

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

MARIANE SILVA BORGES

**ATIVISMO JUDICIAL E SUA INCIDÊNCIA NO BRASIL:
A ATUAÇÃO PROATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
COMO INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM
2017**

MARIANE SILVA BORGES

**ATIVISMO JUDICIAL E SUA INCIDÊNCIA NO BRASIL:
A ATUAÇÃO PROATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
COMO INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia Jurídica apresentada ao curso de
Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro
de Itapemirim como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientador: Reinaldo Faria Vieira

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM/ES
2017

MARIANE SILVA BORGES

**ATIVISMO JUDICIAL E SUA INCIDÊNCIA NO BRASIL:
A ATUAÇÃO PROATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
COMO INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 04 de Outubro de 2017.
Nota: 10,0

BANCA EXAMINADORA

Professor Reinaldo Faria Vieira

Leda Cristina Valentim

Maria da Penha Caçador Légora

Aos meus pais, cujos frutos de seus esforços estão sendo agora colhidos por mim.

À minha avó Dercy, sem a qual nada disso seria possível.

À minha avó Flauzina, que sempre será lembrada como exemplo de luta, perseverança e dedicação.

À minha querida irmã, que mesmo tão nova me apoia incondicionalmente.

Aos meus melhores amigos, Bruna e Gabriel, que tornaram única esta jornada.

“É que de nada valerão os direitos e de nada significarão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público – também deixarem de contar com o suporte e o apoio da ação consequente e responsável do Poder Judiciário.”

Ministro Celso de Mello

BORGES, Mariane Silva.

**ATIVISMO JUDICIAL E SUA INCIDÊNCIA NO BRASIL:
A ATUAÇÃO PROATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO
INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** 80 p. Monografia (Bacharelado em Direito).
Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim – FDCI: Cachoeiro de Itapemirim, 2017.

Orientador: Reinaldo Faria Vieira.

RESUMO

O ativismo judicial no Brasil é considerado uma consequência direta do fortalecimento do Poder Judiciário e do controle de constitucionalidade após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A presente pesquisa, voltada especificamente ao estudo das práticas ativistas do Supremo Tribunal Federal, esboçará os desdobramentos e as implicações desta postura nos ordenamentos jurídico e político pátrios, com o principal objetivo de evidenciar que a atuação proativa dos membros da Suprema Corte brasileira pode servir como colaboração ao bom funcionamento da República e do Estado Democrático de Direito. Ademais, será demonstrado que é possível o balizamento do ativismo judicial do Tribunal de modo a evitar manifestações de supremacia judicial e violações ao princípio da separação de Poderes e ao regime democrático, mantendo-se a harmonia e o respeito entre Executivo, Legislativo, Judiciário e sociedade. A elaboração da monografia se dará com base em análise e comparação de jurisprudências e entendimentos doutrinários apresentados por autores reconhecidos por seus trabalhos acerca do tema.

Palavras-chave: Ativismo judicial – Constituição Federal – Controle de constitucionalidade – Supremo Tribunal Federal – Separação de Poderes – Democracia – Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

In Brazil, the judicial activism is considered a direct consequence of the strengthening of the Judicial Power and the judicial review after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. This research, focused on the study of the activist practices of the Brazilian Supreme Court, will show the repercussions and the implications of this attitude in the legal and political systems of the country, with the main objective of demonstrating that the proactive actions of members of the Court can be a collaboration for the good development of the Republic and Democratic Rule of Law. Beyond that, it will be demonstrated the possibility of limiting the judicial activism of the Court in order to avoid manifestations of judicial supremacy and violations of the principle of separation of powers and the democracy, keeping the harmony and respect between the Executive Power, Legislative Power, Judicial Power and the society. This study will be based on analysis and comparisons of jurisprudence and doctrinal understandings presented by authors recognized for their researches on the subject.

