos de supremacia constitucional (que engloba a necessidade de controle judicial das leis com a finalidade de garantir a manutenção dos regimes democráticos bem como de um “núcleo substancial de direitos intangíveis” – os direitos humanos) e sobre argumentos do “império do direito” que implica no controle a ser exercido na arena majoritária (VERBICARO, 2017, p. 338).

O fenômeno da judicialização, conforme já foi dito, projetou-se de modo mais agressivo com promulgação da Constituição de 1988, que trouxe mudanças substanciais para o direito ao atribuir uma enorme importância aos princípios constitucionais além de ter consagrado os fundamentos do Estado Democrático de Direito e ter elevado o princípio do acesso à justiça a status de direito fundamental, fazendo com o que o processo, instrumento por meio do qual os cidadãos obtêm do Estado uma resposta “justa”, seja concebido como um instrumento pautado em valores axiológicos, sociais e políticos sobre os quais se assenta a dinâmica social (VERBICARO, 2017, p. 339 - 342).

O princípio da tripartição de Poderes, segundo o qual os três Poderes do Estado devem ser exercidos com autonomia e independência também guarda relação com a questão da judicialização da política no Brasil. No que tange a esse tema, Loiane Prado Verbicaro explica que:

Nos regimes tripartites e com supremacia Constitucional, o Poder Judiciário desfruta de prerrogativas que o autorizam e o legitimam a atuar como poder limitador dos atos e decisões dos outros poderes do Estado. Dessa forma, o Judiciário age tanto como um legislador negativo, quando suspende a eficácia da norma ou parte dela; como atua, também, como legislador positivo, quando interpreta, aplica e define o sentido e a abrangência do texto normativo (VERBICARO, 2017, p. 343-344).

Além disso, a importância do papel contramajoritário do Poder Judiciário, justificado pelo constitucionalismo moderno, que tem por escopo a limitação do poder da maioria e a proteção dos direitos fundamentais das minorias, tem sido importante vetor da judicialização da política no Brasil (VERBICARO, 2017, p. 344). No próximo capítulo será discutido e conceituado esse papel que detém o Poder Judiciário na política brasileira, a fim de verificar-

se a justificativa a qual ele se assenta dentro de uma democracia constitucional como é o caso da brasileira.

É importante ressaltar, no que tange a esse aspecto evolutivo do Judiciário frente aos demais poderes, o que preconizava, ainda em 1999, Luiz Werneck Vianna, segundo o qual o:

Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, de acordo com os cânones clássicos do republicanismo jacobino, para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana (VIANNA, 1999, p. 53).

Outro aspecto, que também é vetor da judicialização da política em território brasileiro é o caráter aberto e indeterminado de alguns comandos normativos da Constituição Federal de 1988, que contempla as normas programáticas e uma série de conceitos indeterminados que conferem elevado grau de discricionariedade ao magistrado, conferindo-lhe papel de destaque no momento em que interpreta e aplica a Constituição (VERBICARO, 2017, p. 344). Além disso, aqui no Brasil, verifica-se uma progressiva “superação do modelo formalista de interpretação”, que implicou na substituição do formalismo jurídico por uma postura interpretativa mais criativa dos juízes frente ao novo papel que o direito detém dentro dessa nova perspectiva do Estado Democrático de Direito. Sobre esse papel mais participativo do Judiciário, verifica-se que não há a criação da lei do ponto de vista formal, o que há na verdade, é uma interpretação construtiva, o que a Loiane Prado Verbicaro denomina de “processo interpretativo produtivo” (VERBICARO, 2017, p. 348).

Alexandre Azevedo Campos complementa o raciocínio do parágrafo anterior enfatizando que essas mudanças supracitadas passaram a compor a linha de pensamento de alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal provocando a sua ascensão político-institucional:

[...] a supremacia normativa e axiológica da Constituição, centralidade e irradiação dos direitos fundamentais, normatividade dos princípios, reaproximação entre direito e moral (*virada kantiana*) e afirmação do papel político-institucional e de agente de transformação social do Judiciário passaram a fazer parte do pensamento e da prática da maioria dos membros do Supremo – rejeição ao formalismo literalista de outrora, interpretação mais criativa da Constituição e dos textos legais, prevalência do discurso dos direitos fundamentais sobre as prioridades do Estado, inclusão de argumentos de caráter moral e pragmático como justificativas normativas, afirmação do ofício da Corte na adequação da Constituição às transformações sociais. Essa nova perspectiva comportamental tornou menos nítidas as fronteiras entre Direito e Política na jurisprudência do Supremo e avançou seu papel sobre a realidade social (CAMPOS, 2015, p. 272).

O controle judicial de constitucionalidade das leis somados ao rol extensivo de legitimados a propor as ações diretas de controle de constitucionalidade das leis são, também, fatores relevantes nesse processo de judicialização da política no Brasil (VERBICARO, 2017, p. 350). O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro proporcionou a ampliação do espaço institucional do Supremo Tribunal Federal bem como de todo o Judiciário, dado ao fato de que em solo brasileiro adota-se tanto o modelo concentrado de controle, de competência do Supremo Tribunal Federal, quanto o sistema difuso, realizado por qualquer instância do Poder Judiciário mediante a apreciação do caso concreto.

A abertura democrática proporcionada pela promulgação da Constituição Federal de 1988 propiciou o surgimento de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais que passaram a mobilizar e a recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento e da concretização dos seus direitos. Tal fator, somado aos demais que acima foram citados, serviu e serve de combustível a esse movimento crescente de judicialização da política no Brasil.

Além disso, observa-se o desencantamento dos cidadãos brasileiros com o Legislador, que pouco tem agido em prol dos direitos da coletividade, envolvendo-se, muitas vezes, em escândalos de corrupção que levam milhares de brasileiros a miséria. Nota-se que, por vezes, o Legislativo brasileiro não trabalha em sintonia com os anseios sociais. Há um descompasso entre o sistema legal e os conflitos sociais, que tem provocado um “inchaço” no volume de leis, em decorrência do Estado-Legislator tentar compatibilizar à realidade sócio-político-econômica ao seu sistema legal, provocando o fenômeno da “hipertrofia legislativa”, que tem como uma de suas principais implicações a ausência de “logicidade, integração e coerência” entre as normas que compõe esse exacerbado arcabouço legal (VERBICARO, 2017, p. 359). Ainda no que tange ao Legislativo, verifica-se uma deficiência existente na desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político decisório na implementação de políticas públicas, fato que implica no deslocamento do Poder Judiciário para a arena política a fim de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos (VERBICARO, 2017, p. 361).

Os fatores acima elencados, trazidos pelos diversos autores consultados, não encerram o debate acerca dos elementos impulsionadores da judicialização da política no Brasil, porém, eles são, para o presente trabalho, suficientes e os mais importantes para a compreensão do fenômeno da judicialização da política no Brasil. Feito essa ressalva, agora analisar-se-á o ativismo judicial, que já adiantando, é um fenômeno político-jurídico que caminha ao lado da judicialização, mas que se difere dela em alguns aspectos que serão descritos a seguir.

2.3 Ativismo Judicial

2.3.1 A relação entre ativismo judicial e o princípio da separação de poderes

O ativismo judicial, assim como a judicialização da política, é um fenômeno que diz respeito à relação existente entre o Poder Judiciário e os demais Poderes do Estado. Ambos os temas enfrentam a problemática da interpretação do direito e do tipo de argumento que legitimamente pode compor uma decisão judicial (STRECK, 2016).

No Brasil, assim como na maioria dos países onde vigora o conceito moderno de democracia, vige o princípio da separação de Poderes. Cada Poder do Estado detém uma parcela da competência de um todo, que é uno, devidamente disciplinado em uma Constituição. Com o objetivo de se evitar a concentração do Poder estatal nas mãos de um só agente, o referido princípio visa inibir possíveis abusos, visto que ele reparte a competência estatal entre os esses diversos agentes.

No Brasil, há três Poderes constituídos, que segundo o art. 2º da Constituição Federal de 1988, são independentes e harmônicos entre si, são eles: o Legislativo; o Executivo; e o Judiciário. Os dois primeiros têm seus membros eleitos mediante o voto popular, isto é, são candidatos eleitos e legitimados democraticamente através de um sistema eleitoral. Enquanto que o último Poder tem seus membros selecionados e nomeados, em regra, através de concurso público, sendo a exceção a indicação política, conforme prevê a Constituição. Enfim, nenhum membro do Poder Judiciário é eleito através do voto popular, daí dizer que ele exerce uma função contramajoritária, visto que muitas de suas decisões vão de contra ao que propõe os Poderes democraticamente constituídos.

Os três Poderes existentes no Estado devem sempre observar o que diz a Constituição Federal, essa é a regra principal do constitucionalismo. Conforme se viu no tópico 2.1, o neoconstitucionalismo promoveu uma série de mudanças na postura do Poder Judiciário frente aos demais Poderes. Tudo isso se deu, principalmente, com a instituição de um sistema judicial de controle de constitucionalidade dos atos normativos, com a ampliação do rol de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos e com a instituição de uma jurisdição constitucional, encarregada da proteção da Constituição.

Esses fatores ampliaram a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na política majoritária brasileira. Essa ampliação da participação política do Poder Judiciário na política (em especial a do Supremo Tribunal Federal) tem influência direta no fenômeno do ativismo judicial.

2.3.2 A origem do termo ativismo judicial

A terminologia ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez fora do meio jurídico ou político. Segundo Campos (2015, p. 43) o primeiro a utilizar o referido termo foi o historiador norte-americano Arthur Schlesinger Jr, quando em 1947 publicou um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947* na Revista *Fortune*, Vol. XXXV.