Keywords: Judicial activism – Federal Constitution – Judicial review – Brazilian Supreme Court – Separation of Powers – Democracy – Democratic Rule of Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	PRECEDENTES HISTÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL	12
2.1	Os Estados Unidos como o “berço” do ativismo judicial	12
2.1.1	<i>Marbury v. Madison e a seção 13 do judiciary act de 1789</i>	<i>12</i>
2.1.2	<i>Dred Scott v. Sandford e o compromisso do Missouri</i>	<i>14</i>
2.1.3	<i>Lochner v. New York e a bakeshop act.....</i>	<i>15</i>
2.1.4	<i>A superação da jurisprudência da Corte Lochner e notório ativismo judicial da Corte Warren</i>	<i>17</i>
2.2	A propagação do ativismo judicial na Europa ocidental e na América latina.....	20
2.2.1	<i>As cortes constitucionais da Alemanha e da Itália.....</i>	<i>20</i>
2.2.2	<i>As cortes constitucionais da Colômbia e da Costa Rica</i>	<i>23</i>
3	AS RAÍZES DO ATIVISMO NO BRASIL.....	26
3.1	O conceito de ativismo judicial e a sua distinção da judicialização da política	26
3.2	Os fatores de impulsão do surgimento e do desenvolvimento do ativismo judicial no cenário brasileiro	30
3.2.1	<i>O fortalecimento do supremo tribunal federal e do controle de constitucionalidade..</i>	<i>30</i>
3.2.2	<i>A ordem política pós-1988.....</i>	<i>31</i>
3.2.3	<i>O descrédito nos poderes executivo e legislativo</i>	<i>33</i>
3.2.4	<i>O neoconstitucionalismo</i>	<i>34</i>
4	O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	36
4.1	O caso da fidelidade partidária	36
4.2	O caso da greve dos servidores públicos civis	39
4.3	O caso do nepotismo	44
4.4	O caso da união homoafetiva	47
4.5	O caso da interrupção da gestação de fetos anencefálicos	51
5	A PROBLEMATIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL.....	58
5.1	O princípio da separação de poderes e a questão da “dificuldade contramajoritária”	58
5.2	A necessidade do balizamento da atuação ativista do supremo tribunal federal .	62
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
	REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

O advento do ativismo judicial no Brasil é considerado pela doutrina uma consequência direta do fortalecimento institucional do Poder Judiciário, cuja atividade anteriormente limitava-se à simples aplicação da lei, mas contemporaneamente vem adquirindo protagonismo também no cenário político do país, ao suprir as omissões dos poderes Legislativo e Executivo frente às situações que demandam uma atuação positiva, principalmente aquelas que envolvam os direitos fundamentais.

A pesquisa ora apresentada tem o escopo de tratar dos desdobramentos e das implicações dessa postura proativa de juízes no ordenamento jurídico pátrio, perquirindo se o referido fenômeno, mesmo avalizado por eminentes doutrinadores constitucionalistas, poderia colocar em risco o princípio da separação de Poderes e a democracia, bem como se existem instrumentos à disposição para se evitar tal circunstância.

Em um primeiro momento, discorrer-se-á acerca dos precedentes históricos do ativismo judicial nos Estados Unidos, na Europa e na América Latina no intuito de demonstrar que o comportamento ativista de juízes não se verifica exclusivamente no contexto jurídico brasileiro e que sua origem remonta à estreia do controle de constitucionalidade no mundo.

Outrossim, elucidar-se-á a conceituação do aludido fenômeno e sua distinção da judicialização da política, bem como serão detectados os fatores que ensejaram o seu surgimento e contribuem para o seu desenvolvimento especificamente no Brasil, objetivando esclarecer o que levou o Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, a adotar essa atitude quando da resolução de determinadas demandas a ele submetidas.

No mais, a título exemplificativo, serão analisados determinados casos paradigmáticos de ativismo judicial do Pretório Excelso para evidenciar a evolução do comportamento expansivo da Corte em detrimento da postura autocontida adotada nos primeiros anos de vigência da Constituição Federal de 1988, que tem possibilitado a sua comparação com os históricos tribunais ativistas dos Estados Unidos e da Europa.

Posteriormente, esboçar-se-á a problematização do fenômeno, levantada pelas críticas por parte dos estudiosos contrários e pelos receios da doutrina favorável no sentido de a atitude proativa do Judiciário representar potencial perigo à separação de Poderes e à democracia, tornando necessário o balizamento da atuação ativista da Suprema Corte brasileira como meio de evitar a violação a postulados indispensáveis ao bom funcionamento da República e do Estado Democrático de Direito.

A pesquisa busca atrair a atenção dos operadores do Direito ao tema, especialmente pelo fato de que a incidência do ativismo judicial trouxe e ainda poderá trazer relevantes avanços em matéria de direitos fundamentais, desde que moderadamente adotado como um ato de colaboração ao Executivo, ao Legislativo e ao regime democrático.

O seu estudo é de grande importância a todas as vertentes da ciência jurídica, não se restringindo apenas à Constitucional, uma vez que a postura ativista pode se manifestar no julgamento de ações nas searas penal, civil, administrativa, tributária, previdenciária, dentre outras. Ademais, é necessário que se compreenda o que, de fato, é o ativismo judicial, considerando que a sua identificação é dificultada pelo uso indiscriminado do termo nas mais diversas ocasiões.

Com a finalidade de atingir o objetivo almejado na presente monografia, a sua confecção será embasada, precipuamente, no exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de obras doutrinárias de importantes autores constitucionalistas e estudiosos reconhecidos pela análise do fenômeno discutido. Além disso, para o enriquecimento deste trabalho, serão utilizados artigos científicos acerca do tema e de outros assuntos a ele intrinsecamente relacionados.

Portanto, a pesquisa será predominantemente bibliográfica e documental e se dará nas modalidades científica, por consistir no levantamento de um problema e na apresentação de hipóteses visando à sua solução, e de compilação, uma vez que também será dedicada à avaliação do pensamento de diversos doutrinadores que dissertaram sobre o ativismo judicial. Deve-se ressaltar que não se tenciona neste estudo exaurir as discussões sobre o ativismo do Supremo Tribunal Federal, principalmente diante do fato de o fenômeno estar inserido em contexto altamente dinâmico que favorece o surgimento de novas situações, pensamentos e posicionamentos relativos ao tema.

2 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial, não obstante haver entrado recentemente nas discussões dos doutrinadores, acadêmicos e operadores do Direito brasileiros, já era objeto de debate em países da América do Norte e Europa há certo tempo. O comportamento ativista de juízes e Supremas Cortes para salvaguardar os direitos fundamentais, ou até mesmo ao interpretar outros dispositivos constitucionais, foi detectado em determinados locais antes mesmo da outorga da primeira Constituição brasileira.

Neste capítulo será apresentada a origem histórica do ativismo judiciário, fenômeno que se iniciou nos Estados Unidos no ano de 1803 e propagou-se pelo mundo, sendo seus fatores de propulsão o exercício do controle de constitucionalidade, a outorga ao Judiciário do poder de decidir causas de natureza política e a busca pela defesa de direitos fundamentais massivamente violados por governos autoritários.

Também será evidenciado que historicamente a atitude ativista dos tribunais é influenciada pelo contexto político e social do país, como, por exemplo, nos Estados Unidos, onde a batalha entre Democratas e Republicanos ditava quando era o momento de a Suprema Corte se valer do ativismo judicial liberal, conservador ou quando deveria se comportar de maneira autorrestritiva. Ou então como a Alemanha e a Itália, que, tentando superar os traumas trazidos por uma desumana II Guerra Mundial, desenvolveram um ativismo altamente favorecedor dos direitos humanos.