O referido historiador, conforme demonstra Alexandre Campos, dividiu a Suprema Corte norte-americana em dois grupos nos quais: haviam aqueles que defendiam a autorrestrição (ou autocontenção) judicial, capitaneados ou influenciados por Felix Frankfurter e aqueles juízes a favor de uma postura mais ativista, liderados pelo juiz Hugo Black (CAMPOS, 2015, p. 43).

Barroso (2010, p. 9), falando sobre o que publicou Schlesinger, descreve o conflito na Corte Suprema americana de 1947:

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.

Investigando mais a fundo esse conflito, Campos (2015) assevera que o Juiz Black, defensor de uma postura mais ativista, afirmava que cabia ao Judiciário a “responsabilidade primária e o dever de executar e tornar efetivas as liberdades constitucionais e as limitações sobre os Poderes Executivo e o Legislativo” (CAMPOS, 2015, p. 44). O referido autor ainda afirma que para Black a *Bill of Rights* havia excluído do Congresso qualquer poder sobre os direitos e liberdades individuais, e que, em contrapartida, havia depositado sobre o Judiciário o dever de proteger tais direitos (CAMPOS, 2015, p. 44).

Campos (2015) afirma que o juiz Frankfurter, defensor de um Judiciário deferente aos demais Poderes, era a favor de uma postura pautada na autocontenção, onde a Suprema Corte estaria sujeita aos limites inerentes às sociedades democráticas, significando que toda e

qualquer interpretação tomado pelo Judiciário não poderia ir além do sentido atribuído pelo legislador à norma. Juízes ativistas, na concepção de Franckfurth, atribuem sentidos normativos diferentes às leis, e por isso são antidemocráticos e usurpam a função que a democracia depositou sobre os legisladores eleitos (CAMPOS, 2015, p. 46).

Camargo (2016, p. 239) afirma que essa disputa, ocorrida na Corte Suprema de 1947, narrada por Arthur Schlesinger Jr, revela que a origem do termo “ativismo judicial” remete à análise da postura interpretativa tomada por juízes no momento em que proferem decisões. Segundo o autor, juízes defensores da autorrestrição julgam conforme as leis, enquanto que juízes ativistas recorrem as suas convicções pessoais na hora de decidir.

Campos (2015, p. 48), por sua vez, afirma que a discussão entre ativistas e defensores da autocontenção judicial é mais político-institucional do que jurídico-metodológica, visto que ao optar por uma das duas posturas descritas acima – postura ativista ou autorrestrita – o juiz estará decidindo sobre o “espaço decisório da Suprema Corte no sistema constitucional e político do país” (CAMPOS, 2015, p. 48).

2.3.3 A definição do termo ativismo judicial

Após o seu aparecimento em 1947 no texto de Arthur Schlesinger Jr, o termo “ativismo judicial” tornou-se popular, porém, muitas vezes é utilizado em um sentido pejorativo (BARROSO, 2015, p. 370; CAMPOS, 2015, p. 149).

O que se nota é que há uma indefinição conceitual (CAMPOS, 2015, p. 149). Por vezes, o referido fenômeno é confundido com o conceito de judicialização da política (STRECK, 2016, p. 724). Barroso (2009, p. 21) explica que a judicialização é um fato, não decorre da vontade do Poder Judiciário, e conforme verificou-se no tópico anterior, tal fenômeno decorre do modelo constitucional adotado no Brasil. Portanto, a judicialização não constitui um exercício deliberado da vontade política. Já o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2009, p. 21).

Lênio Streck, ao fazer a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política, explica que a judicialização da política é um fenômeno que sempre será observado em regimes democráticos sustentados por uma Constituição normativa. Segundo o autor, tal fenômeno está ligado ao adequado funcionamento das instituições conforme o desenho institucional estabelecido na Constituição (STRECK, 2016, p. 724). O ativismo judicial, por sua vez, está relacionado com a resposta que o Poder Judiciário oferece à questão objeto da

judicialização, ou seja, o ativismo judicial seria “um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político” (STRECK, 2016, p. 724).

Campos (2015, p. 152) afirma que o ativismo judicial detém um núcleo comportamental no qual sempre estará presente:

[...] o exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles. O núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida.

Kmiec (2004) *apud* Valle (2009, p. 23) aponta as cinco principais características inerentes às decisões ativistas que são: a) a invalidação de atos constitucionais praticados pelos demais poderes (Executivo e Legislativo; b) a não observação de precedentes; c) substituição da decisão dos legisladores pelas decisões judiciais; d) as práticas interpretativas pouco ortodoxas; e) e o julgamento premeditado.

Explicando essas características, Kmiec (2004) *apud* Valle (2009, p. 23) afirma que o ativismo judicial constitui prática que fere o princípio da separação de poderes e o princípio da democracia, visto que ao invalidar ato constitucional das instâncias políticas majoritárias, juízes e cortes invalidam a decisão legítima emanada da maioria. No que tange a não observação de precedentes, o autor pondera que o ativismo judicial se dá pela ausência de segurança jurídica, onde não há a possibilidade de prever as decisões que as cortes ativistas proferirão sobre casos idênticos. Na concepção de Kmiec (2004), Juízes ativistas, sempre decidem criando o direito, através de práticas interpretativas pouco ortodoxas, ultrapassando os limites da atividade judicante, esbarrando no trabalho do legislador. Entretanto, sobre esse ponto, convém ressaltar o que pondera Valle (2009, p. 23), segundo o qual é difícil identificar uma metodologia interpretativa de caráter ativista. No que tange ao julgamento premeditado, o autor pondera que em alguns casos, as decisões ativistas já tem uma decisão antes mesmo do caso ser julgado.

Diante do exposto, conceitua-se ativismo judicial como a prática decisória que adota uma interpretação expansiva dos conceitos jurídicos legais e constitucionais, ilegítima, que amplia o espaço institucional inerente ao Poder Judiciário, aumentando-lhe a capacidade de interferir nos espaços políticos majoritários.

2.4 Autorrestrrição judicial (ou autocontenção)

O termo oposto ao ativismo judicial é a autorrestrrição judicial. A autorrestrrição, ao contrário do ativismo judicial, preconiza uma postura isenta do Poder Judiciário. Segundo Alexandre Azevedo Campos, dois elementos norteiam essa postura mais restrita do Poder Judiciário, são eles: a prudência e a deferência. A deferência em favor dos outros poderes e a prudência como mecanismo de preservação da própria autoridade judicial. Tais elementos são contemporâneos ao surgimento do constitucionalismo democrático nos Estados Unidos e ao nascimento do debate sobre o papel do Judiciário no sistema político norte-americano (CAMPOS, 2015, p. 177).

Em síntese, a autorrestrrição é uma doutrina de contenção do poder judicial frente aos poderes políticos, ela aponta, basicamente, para o dever de respeito dos juízes e cortes em favor das decisões prévias dos outros poderes. Os fundamentos da autorrestrrição judicial são diversos, porém matem o seu núcleo nas ações por deferência e por prudência. A deferência, em linhas gerais, pauta-se em valores políticos e se encaixa na filosofia política do constitucionalismo democrático, segunda a qual cabe ao Poder Judiciário a guarda da Constituição, porém, com moderação, visando o respeito aos poderes democraticamente constituídos. A prudência, por sua vez, observa valores de estabilidade institucional, tal fato não quer dizer que ela seja incompatível com os princípios do constitucionalismo democrático. Quando um juiz ou uma corte agem com prudência, eles evitam que suas decisões colidam frontalmente com os demais poderes, respeitando o espaço político majoritário, a fim de proteger a sua capacidade institucional (CAMPOS, 2015, p. 177).

Pautando-se nesses valores, Alexandre Azevedo Campos define a autorrestrrição como:

[...] a filosofia adjuducatória ou mesmo a prática decisória que consiste em retração do poder judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político institucional (CAMPOS, 2015, p. 177).

Desse modo, infere-se que a postura ativista do Judiciário invade os espaços democráticos destinados aos demais Poderes do Estado extrapolando os limites constitucionalmente estabelecidos.

3 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Analisar o ativismo judicial constitui-se em uma questão relacional que preconiza que uma decisão judicial extrapolou o seu espaço decisório. Sendo assim, para se analisar se a decisão de determinado órgão é ativista ou não, se faz necessário conhecer o seu âmbito de atuação (competência do órgão jurisdicional), evidenciando qual o papel que a ele foi designado pelo constituinte. Portanto, para a melhor compreensão do ativismo judicial que ocorre no âmbito do Supremo, é necessário desenvolver-se um estudo relativo à jurisdição constitucional, a natureza jurídica e a legitimidade que ele detém para atuar no campo político brasileiro. Além disso, nesse capítulo, será tratado a estrutura, a organização, a composição e a competência do Supremo.

3.1 Jurisdição Constitucional

No que tange ao conceito de jurisdição, os processualistas dizem que se trata da aplicabilidade de normas gerais e abstratas aos casos concretos submetidos a um juiz ou a um tribunal, tratando-se assim, de uma das mais importantes funções do Estado.

Ao exercer a jurisdição, o Estado diz o direito aplicando-o ao caso concreto em substituição as vontades colidentes num determinado litígio. No que tange a sua substância, a jurisdição pode ser ordinária ou constitucional. A jurisdição constitucional, que é o foco do presente estudo, trata exclusivamente de matérias de ordem constitucional, enquanto que, em contrapartida, a jurisdição ordinária tem caráter residual, tratando de todos os demais assuntos não constitucionais. É válido lembrar que quando aqui está se falando em “assuntos constitucionais”, quer se fazer referência à todos os temas abordados pelo texto da Constituição. Feita essa breve distinção, conclui-se que a jurisdição constitucional diz respeito à interpretação e à aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário.