Ademais, elucidar-se-á que o fenômeno objeto da presente pesquisa contribuiu em grande escala para a afirmação da democracia, das garantias fundamentais e para o reconhecimento da Constituição como lei suprema, a ser respeitada por todas as esferas de poder.

2.1 Os Estados Unidos como o “berço” do ativismo judicial

2.1.1 *Marbury v. Madison e a seção 13 do judiciary act de 1789*

Marbury v. Madison, de 1803, é mundialmente enaltecido por sua relevância para o controle de constitucionalidade, considerando que foi neste caso que a Suprema Corte estadunidense, sob o fundamento da supremacia da Constituição Federal, reconheceu pela primeira vez o seu poder de revisão judicial de atos do Poder Legislativo e a competência do

Judiciário para dar cumprimento ao texto da Carta Magna (BARROSO, 2008, p. 275-276, grifo do autor).

Todavia, a decisão proferida em *Marbury* ofereceu muito mais ao ordenamento jurídico do que se acredita: ela é o primeiro precedente no qual se identificou a prática do ativismo judicial, fazendo parte do que é conhecido por Green (2009, apud CAMPOS, 2014, p. 49) como a “pré-história” deste fenômeno.

Destaque-se, aqui, que o fato de o controle de constitucionalidade e o ativismo judicial possuírem a mesma origem constitui uma das muitas demonstrações de que ambos guardam relação intrínseca e, por vezes, traçam caminhos paralelos. Isso porque, como será verificado mais adiante, na maioria das vezes, a índole ativista das cortes se manifestou quando da prática do controle de constitucionalidade de atos dos demais poderes estatais.

Em breve resumo, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 51) explana que *Marbury v. Madison* tratou-se de demanda proposta perante a Suprema Corte por William Marbury em face do Secretário de Estado James Madison, cujo objetivo era

[...] obrigar o último a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo presidente federalista John Adams, em seus últimos dias de mandato. Ao tomar posse em 1801, o presidente republicano, Thomas Jefferson [...], ordenou a Madison a negativa de investidura de Marbury. Diante de tal recusa, Marbury utilizou a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que havia outorgado à Suprema Corte a competência originária para julgar *mandamus* contra autoridades públicas como secretários de estado do governo federal (grifo do autor).

No julgado, a Corte Marshall, assim intitulada em razão de ser presidida pelo notório Juiz John Marshall, apesar de afirmar o direito de Marbury a ser investido no cargo, não deu provimento a seu pedido, utilizando-se da justificativa de que julgar o caso não fazia parte de suas atribuições, pois a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789 “não poderia outorgar uma nova competência originária à Corte, que não constasse do elenco constitucional” (BARROSO, 2012b, p. 22).

Sendo assim, o tribunal declarou inconstitucional a supramencionada lei, diante de sua incompatibilidade com o artigo 3º da Constituição dos Estados Unidos da América. Para tal, Luís Roberto Barroso (2012b, p. 22-23) acrescenta que Marshall apresentou os seguintes fundamentos:

Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição* [...] Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição* [...] E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que *é o Poder Judiciário o intérprete final da constituição* (grifo do autor).

Em *Marbury v. Madison*, a não obediência da Suprema Corte ao Congresso Nacional, inegavelmente, configurou forte característica ativista, sobretudo pelo fato de que foi reconhecido que o Poder Legislativo não detinha atribuição normativa para alterar a Constituição por vias ordinárias sem nem mesmo haver qualquer disposição da Carta Magna nesse sentido (CAMPOS, 2014, p. 52, grifo do autor).

Campos (2014, p. 52) ainda identifica um segundo indício de ativismo, que foi a já mencionada autoafirmação de poder de revisão judicial pela Corte Marshall, tema que também não era tratado especificamente na Constituição estadunidense. Barroso (2008, p. 275) explica que “ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que esta atribuição decorreria logicamente do sistema”.