Um dos aspectos mais importantes da jurisdição constitucional é o controle de constitucionalidade das leis, porém não se trata do único. A jurisdição Constitucional não trata apenas do controle de leis e atos normativos dos demais Poderes, mas também do controle de outros atos do Poder Público, desde que tal controle esteja baseado no texto constitucional.

Deste modo, pode-se definir a jurisdição constitucional como o poder que é exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do

ordenamento jurídico infraconstitucional conforme a Constituição (BARROSO, 2011, p. 359).

O objetivo principal da jurisdição constitucional é a preservação da supremacia da Constituição. No Brasil, ela é exercida por todos os juízes e tribunais através do controle difuso, e também, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal de modo abstrato, no controle concentrado. Por tais fatos, diz-se que o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil é misto, dado que ele poderá ocorrer incidentalmente, constituindo-se em questão prejudicial do processo, no caso concreto, ou, poderá ser concentrado, onde a declaração de inconstitucionalidade se dará de modo principal, constituindo-se no objeto principal do processo.

3.2 O Supremo Tribunal Federal e seu papel na democracia brasileira

3.2.1 O Supremo Tribunal Federal enquanto Suprema Corte e Tribunal Constitucional

De posse do conceito de jurisdição constitucional, estudado no tópico 3.1, é importante se fazer a definição e a distinção dos conceitos de Tribunal e Corte constitucional, bem como verificar em qual desses dois conceitos se enquadra o Supremo Tribunal Federal.

De modo geral, na maior parte dos ordenamentos jurídicos vigentes, o exercício do controle concentrado de constitucionalidade é atribuído a uma corte constitucional ou a um tribunal, que são os dois modelos básicos de jurisdição constitucional.

O modelo de jurisdição constitucional “tribunal constitucional” foi formulado pelo eminente jurista austríaco, Hans Kelsen. Tal modelo preconiza que o tribunal constitucional trata-se de um tribunal especial, cujos membros são juízes, de profundo conhecimento de ordem técnica-jurídica e com sensibilidade política, que proferem “sentenças” com efeitos *erga omnes*, vinculando toda a sociedade. Tal tribunal, conforme a concepção kelseniana, deve funcionar desvinculado da organização jurisdicional ordinária. O objetivo de um tribunal constitucional é somente a realização do controle de constitucionalidade das leis de modo abstrato. Nesse modelo, o tribunal constitucional tem competência exclusiva para julgar qualquer questão de natureza constitucional, significando que, presente num determinado caso concreto questão constitucional prejudicial, o juiz competente pelo respectivo caso deveria suspendê-lo e submeter a questão constitucional ao tribunal constitucional (SAMPAIO, 2002, p. 37-38).

Segundo Clève (1995, p. 54), a concepção de tribunal constitucional, enquanto modelo de jurisdição constitucional, é, na verdade, uma função constitucional autônoma, comparável a função legislativa negativa, pois as decisões dos tribunais constitucionais excluem do ordenamento jurídico as leis oriundas do Poder Legislativo incompatíveis com o texto constitucional.

Em geral, os tribunais constitucionais têm os limites de sua competência jurisdicional dispostos na própria Constituição. Porém, há, em alguns ordenamentos, a possibilidade de o legislador ordinário disciplinar tais limites (SAMPAIO, p. 104-105).

No modelo de suprema corte, por sua vez, a competência jurisdicional constitucional é atribuída a qualquer juiz, sendo a corte constitucional a terceira instância, ou instância suprema no controle jurisdicional de constitucionalidade. Nesse modelo, o controle é incidental, isto é, ele é exercido mediante a apresentação da questão constitucional em determinado processo (SAMPAIO, 2002, p. 38). Percebe-se então que, no referido modelo, a suprema corte integra o sistema judiciário, exercendo o papel de terceira instância.

É importante salientar que, em alguns países, os modelos de tribunal constitucional e de suprema corte são adotados fora dos padrões originais que aqui foram citados. Há casos, por exemplo, que adotam as características de ambos os sistemas. O caso brasileiro é um bom exemplo disso, onde o Supremo Tribunal Federal exerce tanto o controle concentrado, de modo exclusivo, quanto o controle difuso, de modo compartilhado com os demais juízes e tribunais presentes no sistema jurisdicional pátrio.

Ao combinar esses dois sistemas, o Supremo Tribunal Federal ocupa uma posição peculiar, exercendo as funções de suprema corte, quando atua como órgão jurisdicional de última instância em questões constitucionais, além de atuar, também, como um verdadeiro tribunal constitucional, quando exerce diretamente o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis de modo abstrato (MENDES, 1998, p. 20). Sendo assim, no presente trabalho, entende-se que o Supremo Tribunal Federal exerce tanto as funções de Tribunal Constitucional como a de Suprema Corte.

3.2.2 Estrutura e Organização do Supremo Tribunal Federal

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal tem jurisdição em todo o território nacional, cabendo-lhe à guarda da Constituição. Ele é composto por onze ministros, que são nomeados pelo Presidente da República, após aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, CF/88).

Os seus ministros detêm mandato vitalício, aos quais são asseguradas as mesmas garantias inerentes aos demais membros da magistratura. Essas garantias são essenciais para a sua independência e imparcialidade.

O Presidente da Corte é eleito por seus pares para mandato de dois anos, não podendo ser reeleito. Além disso, o Supremo Tribunal Federal detém autonomia administrativa, financeira e orçamentária (Art. 96, CF/88).

Embora breve, o presente tópico é importantíssimo para se compreender o avanço institucional do Supremo. Visto que tais garantias, como logo será visto, não permitem que seus ministros sucumbam às ameaças provenientes dos mais diversos ramos da sociedade.

3.2.3 A competência do Supremo Tribunal Federal

Como já mencionado no tópico anterior, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda precípua da Constituição. Tendo, o referido Tribunal, competências originárias e recursais. Em suas competências originárias, o Supremo decide em juízo único e definitivo. Em caráter recursal, o Supremo aprecia as decisões dos demais tribunais ou juízos que violem a Constituição.

André Ramos Tavares divide as competências da Corte constitucional brasileira em quatro grupos. O primeiro grupo diz respeito às competências ligadas diretamente a preservação da Constituição (ações diretas de controle de constitucionalidade – ADI, ADC e ADPF); enquanto que o segundo grupo comporta a competência para julgar as pessoas em razão de foro por prerrogativa de função, como por exemplo, o julgamento do Presidente da República nos casos de crimes comuns por ele praticado; já terceiro grupo diz respeito às competências recursais ordinárias e extraordinárias; e o quarto grupo está relacionado aos casos que envolve a soberania do Estado, como, por exemplo, a extradição solicitada por outros países ao Brasil (TAVARES, 1998, p. 130).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102 define a competência do Supremo Tribunal Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
 - c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
 - d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
 - e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
 - f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
 - g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
 - h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 - i) o ***habeas corpus***, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
 - j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
 - l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
 - m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
 - n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
 - o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
 - p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
 - q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
 - r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;
- II - julgar, em recurso ordinário:
- a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
 - b) o crime político;
- III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal

André Ramos Tavares entende que as atribuições dispostas na alínea “a” e “p” (competência para julgar ações de controle de constitucionalidade e medidas cautelares nelas propostas) são exemplos de funções desempenhadas tipicamente por um Tribunal Constitucional, já no que tange a competência recursal, o referido autor entende que se trata de função típica de uma Corte Constitucional, corroborando o que foi defendido no tópico 3.2.1, quando se afirmou que o Supremo Tribunal Federal é uma Corte e um Tribunal Constitucional funcionando num só órgão (TAVARES, 127-128, 1998).

3.2.4 A natureza jurídica das atividades exercidas pelo Supremo Tribunal Federal

O presente tópico visa analisar, de modo geral, a natureza jurídica das atividades desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente naquilo que toca o seu caráter jurisdicional e político.

A compreensão da natureza jurídica da atividade desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal carece da diferenciação entre direito e política. Para tanto, o presente trabalho vale-se da proposta de diferenciação de Luiz Roberto Barroso, que afirma que no direito vigora o primado das leis e o respeito aos direitos fundamentais, enquanto que na política vigora a soberania popular e o princípio majoritário. No direito predomina a razão, enquanto que na política há o predomínio da vontade. O direito, em sua criação, não está apartado da vontade política, porque, segundo o eminente autor, ele é fruto da atividade do processo constituinte ou legislativo, que emana de uma vontade política. Porém, no que tange a sua aplicabilidade, o direito deve ser desvinculado do processo político que o criou (BARROSO, 2010, p. 16).

Ainda para responder a proposta do presente tópico, é relevante o embate sobre a natureza do controle de constitucionalidade das leis travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Segundo Schmitt, o controle de constitucionalidade das leis é uma atividade política, e por tal motivo, essa atividade não deve ser exercida por um tribunal, pois faz dele um órgão político. Em contrapartida, Kelsen afirma que o fato de um tribunal exercer o controle de constitucionalidade, não faz dele um órgão político, desde que haja elementos garantidores de sua independência, o que não permitirá a sua inclinação política em decorrência de possíveis represálias, preservando, portanto, o seu caráter jurisdicional (TAVARES, 1998, 29-30).

Segundo Carnelutti, a justiça constitucional segue o princípio da inércia, o que significa que a sua manifestação está sujeita a uma prévia provocação por algum sujeito interessado, tal característica é um dos pressupostos da jurisdição. De modo contrário, os órgãos políticos, pertencentes aos Poderes Executivo e Legislativo, exprimem a sua vontade sem a necessidade de prévia provocação, e podem deixar ou não de realizar algo com ou sem provocação (MELLO, 1968, p. 120).