Marbury v. Madison foi de grande importância tanto para o controle de constitucionalidade, quanto para o ativismo judicial. A decisão, brilhantemente fundamentada por Marshall ainda impressiona pela qualidade intelectual e significativas modificações que promoveu no Poder Judiciário não só dos Estados Unidos, mas de vários outros países.

2.1.2 *Dred Scott v. Sandford e o compromisso do Missouri*

Outra situação na qual se verificou a incidência do ativismo judicial, e do controle de constitucionalidade, foi em *Dred Scott v. Sandford*, cujo pano de fundo era a escravidão nos Estados Unidos. Ao contrário de *Marbury v. Madison*, a decisão prolatada pela Suprema Corte neste caso é rechaçada por toda a doutrina em virtude de seu alto teor discriminatório. Nesse sentido, diz Ackerman (1991, apud BARBOZA; KOZICKI, 2016, p. 739): “De um ponto de vista moral, Dred Scott é uma única mancha negra sobre a história da Corte”.

Scott era escravo do major do Exército, John Emerson, acompanhando-o a todos os lugares para os quais era remanejado, inclusive àqueles em que a escravidão já não era mais permitida. No ano de 1843, com o falecimento de Emerson, Dred Scott requereu sua liberdade junto à Corte estadual do Missouri, empregando-se do argumento de que havia adquirido o direito de ser liberto ao residir em locais onde o escravagismo fora proibido, conhecido como a doutrina do “uma vez livre, sempre livre”, e respaldando-se na lei federal nomeada de “Compromisso do Missouri” (CAMPOS, 2014, p. 54).

Acerca do caso, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 54) discorre:

Inicialmente, Scott obteve a vitória, mas a decisão foi revertida pela Suprema Corte do Missouri. Depois de um arranjo para assegurar a jurisdição federal sobre o caso, a questão chegou à Suprema Corte. Em março de 1857, a Corte decidiu que Dred Scott não tinha legitimidade processual para discutir a liberdade nas cortes federais do país. [...] o *Chief Justice* Taney afirmou que a V Emenda garantia aos cidadãos americanos o direito constitucional de propriedade de escravos e, por isso, esse direito não poderia ter sido validamente diminuído pelo Congresso. Portanto, Dred Scott não poderia adquirir a liberdade pela permanência no Território de Wisconsin porque a Corte declarou a própria inconstitucionalidade da lei federal por maio (sic) da qual haviam proibido a escravidão naquele território (o Compromisso do Missouri) (grifo do autor).

Em seu catastrófico voto, a Corte respaldou-se nos argumentos de que as pessoas negras não poderiam postular nenhum direito conferido aos cidadãos norte-americanos, porquanto a própria Constituição Federal não as reconhecia como cidadãs, bem como que pertenciam a uma classe de seres humanos subordinada e inferior aos brancos (BARBOZA; KOZICKI, 2016, p. 739).

A face ativista do julgado reside no intento do tribunal em resolver conflito político e em “negar ao Congresso o poder de controlar esse conflito nos territórios federais”. Contudo, “a Corte não foi só ativista, mas também inconsequente [...]”, uma vez que a decisão contribuiu para intensificar ainda mais a divisão político-ideológica dos Estados Unidos, sendo o estopim da Guerra Civil (CAMPOS, 2014, p. 55).

A análise de *Dred Scott v. Sandford* gera dúvidas sobre o real benefício que a transferência da responsabilidade de solucionar demandas essencialmente políticas ao Judiciário pode trazer para a sociedade. Neste caso excessivamente controvertido e sem precedentes, é seguro admitir que o ativismo praticado pela Corte foi um dos maiores erros judiciais, uma desmedida ofensa aos direitos fundamentais e, partindo da premissa de que em alguns Estados o regime escravagista já havia sido proibido, um retrocesso que dificilmente será esquecido.