Embora exista alguns traços políticos nas atividades e na estrutura do Supremo Tribunal Federal, como por exemplo a indicação política de seus membros pelo Presidente da República, tal fato não é razão suficiente para apontá-lo como órgão político.

Outro aspecto relevante, que alguns doutrinadores utilizam para classificar o Supremo como órgão político, está relacionado ao fato de que muitos de seus julgados versam sobre questões políticas ou sobre o fato de que suas decisões possuem efeitos políticos.

Todavia, é importante salientar que não se pode confundir a natureza da decisão tomada com o caráter político da matéria tratada ou com os efeitos políticos de suas decisões. Pois, embora se refira às questões políticas ou tenha efeitos políticos, a decisão não será, em linhas gerais, de natureza política, visto que todas as decisões do Supremo devem ser motivadas juridicamente, obedecendo as normas processuais vigentes, fator que impede de classificá-las como uma decisão de natureza política, haja vista que o mecanismo que a provoca é de índole jurídico-processual.

3.2.5 O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal

No segundo capítulo, tratou-se da definição de ativismo judicial e verificou-se que um dos propelentes de sua prática é o controle de constitucionalidade das leis, e um dos pontos polêmicos do *judicial review* gira em torno da dificuldade contramajoritária que enseja a sua prática.

Mas o que é dificuldade contramajoritária?

Como já foi mencionado, o Supremo Tribunal Federal tem como função precípua a guarda da Constituição através do controle de constitucionalidade dos atos normativos emanados do Poder Legislativo e Executivo, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, desempenha o que definiu-se logo acima, de jurisdição constitucional. Na prática da jurisdição constitucional, no momento em que exerce o controle de constitucionalidade, o Supremo poderá invalidar os atos do Congresso Nacional e do Presidente da República, sendo que ambos são eleitos pelo povo. Isso significa que alguns ministros não eleitos

democraticamente podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à interpretação que fora feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. Essa prática, aparentemente desarmônica com um Estado democrático, a doutrina constitucional denominou de “dificuldade contramajoritária” (BARROSO, 2015, p. 36).

Uma parte da doutrina denuncia que a intervenção judicial na política não possui respaldo democrático, representando, portanto, um tremendo risco à saúde da democracia. Não obstante, ressalta-se que nem sempre a intervenção judicial na vida política poderá representar um “crime” contra a democracia. Tal afirmação justifica-se pelo que se propõe a seguir.

A primeira justificativa que aqui apresenta-se é de caráter normativo. Tal justificativa preconiza que o Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem o poder de intervenção na vida da sociedade justificada pela própria Constituição (BARROSO, 2009, p. 25). Esse fato não é particularidade do Brasil, segundo Barroso (2009, p. 25), a maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos não detentores de mandatos eletivos, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.

Quando juízes decidem com base na Constituição, na verdade, eles estão concretizando as decisões do constituinte ou do legislador, que são, por excelência, representantes do povo (BARROSO, 2009, p. 25). Embora tal lógica esteja em conformidade com o princípio da separação de poderes, ela deve ser aceita com algumas pontuações, pois como se sabe, a tese de que magistrados não tem vontade política própria é ultrapassada, principalmente quando se fala de decisões que versam sobre direitos fundamentais, onde o magistrado se depara com expressões e conceitos indeterminados, com significados demasiadamente vagos. Nesses casos, além de outros, afirma-se que os magistrados são “co-participantes” do processo de criação do direito (BARROSO, 2009, p. 25).

A segunda justificativa tem caráter filosófico. O Estado constitucional democrático provém de dois conceitos que “andam” juntos, mas que estão, aparentemente, em rota de colisão, são eles: o constitucionalismo e a democracia (BARROSO, 2009, p. 26).

O constitucionalismo pressupõe a existência de um limite ao poder e o devido respeito aos direitos fundamentais. A democracia, por sua vez, privilegia a soberania do povo enquanto verdadeiro titular do poder, isto é, o poder que fundamenta-se na maioria (BARROSO, 2009, p. 26). Sem a devida reflexão necessária, verifica-se que existem tensões

e conflitos, aparentes, entre a democracia e o constitucionalismo. Nesse momento é que entra em jogo a importância do papel da Constituição.

A importância da Constituição, nessa perspectiva, se resume, principalmente em dois papéis. No primeiro papel, a Constituição irá estabelecer as regras da democracia, possibilitando uma “ampla participação política, o governo da maioria e a alternância no poder” (BARROSO, 2009, p. 26). Ressalte-se que a democracia não diz respeito a preponderância do princípio majoritário, há casos, por exemplo, nos quais deve haver uma efetiva proteção dos valores e direitos fundamentais, ainda que tais direitos e valores esbarrem na vontade da maioria, é nesse momento que entra em jogo o segundo papel importante da Constituição: o de limitar a vontade da maioria (BARROSO, 2009, p. 26).

Importante é observar que a legitimidade das decisões judiciais não deriva da aprovação popular, mas sim de sua efetiva consonância com a ordem jurídico-constitucional. Desse modo, em conformidade com o que propõe Daniel Sarmento, neste trabalho defende-se que a decisão, ainda que contrária à vontade popular, mas que promova a constitucionalização do ordenamento jurídico, não é ilegítima, visto que o objetivo do constitucionalismo é proteger os valores e princípios constitucionais da “miopia e do arbítrio das multidões” (SARMENTO, 2006).

Assim, é possível observar a importância que detém a jurisdição constitucional ao desempenhar as suas funções em uma democracia. Pondera-se que tal jurisdição deve ser exercida com deferência e prudência, isto é, o Judiciário, ao exercê-la, deve respeitar os espaços reservados aos demais Poderes, sendo deferente ao Legislativo e ao Executivo quando esses se verem alinhados com a Constituição, e prudente, de modo que através das suas decisões evite o seu próprio declínio institucional.

Nesse sentido, defende-se que o Supremo Tribunal Federal, por conta de sua ilegitimidade democrática, não está autorizado a implementar políticas públicas, ressalvado os casos em que as questões políticas estejam inseridas na legislação, ou quando, de forma razoável, venham afetar a efetivação de princípios, direitos e valores constitucionais (VERBICARO, 2017, p. 328).

O que se observa é que existe um espaço na política onde é legítimo o Judiciário transitar, como é defendido por Loiane Prado Verbicaro no trecho a seguir:

[...] se uma diretriz política violar direitos fundamentais, a questão ultrapassa o fórum da política, atingindo a esfera da juridicidade. O conflito torna-se também jurídico, legitimando o Judiciário a atuar com o estrito objetivo de resguardar a política de preservação de direitos dos indivíduos. O controle judicial (judiciabilidade) de questões políticas propicia, pois, a

compatibilização das diretrizes políticas do Estado a um núcleo essencial de direitos fundamentais – correção das distorções políticas aos valores constitucionais. Admitir que diretrizes políticas estejam fora da incidência do controle judicial significa permitir a negação das bases fundamentais do Estado Democrático de Direito (VERBICARO, 2017, p. 334).

Quando se defende a existência desse espaço sobre o qual o Judiciário está autorizado a transitar, afirma-se que a intervenção dele na política visa complementar e não excluir a participação das instâncias políticas tradicionais, não representando, portanto, uma obstrução da via democrática, mas sim a sua manutenção (VERBICARO, 2017, p. 335).

É válido ressaltar que quando se defende a intervenção do Judiciário em questões políticas, não se defende que o mesmo tome decisões com base em argumentos políticos, o que aqui se quer defender é a intervenção do Judiciário em questões políticas seguindo a lógica jurídica, pautado na estrita observação do que propõe o texto da Constituição. Isto é, “as decisões judiciais devem, assim, ser geradas por princípios (jurídicos) e não por políticas (fundamento político)” (VERBICARO, 2017, p. 335).

Ainda que contra a vontade da maioria (dificuldade contramajoritária) a atuação do Poder Judiciário pode ser legítima. É legítima quando a sua decisão, mesmo tratando de questões políticas, for tomada para a manutenção e respeito do sistema jurídico e para a garantia da Constituição. A principal função do sistema jurídico, é a de garantia e respeito do texto constitucional, através da imposição de limites à atuação do Governo em decorrência da preservação dos direitos fundamentais e da democracia (VERBICARO, 2017, p. 335). Sendo assim, o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, bem como o papel de todo o Poder Judiciário é salutar à democracia quando este for desempenhado para a preservação da ordem jurídica constitucional vigente.

4 O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O tópico que se inicia versará a respeito do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Nele será feita uma breve contextualização à respeito de como se deu o avanço institucional do Supremo. Logo em seguida se estudará os fatores que impulsionaram e impulsionam esse avanço institucional, e que, consequentemente, promoveram e ainda promovem o ativismo judicial desse Tribunal. E por último, será demonstrada algumas decisões ativistas do STF e as suas implicações no âmbito de atuação dos demais Poderes do Estado.

4.1 O avanço institucional do Supremo Tribunal Federal

A Carta Política de 1988 foi um divisor de águas, no qual de um lado existia um Supremo passivista, constrangido e perseguido por atos normativos arbitrários e ameaças políticas de aposentadorias compulsórias, e de outro, um Supremo com maior independência política e institucional. Antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal era uma corte de baixo poder decisório, fato que se deu em decorrência do regime autoritário instaurado no Brasil na era Vargas e com o golpe militar de 1964. A virada nesse quadro de passivismo judicial foi fruto da abertura democrática e da criação de uma nova Constituição, que conferiu ao Supremo um novo desenho institucional.

No fim do século passado, iniciou-se a era do ativismo judicial. Não se sabe a data certa, pois o processo de adoção de posturas ativistas, por parte do Supremo, foi gradativo. Aos poucos a Suprema Corte brasileira foi deixando de ser autorrestritiva. Em 1998, por exemplo, por meio da ADI 1.753/DF³, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo passou a ser mais rígido no que diz respeito ao controle de constitucionalidade dos pressupostos de urgência e de relevância das medidas provisórias, minimizando, assim, o seu caráter político, e repelindo do sistema jurídico pátrio medidas provisórias que não apresentavam, a de modo contundente, tais pressupostos.

Em 2007, no momento em que julgou os MI(s) 670, 708 e 712⁴, que versaram a respeito da possibilidade de greve dos servidores públicos, o Supremo decidiu, por bem, através daquela via, suprir, de modo direto, a omissão inconstitucional do Poder Público, atribuindo eficácia *erga omnes* à sua decisão.

³STF - Pleno. ADI 1753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16.04.1998, Dj de 12.06.1998.

⁴ STF - Pleno. MI (s) 670, 708 e 712, Rel. Min. Eros Grau. J. em 25.10.2007

Em determinados casos que trataram sobre questões políticas e eleitorais, o Supremo foi personagem importante. Em 2004, por meio do RE 197.917/SP⁵ de relatoria do ministro Maurício Corrêa, o Supremo, através de decisão notoriamente ativista, “suprimiu” a autonomia que a Constituição conferia aos municípios para a fixação do número de vereadores dentro dos limites estabelecidos por ela.

Outro caso de ativismo judicial do Supremo, que teve bastante repercussão midiática, foi a questão da “infidelidade partidária”, onde ele decidiu que a vaga na Câmara dos Deputados pertence ao partido político e não ao candidato, quando este último se desfiliar ou transferir-se para outro partido político⁶.

Em 2010, o Supremo julgou um importante caso inerente a Lei da Ficha-Limpa, onde o objetivo era saber se a Lei Complementar 135, publicada no dia 07 de junho de 2010, poderia ser aplicada às eleições daquele ano, a despeito da regra contida no artigo 16 da Constituição, que dispõe sobre o princípio da anterioridade eleitoral. O primeiro julgado foi em sede de recurso extraordinário⁷ promovido pelo atual Senador Jader Barbalho, que nessas eleições elegeu-se senador com mais 1,7 milhões de votos, porém, teve o seu registro indeferido em decorrência da existência de anterior renúncia a cargo eletivo de senador para evitar o processo de cassação. O julgamento terminou empatado em função do desfalque de um membro, razão pela qual foi mantida a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, o qual não havia permitido o registro. Não obstante, tal decisão perdurou até a Corte estar com os seus onze integrantes.

Em 23 de março de 2011⁸, o tema voltou a ser julgado, e a Corte decidiu, através da maioria de seis votos contra cinco, pela aplicação da anterioridade, portanto, a Lei da Ficha-Limpa não pôde ser aplicada nas eleições de 2010. O ponto importante dessa decisão é que os candidatos que tiveram a sua inscrição impugnada tiveram mais de 8 milhões de votos, e “apenas” seis votos dos ministros do Supremo validaram esses mais de 8 milhões de votos que tiveram os candidatos, supostamente, “fichas sujas”, fato que demonstra a importância da atividade judicante do Supremo ante esse processo de judicialização de questões políticas vivenciado no Brasil.

Quando foi criada a Lei da Ficha-Limpa, muito se discutiu a respeito da constitucionalidade de alguns de seus dispositivos, em função disso, mais uma vez ela caiu nas mãos do Supremo, porém, agora em sede de controle concentrado de constitucionalidade

⁵ STF – Pleno, RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 24.03.2004, Dj de 07.05.2004.

⁶ STF – Pleno, MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. em 04.10.2006, DJ de 17.10.2008.

⁷ STF – Pleno, RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 27.10.2010, DJ de 20.06.2011.

⁸ STF – Pleno, RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 23.03.2011, DJ de 18.11.2011.

(ADI e ADC). Em 16 de fevereiro de 2012, por maioria de sete a quatro, o Supremo Tribunal Federal declarou a total constitucionalidade da lei⁹.

Além das questões político-eleitorais de grande relevância, o Supremo também tem atuado no campo das questões morais complexas. Em 29 de maio de 2008, ele decidiu que pesquisas com células-tronco não violam a vida, tampouco a dignidade da pessoa humana.¹⁰ Em 05 de maio de 2011, sob fortes argumentos pautados na força normativa dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, a Corte Suprema brasileira equiparou a união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva.¹¹ Outro caso de aplicação direta de princípios constitucionais de conteúdos extremamente vagos, ocorreu na decisão em que o Pretório Excelso prolatou no famoso caso que versou sobre a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos. Nessa decisão, o Supremo criou mais uma hipótese de excludente de ilicitude pautada, sobretudo, nos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde da mulher, de sua autodeterminação e de seus direitos sexuais reprodutivos.¹²

A complexidade e o caráter polêmico dessas decisões tomadas sobre esses temas moralmente controversos, mostram que o Supremo Tribunal Federal tem atuado sobre a justificativa de fazer valer os valores constitucionalmente eleitos. Não vigora dúvida de que o Supremo é uma peça fundamental e vetor importantíssimo nas transformações políticas e sociais e na concretização dos direitos fundamentais na sociedade brasileira. Diante da letargia do Congresso, o Supremo tem atuado, e através de sua atuação, ele tem proporcionado significativas mudanças nos valores constitucionais a fim de que eles, os valores, acompanhem as mudanças sofridas pela sociedade.

Nesse viés, torna-se relevante o papel que o Tribunal tem desempenhado em relação aos direitos de grupos minoritários e desprotegidos. Em 2012, o Supremo se posicionou favoravelmente às políticas de cotas étnico-raciais¹³ e de cotas socioeconômicas¹⁴. No famoso caso “Raposa Serra do Sol”, a Corte impôs dezenove condições para a demarcação de terra indígena¹⁵. O interessante é que tal critério tem sido seguido pela Advocacia Geral da União para ser aplicados em casos semelhantes, em 2012 ela estabeleceu uma portaria¹⁶ com o conteúdo da decisão proferida pelo Supremo. Em 2014, no caso da Terra Indígena Gurani-

⁹ STF – Pleno, ADCs 29 e 30, e ADI 4578, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 16.02.2010.

¹⁰ STF – Pleno, ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 29.05.2008, *DJ* 28.05.2010.

¹¹ STF – Pleno, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 05.05.2011, *DJ* 14.10.2011.

¹² STF – Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.04.2012, *DJ* 29/04/2013

¹³ STF – Pleno, ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26.04.2012, *DJ* de 21.10.2014

¹⁴ STF – Pleno, ADI 3330/DF, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 03.05.2012

¹⁵ STF – Pleno, PET 3388/RR, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 19.03.2009, *DJ* de 01.07.2010

¹⁶ PORTARIA AGU nº 303, de 16 de julho de 2012.

Kaiowá, o STF aplicou o mesmo entendimento que teve no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (PET 3388) e decidiu reformar acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que indeferiu mandado de segurança com o qual o proprietário da fazenda buscava invalidar a declaração da área como terra indígena¹⁷.

Conforme se demonstrou nos parágrafos anteriores, o Supremo tem tratado sobre as mais variadas matérias inerentes a vida da sociedade. Os casos acima apontados revelam o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. É válido ressaltar que eles não esgotam os exemplos de como o Supremo tem sido ativista e tem atuado de modo expandir e modificar os sentidos dos comandos constitucionais, princípios e direitos fundamentais, além de criar normas não previstas na Constituição, como ocorreu no supracitado caso da “infidelidade partidária”.

4.2 Fatores impulsionadores do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal

4.2.1 Fatores Institucionais

Uma das consequências do processo de constitucionalização é a valorização da Constituição como norma jurídica maior, o que implica dizer que toda e qualquer norma produzida deve ser pautada no texto constitucional, caso contrário, ela poderá ser afastada do ordenamento jurídico pátrio via controle concentrado de constitucionalidade.

A Constituição de 1988, abriu espaço para esse tipo de controle ao ampliar o rol dos legitimados a propor ação direta de constitucionalidade. Como visto no capítulo anterior, antes somente o Procurador-Geral da República era legitimado¹⁸. Com a abertura desse espaço, novos legitimados tiveram a possibilidade de impetrar, diretamente no Supremo, essas ações, contribuindo para a construção dos significados constitucionais e para a configuração da nova ordem jurídica.

Uma das mudanças que merece destaque, pois tem influenciado substancialmente na configuração institucional do Supremo, é a reconfiguração do papel institucional do Procurador-Geral da República. Hoje, com maior independência, pois ele não pode mais ser exonerado *ad nutum* pelo Presidente da República (na ordem constitucional anterior podia),

¹⁷ STF – 2ª Turma, RMS 29087/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 08.03.2016. *DJ* 22.04.2016

¹⁸ Art. 114, I, “I” da Constituição Federal de 1967

sua atuação representa cerca de 6,69% das ADI(s) propostas¹⁹. Antes, a utilização do controle concentrado de constitucionalidade era mínima, pois o único legitimado a propor era o Procurador-Geral da República, que com medo de represália por parte do Presidente, pouco utilizava esse instrumento.

Além disso, a Carta Política de 1988 tem um caráter analítico, onde se verifica uma ampla constitucionalização de direitos e um rol giganstesco de direitos fundamentais, fator que tem oportunizado ao Supremo atuar e, conseqüentemente, remarcar publicamente as fronteiras de seu poder judicial (ARGUELHES, 2009, p.10; SARMENTO, 2006). Observa-se, então, que o caráter abrangente e compromissário de nossa Constituição, máxime ao exacerbado rol de direito fundamentais, implica diretamente na configuração institucional do Supremo (SARMENTO, 2006).