2.1.3 *Lochner v. New York e a bakeshop act*

O próximo caso a ser apreciado, apesar de possuir contexto diferenciado ao de *Dred Scott v. Sandford*, alcançou resultado igualmente polêmico e criticado. Em *Lochner v. New York*, de 1905, discutia-se a constitucionalidade da *Bakeshop Act*, lei do Estado de Nova Iorque que estabelecia limites à jornada de trabalho de padeiros (CAMPOS, 2014, p. 57, grifo do autor).

A Suprema Corte, em sua maioria, entendeu que a lei estadual consistia em interferência “desnecessária” e “inadequada” ao direito de livre contratação, não observando o princípio do devido processo legal substantivo. Em suma, a *Bakeshop Act* foi declarada inconstitucional, pois, na concepção do tribunal, violava a liberdade individual dos contratantes, que era assegurada pela XIV Emenda à Constituição Federal (CAMPOS, 2014, p. 57, grifo do autor).

O ativismo judicial da Corte em *Lochner v. New York* manifestou-se em duas vertentes, sendo a primeira a defesa de “um direito absoluto de contratar sem previsão expressa no texto constitucional, apenas deduzindo-o de norma constitucional muito vaga e indeterminada como a do devido processo legal.” (CAMPOS, 2014, p. 59).

Para melhor entendimento, vejamos o que dispõe a Seção 1 da XIV Emenda:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; **nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal**, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis (grifo nosso).

Como pode ser notado, o texto constitucional supra não trata especificamente do direito à livre contratação, mas tão somente estabelece que ninguém poderá ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Entretanto, deve ser elucidado que, conforme já citado acima, em *Lochner v. New York*, o tribunal baseou-se no devido processo legal em sua modalidade substantiva, não processual.

Confirmando a afirmação acima, Barboza e Kozicki (2016, p. 741) sustentam:

[...] verifica-se que a Suprema Corte fez uma análise substantiva da lei em face do devido processo legal, e não uma análise meramente procedimental, na medida em que verificou a justiça e a razoabilidade da lei, e não apenas se ela obedecera às formalidades do procedimento democrático.

Em sua obra, Ferreira (apud LENZA, 2016, p. 1.247), explana que do devido processo legal substantivo

[...] são extraídos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não há repercussão prática na discussão sobre a origem do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se que os mesmos têm *status* constitucional, e diante de tal situação todos os atos infraconstitucionais devem com eles guardar relação de compatibilidade, sob pena de irremissível inconstitucionalidade, reconhecida no controle difuso ou concentrado [...] (grifo do autor).

Portanto, com esteio no aludido princípio, a Corte aplicou de forma direta um direito fundamental não expressamente previsto na Constituição, porém, ao desconsiderar outros

bens, direitos e interesses que estavam envolvidos no caso, a decisão prolatada é tida como exemplo de erro judicial (CAMPOS, 2014).

A segunda vertente ativista constatada, assim como em *Marbury v. Madison*, foi a falta de deferência ao Poder Legislativo. De acordo com Campos (2014, p. 59) a Corte Lochner interferiu “em caso legislativo de política pública que, por sua natureza e conteúdo, exigia deferência à capacidade epistêmica do legislador”.

Marbury v. Madison, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York* são exemplos de julgados que em suas respectivas épocas impulsionaram grandes transformações, positivas ou negativas, no âmbito sócio-político dos Estados Unidos. A breve abordagem de cada uma delas teve o escopo de demonstrar que o ativismo judicial, além de não ser fenômeno jurídico recente, está envolto em polêmicas desde a sua estreia na Suprema Corte norte-americana, há mais de duzentos anos.

2.1.4 A superação da jurisprudência da Corte Lochner e notório ativismo judicial da Corte Warren

A Corte Lochner, assim alcunhada em consequência da grande repercussão do caso *Lochner v. New York*, ganhou notoriedade por seu ativismo judicial de caráter conservador. Alicerçada no princípio da razoabilidade e sob a égide dos ideais de liberalismo econômico, ela invalidou diversas leis que interferiam na seara econômica, até mesmo aquelas que conferiam proteção à classe de trabalhadores (MORO, 2001, p. 338, grifo do autor).