4.2.2 Fatores Políticos

A realidade atual do Supremo foi politicamente construída. Nessa esteira, Arguelhes (2009, p. 7) defende que a predominância do Supremo no cenário político e social é um fenômeno que tem uma de suas respostas na interação desse Tribunal com a política e, mais concretamente, com os políticos.

Campos (2015, p.260) afirma que a existência de cortes fortes e de jurisdição constitucional ampla é uma opção política, que a qualquer momento pode sofrer restrições ou ampliações. O ativismo judicial do Supremo tem sido politicamente ambientado (ARGUELHES, 2009, p. 7). O Supremo muitas vezes tem sido chamado a se manifestar sobre temas de cunho essencialmente político, mas isso não se dá em decorrência de uma decisão egoísta da Suprema Corte brasileira. Em muitos casos, até mesmo membros do Poder Legislativo tem buscado, dentro do Supremo, combater decisões políticas que não conseguiram derrotar pela via legislativa. Em outros casos, o Supremo tem sido útil aos demais Poderes, pois o Tribunal tem puxado para si temas que eles, “os políticos”, não querem tratar devido aos seus altos custos político-eleitorais (ARGUELHES, 2009, p. 7). Arguelhes (2009, p. 7) afirma que o Legislativo, em muitos casos, não interfere nas decisões do Supremo Tribunal Federal porque “há certos temas cuja ‘usurpação’, por ele, representa ganhos políticos para o Congresso”.

¹⁹ Dado disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>

Um outro fator político que tem servido ao ativismo judicial do Supremo, é a questão da fragmentação de poder, fruto dos inúmeros partidos existentes no cenário político atual. E válido ressaltar que tal fator tem sido uma das causas da estabilidade democrática no Brasil (TATE, 2008, p. 29 *apud* CAMPOS, 2015, p. 264).

Segundo Campos (2015, p. 265), a difusão do poder político favorece o ativismo judicial, pois: a) oportuniza os conflitos entre os partidos e, conseqüentemente, a judicialização de questões políticas; b) a independência das cortes são aumentadas em consequência da ausência de uma “instância hegemônica de poder” (CAMPOS, 2015, p.265).

O pluripartidarismo, portanto, impede o surgimento de agremiações soberanas e assegura a fragmentação tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo. Na realidade, isso impede que o Presidente da República governe sozinho, resultando na prática de trocas de favores entre o Executivo e o Legislativo. Em síntese, o Governo só governa com o apoio dos parlamentares, conquistado através de alianças políticas, fenômeno que Abranches (1988) denomina de “presidencialismo de coalizão”.

O fenômeno do presidencialismo de coalizão implica na real fragmentação do poder político, fator que influencia diretamente na estabilidade do regime democrático e na segurança institucional do Supremo, pois cria um ambiente político que permite a atuação mais ativista do Supremo, que tem servido aos demais Poderes como fator de equilíbrio (VIEIRA, 2008, p. 428).

4.2.3 Fatores sociais

A atuação ativista do Supremo bem como a sua relevância no cenário político brasileiro, também, se deve a fatores sociais. O Supremo tem ajustado as suas decisões às opiniões populares, e isso tem cumprido importante papel nas relações estabelecidas entre o Tribunal e os demais Poderes. Isso se dá porque os membros dos demais Poderes raramente farão oposição a uma decisão do Supremo que tem aceitação popular expressiva. O caso do nepotismo²⁰ é um bom exemplo disso.

Como foi dito anteriormente, a decisão de muitas questões polêmicas e socialmente controversas são transferidas pelos outros Poderes para o Supremo. Tratar a respeito dessas questões pode acarretar reação adversa por parte da sociedade, em função de seus altos custos políticos. Em contrapartida, uma vez que o Supremo se posiciona sobre estas questões, as

²⁰ STF – Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.08.2008, *DJ* de 24.10.2008.

modificações das suas decisões, principalmente as de cunho progressista, podem ter um custo político mais elevado. Se omitir para não decidir e respeitar a decisão tomada, são as atitudes mais estratégicas que os demais Poderes podem adotar. A estabilidade das decisões do Supremo está diretamente relacionada com a sua aceitação social. Ao satisfazer os anseios da sociedade, o ativismo judicial é socialmente fortalecido.

Outro fator social que tem fortalecido a atuação ativista do Supremo, é o descrédito das instâncias políticas tradicionais em decorrência de não apresentar uma solução adequada aos problemas da sociedade (GARAPON, 2001 *apud* VERBICARO, 2017, p. 372). A sociedade tem transferido para o Judiciário questões que muitas vezes são rechaçadas quando em pauta no Parlamento. O Supremo tem sido uma nova forma de representação para a sociedade. Cittadino (2004, p. 232) afirma que em outros países e no Brasil, há uma grande mobilização política da sociedade que tem implicado na expansão do poder dos tribunais, e, conseqüentemente, tem fomentado o crescimento do fenômeno do ativismo judicial.

4.2.4 Fatores jurídico-culturais

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, também, é fruto de uma nova perspectiva comportamental pautada em fatores jurídico-culturais que, de modo claro, estreitaram os limites existentes entre o Direito e a Política.

A superioridade da Constituição, a irradiação dos direitos fundamentais, a concepção dos princípios com força normativa, a consolidação do Poder Judiciário como agente de transformação social e a importância do papel político desempenhado pelas cortes, passou a fazer parte do pensamento dos ministros do Supremo. Houve uma mudança jurídico-cultural no discurso daquele Tribunal na finalidade de fazer valer os novos preceitos constitucionais. Essa mudança se revela através da adoção de uma interpretação mais criativa da Constituição, pautada em teorias como a da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e da sua aplicação direta, além da adoção do papel de conformador da Constituição às mudanças sociais (BARROSO, 2010).

4.3 O avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal para o espaço decisório dos demais Poderes do Estado

4.3.1 O Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo

Falar da relação entre o ativismo judicial do Supremo e o Poder Legislativo, é falar da metodologia utilizada por aquele Tribunal para inovar na ordem jurídica. De antemão, ressalta-se que essa metodologia refere-se ao modo como os ministros do Supremo interpretam e aplicam as normas constitucionais. Tal metodologia revela que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel político, criando normas jurídicas através de práticas hermenêuticas que, certamente, exorbitam a sua função.

A metodologia de decisão utilizada pelo Tribunal envolve a discussão inerente a superação do legislador negativo, pautado no dogma kelseniano do juiz enquanto intérprete fiel ao que dispõe o texto constitucional e sugere a adoção da figura do juiz enquanto legislador positivo. Em outras palavras, a metodologia do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, em muitas vezes, é contrária a concepção kelseniana de juiz constitucional, e concebe o juiz como co-autor no processo de criação do direito.

Segundo Campos (2015, p. 277), o Supremo Tribunal Federal vem desenvolvendo uma jurisprudência de práticas políticas e institucionais através da utilização de metodologias fortemente ativistas. O referido autor afirma que essa metodologia é desenvolvida pelo Supremo nos seguintes eixos, que não são únicos, mas os mais expressivos:

- (a) interpretação e aplicação das normas constitucionais
- (b) interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial;
- (c) controle da omissão legislativa inconstitucional (CAMPOS, 2015, p. 277).

4.3.1.1 Interpretação e aplicação das normas constitucionais

A Carta Política de 1988 traz em seu bojo uma série de comandos normativos imprecisos, com elevada carga axiológica, que sugerem, muitas vezes, direitos fundamentais implícitos, que dada a sua imprecisão, não chegam a oferecer um paradigma efetivamente seguro para a solução dos litígios que ocorrem na sociedade (SARMENTO, 2006).

Há uma certa dificuldade em se distinguir a aplicação “autêntica” do que dispõe a Constituição da criação normativa do Supremo. Alguns autores, a exemplo de Lênio Streck, expressam preocupação com essa prática, pois segundo eles, ela pode levar o Supremo a se tornar uma espécie de “terceiro constituinte” (STRECK *et al.*, 2011).

Na prática, essa metodologia tem desenvolvido um conjunto de práticas hermenêuticas baseadas na efetividade e aplicabilidade direta das normas constitucionais, em especial, a aplicação direta de princípios e direitos fundamentais.

O ativismo dessa prática metodológica decorre da expansão de significados de princípios constitucionais abstratos e imprecisos a ponto de serem aplicados imediatamente ao caso concreto, sem a intervenção direta do Poder Legislativo através da lei. O problema disso é que a interpretação criativa da Constituição pode restringir a liberdade do Legislador, pois a sua aplicação direta cria normas concretas através de preceitos que carecem de precisão e que apenas direcionam o Estado para a concretização de seus valores e finalidades (SARMENTO, 2009, p. 40). A respeito dessa prática ativista, Campos (2015, p. 279) adverte que o juiz constitucional toma a vez do legislador definindo os meios pelos quais o Estado alcançará as finalidades e os valores constitucionais.

Barroso (2009, p. 75), por sua vez, afirma que a Corte brasileira tem se utilizado dos princípios constitucionais diretamente, sem qualquer intermediação do Legislador. Caso que ocorreu na decisão do Supremo quando ele proibiu o nepotismo pautado apenas na aplicação direta dos princípios da moralidade e da impessoalidade previstos no art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988²¹. Segundo o Min. Ricardo Lewandowski “a vedação ao nepotismo decorre exatamente da conjugação desses princípios da Constituição, com o *etos* prevalente na sociedade brasileira”. Nesse caso do nepotismo, a Corte entendeu que essa proibição prescindia de lei, podendo ela ser imposta diretamente pela Constituição, haja vista que os princípios constitucionais têm força normativa e podem ser diretamente aplicados ao caso concreto.

O Supremo também tem criado regras através da interpretação constitucional pautada na estrutura da Constituição (CAMPOS, 2015, p. 281). O exemplo dessa prática foi o caso que versou sobre a questão da perda de mandato parlamentar no caso de “infidelidade partidária”²². Mesmo diante da ausência de dispositivo constitucional que disciplinasse os casos de infidelidade partidária, a Corte Constitucional brasileira entendeu que dentro do sistema de “representação proporcional para eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce a liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelos partidos políticos”, e, devido a tal fato, o Tribunal advertiu que “o destinatário do voto é o partido político” que possibilita a candidatura eleitoral. O Supremo, nessa decisão, afirmou que o candidato quando eleito, vincula-se aos objetivos e programas da agremiação à qual estava filiado no momento da eleição, e ao abandoná-la, ele se afasta da escolha do eleitor. Portanto, a fidelidade

²¹ STF – Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.08.2008, *DJ* de 24.10.2008; Súmula Vinculante nº 13.

²² STF – Pleno, MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. em 04.10.2006, *DJ* de 17.10.2008.

partidária é decorrente dos princípios democráticos estabelecidos no texto constitucional vigente, não necessitando de norma que a discipline de modo expreso.

O ativismo judicial dessa decisão é notório, pois a Constituição de 1988 estabelece em seus artigos 55 e 56, de modo claro, um rol taxativo de situações nas quais haverá a perda do mandato²³. Em seu voto (vencido), o Ministro Joaquim Barbosa deixou claro esse posicionamento:

[...] não me parece adequado resolver a questão posta nos autos à luz de princípios supostamente implícitos na nossa Constituição. A razão para isso é muito simples. É que, a meu ver, o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria, e fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, que previa a perda do mandato nesses casos. Optou, nos artigos 55 e 56 da Constituição, por dizer de maneira exaustiva quais são as hipóteses de perda do mandato pelo parlamentar eleito pelo voto popular. Dentre essas hipóteses, não figura a perda por infidelidade partidária, como bem já decidiu esta Corte diversas vezes.

Em alguns casos, a prática do ativismo judicial expande o conteúdo normativo da regra constitucional a ponto de criar judicialmente regra completamente nova com o intuito de adequar a Constituição aos anseios sociais (CAMPOS, 2015, p. 284).

Em algumas situações, observa-se que o Direito não consegue acompanhar as profundas transformações sociais, nesses casos as Cortes constitucionais têm especial relevância. Principalmente porque o Parlamento brasileiro apresenta dificuldade para tratar de questões moralmente controversas, que envolvem elevados custos políticos. Exemplo nítido dessa prática de ativismo foi o “caso da união homoafetiva”²⁴. Nesse caso, invocando os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da proibição do preconceito por orientação sexual, o Supremo Tribunal Federal defendeu que o direito em

²³ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
- III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
- IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
- V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
- VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;
- II - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse articular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.

²⁴ STF – Pleno, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 05.05.2011, *DJ* de 14.10.2011.

jogo encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem proteção aos direitos fundamentais, que são autoaplicáveis e que, portanto, podem incidir diretamente nas relações privadas. O Supremo reconheceu a legitimidade da união estável homoafetiva a partir da aplicação de princípios demasiadamente abstratos e de forte caráter moral que compõem o rol dos direitos fundamentais presentes na Constituição. Ora, de modo claro está disciplinado essa questão no artigo 226, § 3º da Constituição de 1988, cuja inteligência afirma que a União Estável reconhecida é apenas entre homem e mulher. Embora a sociedade brasileira anseie por mudanças desse tipo, o Supremo Tribunal Federal não pode usurpar a competência do Poder Constituinte derivado e modificar o sentido claro do texto exposto na Constituição

4.3.1.2 Interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial

Na interpretação conforme a constituição, o juiz constitucional aplica as normas infraconstitucionais na direção exigida pela Lei Maior (CAMPOS, 2015, p. 287). Diferentemente do que se propôs no tópico anterior, onde se aplicava diretamente o texto constitucional, aqui, por sua vez há a aplicação indireta da Constituição através do comando infraconstitucional (SILVA, 2006. p. 191). Aqui ocorre o que Canotilho e Moreira (1991) definem como filtragem constitucional.

Na declaração de nulidade parcial é mantido o enunciado normativo impugnado, mas são afastadas as hipóteses de aplicação contrárias a Constituição, de modo que pode haver a redução expressa de parte do texto ou não (MENDES, 2015, p. 1310).

Um caso relevante em que o Supremo se utilizou da interpretação conforme a Constituição, foi o julgamento da “Lei Maria da Penha”²⁵. Nesse caso o Supremo deu interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, inciso I, 16 e 41, da Lei 11.340/06, alterando os sentidos desses dispositivos, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação a qualquer discriminação atentatória as liberdades fundamentais, entendendo que a ação penal em caso de violência doméstica contra a mulher, que venha lhe provocar lesão corporal, tem natureza incondicionada. Ressalte-se que a própria lei prever que ação deve ser condicionada a representação da ofendida.

²⁵ STF – Pleno, ADI 4424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.02.2012.

Outro caso de criação judicial do direito através da interpretação conforme a Constituição, foi o da “Raposa Serra do Sol”²⁶. No referido caso, o Supremo ratificou o ato demarcatório questionado no processo. Porém, o Tribunal, através do voto do Min. Menezes Direito, visando conformar a prática demarcatória com as regras de usufruto de terras indígenas e de segurança nacional previstas na Constituição, *criou* 19 condições restritivas que devem ser observadas pelo Poder Público nos atos de demarcação contínua dessas terras.

Outro caso no qual o Supremo se utilizou dessa prática interpretativa, foi no que versou sobre a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos²⁷. O objetivo era conferir interpretação conforme a constituição aos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, afim de tornar o aborto de fetos anencefalos mais uma hipótese de excludente de ilicitude. Com o voto da maioria de seus membros, o Pleno do Supremo decidiu, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, do direito à liberdade, da autonomia, da privacidade e da saúde da mulher, que a antecipação terapêutica de fetos anencéfalos não viola a Constituição, sendo, portanto, situações de aborto de fetos com anencefalia considerados atípicos. O Ministro Gilmar Mendes reconheceu em seu voto que ao conferir interpretação conforme a Constituição no presente caso, o Supremo estaria suprimindo uma lacuna legislativa incompatível com o espírito do Código Penal e com a Constituição. Ele fundamentou seu voto no fato de que na época da elaboração do Código Penal, o Legislador criminal não tinha acesso à tecnologia que hoje se tem para prever durante a gestação da mulher os casos de bebês com acefalia.

4.3.1.3 Controle Judicial da omissão legislativa inconstitucional

Nos primórdios da vigência da Constituição de 1988, o Supremo entendia que não podia suprir a omissão legislativa inconstitucional na hipótese de total omissão. Ele apenas declarava a omissão inconstitucional e dava ciência dela ao legislador, para que esse viesse suprir a lacuna.

Em 2007, em sede de Mandado de Injunção, no caso que versou sobre a possibilidade de greve dos servidores públicos, o Supremo mudou seu posicionamento autorrestritivo a esse respeito. Nesse referido caso, em detrimento da inércia injustificada e abusiva do Poder Legislativo em tratar sobre o tema, o Supremo decidiu que tinha a “competência” para sanar essa lacuna e proferiu decisão no sentido de que em casos de greve de servidores públicos

²⁶ STF – Pleno, PET 3388/RR, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010.

²⁷ STF – Pleno, ADPF 54/DF, j. em 12/04/2012.

serão aplicadas as regras da Lei nº 7.783/89, que regula o direito de greve do setor privado. Na decisão desse caso, o Supremo conferiu eficácia *erga omnes*, cuja duração está condicionada a criação de lei que regule a questão.

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no presente caso é gritante. Pois ele não se limitou a resolver apenas o caso que lhe foi imposto, quando conferiu eficácia *erga omnes* a sua decisão.

4.3.2 O Supremo Tribunal Federal e o Poder Executivo

O controle de constitucionalidade de leis orçamentárias e dos critérios de relevância e urgência de medidas provisórias, são exemplos claros, nos quais é possível verificar o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal sobre a competência constitucional do Poder Executivo.

Na ADI-MC 4.048²⁸, o Supremo deixou claro que toda lei (ainda que a mesma seja de efeitos concretos) está sujeita ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, incluindo as leis orçamentárias. Além disso, na mesma ADI-MC 4.048, o Supremo Tribunal Federal julgou-se competente para avaliar a constitucionalidade dos critérios de relevância e urgência das medidas provisórias. Nesse referido caso, o Pretório Excelso considerou liminarmente inconstitucional a edição de medida provisória para a abertura de créditos extraordinários, entendendo não estarem presentes os requisitos de imprevisibilidade e urgência das despesas a serem cobertas por essa modalidade de crédito, como prevê o artigo 167, § 3º, da Constituição. O Ministro Cezar Peluso, em voto vencido, deixou claro o ativismo dessa decisão e o consequente esvaziamento do poder político decisório do Poder Executivo, no seguinte fragmento:

Recorrendo a critérios pessoais, posso dizer que, em muitos ou na maioria dos casos de medida provisória, se me fosse dado, como agente institucional, examinar se havia relevância e urgência, diria que não havia. Desse modo, posso até dizer, aqui, que não as há. Só que não me sinto autorizado, pela Constituição, a fazer esse juízo. Não foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal dizer se há, ou não, relevância e urgência [...].

A maioria dos ministros do Supremo discordaram do voto de Peluso, concluindo que a Constituição Federal de 1988 concedeu a competência àquele Tribunal para avaliar se há ou não os requisitos de relevância e urgência nas medidas provisórias, ainda que voltadas para a abertura de créditos orçamentários extraordinários.

²⁸ STF – Pleno, ADI-MC 4.048/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.05.2008, DJ de 22.08.2008

O Ministro Gilmar Mendes, relator da referida ação, de modo contrário ao voto de Peluso, afirmou que o intérprete não pode debilitar o sistema de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição, isentando desse controle número exacerbado de atos normativos. Na concepção do referido ministro, as medidas provisórias, ainda que versem sobre questões orçamentárias, não podem escapar do crivo do controle de constitucionalidade, visto que é papel do Supremo “assegurar a força normativa da Constituição e estabelecer os limites aos eventuais excessos legislativos dos demais Poderes”.

Outro caso no qual é possível notar a ampliação do espaço decisório do Supremo Tribunal Federal em detrimento do espaço político decisório do Poder Executivo é o “caso Battisti”²⁹. O caso tratou-se de um pedido de extradição do governo italiano em face de Cesare Battisti, ativista político, italiano, condenado por crimes de homicídio na Itália, que encontra-se refugiado no Brasil. No caso, o Supremo revisou as razões de mérito utilizados pelo Ministro da Justiça, que na época era Tarso Genro, para a concessão de refúgio político, julgando-o nulo. Fato que permitiu ao Supremo deferir o pedido de extradição, por entender tratar-se, a concessão de refúgio, de ato administrativo vinculado, estando, portanto, os pressupostos de conveniência e oportunidade, para a prática do referido ato, vinculadas à lei. O Supremo declarou a nulidade absoluta do ato de concessão de refúgio e a sua consequente ineficácia jurídica, considerando inadequados os motivos expostos pelo Ministro da Justiça.

Ao julgar as motivações que ensejaram a concessão de refúgio pelo Ministro da Justiça, o Supremo negou o caráter claramente político do referido ato. Observa-se, nesse caso, que houve um ataque frontal a autonomia política do Executivo, pois ao se julgar competente para avaliar os motivos da prática do referido ato, o Supremo ignorou o poder discricionário e a competência do Poder Executivo para conduzir soberanamente as relações internacionais. O voto vencido da Ministra Carmém Lúcia revela o ativismo do Supremo Tribunal Federal na referida decisão:

Não vislumbro qualquer nódoa a macular o ato decisório no recurso emitido pelo Ministro da Justiça. Não acho que seja competência jurisdicional rever, independentemente do que, na condição de cidadã, eu pudesse pensar ou deixar de pensar sobre aquilo; no entanto, na condição de juíza, não vejo no proceder do Ministro da Justiça diferença sobre o que antes decidi reiteradamente este Supremo Tribunal na matéria (...) [que] o reconhecimento da condição de refugiado, nos termos do artigo 33 da Lei nº 9.474/97, (...) impede o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado no mesmo fatos que fundamentaram a concessão do refúgio (...).

²⁹ STF – Pleno, Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 16.12.2009, DJ DE 16.04.2010

É válido ressaltar que embora deferido o pedido de extradição pelo Supremo, o ex-Presidente Lula o negou, afirmando que Battisti sofreria perseguição política em solo italiano.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observou, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é fruto, dentre outros fatores, da mudança no papel desempenhado pela Constituição no Brasil, após 1988. Nota-se que partir dela houve uma mudança na racionalidade do direito, evidenciada, sobretudo, pelo deslocamento do centro gravitacional de todo ordenamento jurídico, que passou a ser o texto constitucional. O Supremo, nesse novo cenário político-jurídico, ganhou destaque, pois, por delegação do próprio constituinte, cabe a ele a guarda da Constituição e a última interpretação sobre o seu sentido e alcance, significando que ele é o Tribunal que detém a última palavra na conformação do ordenamento jurídico ao texto constitucional.

O extenso rol de direitos fundamentais abarcados pela Carta Política de 1988 somados a um sistema de controle de constitucionalidade passível de ser acionado por um considerável número de legitimados, transferiram para o âmbito do Supremo uma imensa gama de discussões que antes eram realizadas somente nas instâncias políticas tradicionais. Com isso, o Supremo passou a ser um importantíssimo vetor de mudanças na sociedade.

A interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos, fizeram com que o Supremo viesse a assumir competências legiferantes reservadas pela Constituição aos outros Poderes, em especial, ao Poder Legislativo. Dessa postura se revela o seu ativismo judicial, traduzido na falta de deferência do Supremo para com os demais Poderes do Estado.

Situado na cúpula do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo tem sido destaque por conta das novidades implementadas na sociedade em decorrência das suas decisões. O ativismo judicial tem sido praticado de modo intenso naquele Tribunal, resultando na expansão do seu papel político-institucional em face dos demais atores políticos presentes na sociedade.

Atitudes ativistas são sempre nocivas à democracia, muito embora elas possam, em alguns casos, representar mudanças benéficas à sociedade. Um exemplo no qual o Supremo tomou uma decisão que, embora ativista, representou um avanço para a sociedade brasileira, foi a proferida em relação ao reconhecimento da constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Em outros casos, o Supremo foi muito além das suas possibilidades, decidiu questões sobre as quais não está apto a discutir, dadas a sua incapacidade institucional e ausência de pluralidade política, da qual dispõe de sobra o Congresso Nacional. As questões inerentes a fidelidade partidária e a da estipulação de critérios para a demarcação de terras indígenas elucidam bem esse fato.

A ilegitimidade democrática das decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal advém da sua incapacidade institucional para tanto. O Supremo não foi projetado para ser palco de debates de questões moralmente controversas ou para a implementação de políticas públicas, visto que ele carece de conhecimento técnico e de pluralidade que somente as instituições democraticamente constituídas possuem.

O Supremo não dispõe de legitimidade para sobrepor a sua vontade sobre a vontade dos demais Poderes, bem como os demais Poderes não tem legitimidade para “rasgar” o texto constitucional e deliberar conforme o seu querer. A verdade é que a democracia necessita de um Judiciário deferente quando as decisões da política majoritária estiverem em consonância com a ordem constitucional vigente, e de um Judiciário mais interventivo quando o princípio majoritário estiver atuando de modo a ferir a Constituição. Aí reside o jogo da democracia com o constitucionalismo.

O constitucionalismo é salutar à democracia, pois esta não pode ser pautada no princípio majoritário de modo cego, aí reside a importância do Supremo Tribunal Federal (e do Poder Judiciário como um todo), que enquanto protetor da Constituição e dos direitos fundamentais, funcionará como limitador do princípio majoritário e mantenedor do jogo democrático. Porém, essa função desempenhada pelo Supremo tem limites que merecem ser respeitados, sob pena de se ferir o princípio democrático e de se esvaziar os poderes políticos decisórios do Legislativo e Executivo.

Feita essas reflexões, aqui não se pretendeu esgotar o tema tratado. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é um fenômeno em constante expansão. E, por tal motivo, certamente, demandará novas reflexões.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro.** Versão on line. Disponível em <<https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf>>. Acesso em 14 de abril de 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil.** Revista de Direito Administrativo Vol. 250, Rio de Janeiro FGV, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília: UNICEUB, v.5, 2015, p. 24-51.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. 2010 Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297>>. Acesso em 08 de agosto de 2018

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Madrid: Anuario Iberoamericano de Justiça constitucional, 2009, p. 17 -32

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição.htm>. Acesso em 21 de setembro de 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADCs 29 e 30, e ADI 4578,** Rel. Min. Luiz Fux, j. em 16.02.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1753/DF,** Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16.04.1998, Dj de 12.06.1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 3330/DF,** Rel. Min. Ayres Brito, j. em 03.05.2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510/DF,** Rel. Min. Ayres Brito, j. em 29.05.2008, DJ 28.05.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277/DF,** Rel. Min. Ayres Brito, j. em 05.05.2011, DJ 14.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI-MC 4.048/DF,** Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.05.2008, DJ de 22.08.2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4424/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.02.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Ext. 1.085**, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 16.12.2009, DJ DE 16.04.2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.04.2012, DJ 29/04/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26.04.2012, DJ de 21.10.2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI (s) 670, 708 e 712**, Rel. Min. Eros Grau. J. em 25.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.602/DF**, Rel. Min. Eros Grau, j. em 04.10.2006, DJ de 17.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **PET 3388/RR**, Rel. Min. Ayres Brito, j. em 19.03.2009, DJ de 01.07.2010

BRASIL. Advocacia Geral da União. **PORTARIA AGU nº 303** de 16 de julho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 197.917/SP**, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 24.03.2004, Dj de 07.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, **RE 579.951/RN**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20.08.2008, DJ de 24.10.2008; Súmula Vinculante nº 13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 631.102/PA**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 27.10.2010, DJ de 20.06.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 633.703**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 23.03.2011, DJ de 18.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **RMS 29087/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 08.03.2016. DJ 22.04.2016

CAMARGO, Gerson Ziebarth. **Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 19, n. 2, 2016.

CAMPOS, Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, Ativismo judiciário e democracia**. Alceu Vol. 5 (n9), Rio de Janeiro: Puc, 2004.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, George Rezende. **Jurisdição constitucional e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista**. Revista Brasileira de Direito. Porto Alegre, v. 10, 2014, p. 16 -27.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça**. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. 2006. Disponível em <https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf> acesso em 03 de março de 2018.

_____. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 43-60.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 20, 2005, p. 145-166.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

_____. **Entre ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Revista Joçaba, v. 17, n. 3. São Leopoldo, 2016.

_____. **Verdade e Consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz *et al.* **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito da UNISINOS. São Leopoldo, 2011. Disponível em: < <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>>. Acesso em 22 de abril de 2018.

TASSINARI, Clarissa. **A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial**. Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 28, n. 2. Pouso Alegre, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

VALLE, Vanice Regina Lirio do (org.) **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito do Estado Vol. 12. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.