Enfatize-se que algumas destas leis, inclusive, integravam o *New Deal*, lançado por Franklin Roosevelt nos anos 30, o que deu início a acirrado embate entre o presidente e o tribunal que somente foi encerrado com o julgamento de *West Coast vs. Parrish*, em 1937, quando a Suprema Corte adotou entendimento diverso daquele até então vigente e declarou constitucional lei que previa a concessão de salário mínimo para mulheres (BARROSO, 2008, p. 276-277, grifo do autor; BARBOZA; KOZICKI, 2016, p. 742, grifo do autor).

Isto posto, a Corte Lochner abandonou o ativismo judicial conservador que hostilizava as políticas públicas governamentais, passando a agir com acatamento às medidas reformistas do *New Deal*. Este comportamento se prolongou mesmo após a substituição, em virtude de mortes e aposentadorias, dos antigos membros da Suprema Corte. Na realidade, uma vez que os novos juízes nomeados e o presidente partilhavam dos mesmos ideais, reforçou-se ainda mais a deferência do tribunal à intervenção do governo na economia (CAMPOS, 2014, grifo do autor).

Os membros da Corte recentemente formada por Roosevelt eram manifestamente a favor dos princípios contidos no *New Deal* e direcionaram seu foco à clausula da XIV Emenda que tratava da *equal protection of the laws*, preocupando-se com a proteção dos direitos civis fundamentais, reputados como o cerne da democracia (CAMPOS, 2014, p. 66, grifo do autor).

Para pôr em prática esta nova postura e garantir a sua eficácia, a Corte, na nota de rodapé número 4 do caso *United States v. Carolene Products Co.*, estabeleceu dois padrões distintos para a análise da constitucionalidade das leis (CAMPOS, 2014, p. 67, grifo do autor). Sobre os aludidos padrões, Moro (2001, p. 339) disserta:

Usualmente, presumiria a constitucionalidade da lei, principalmente se de intervenção no domínio econômico pela lembrança da *Era Lochner*. Se a lei, entretanto, afetasse um direito considerado fundamental, como aqueles previstos nas emendas da Constituição norte-americana, ou se afetasse processos políticos de formação da lei, ou ainda certas minorias, a Corte se serviria de um teste de constitucionalidade mais rigoroso, que convencionou-se denominar *strict scrutiny*, no qual a lei, ainda que relacionada a um objetivo político legítimo, seria considerada inválida se o mesmo objetivo pudesse ser alcançado por meio menos gravoso e se este (o objetivo) não fosse qualificado como de especial magnitude [...] (grifo do autor).

Ao contrário do ativismo apresentado pela Suprema Corte nos casos *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*, voltado à proteção de direitos fundamentais de maiorias favorecidas, ignorando os direitos dos desamparados que efetivamente necessitavam de auxílio, como os negros e os trabalhadores, o ativismo da *New Deal Court* assemelhou-se àquele verificado atualmente nas Cortes Constitucionais e nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário de países como a Alemanha, Itália, Colômbia e Costa Rica, qual seja, um ativismo garantidor dos direitos das minorias.

Ainda sobre a Corte de Roosevelt, cumpre destacar que no final da década de 40 suas decisões denotaram indícios de autocontenção judicial. Isso se deu porque seus membros se dividiam em dois grupos, os defensores do ativismo judicial e os apoiadores da autorrestrição judicial, e, com a morte de dois importantes membros que compunham o grupo de juízes ativistas e a substituição destes por juízes conservadores, reforçou-se o lado autorrestritivo (CAMPOS, 2014, p. 68).

Nada obstante este curto período conservador da *New Deal Court*, seria injusto não atribuí-la o devido mérito “por sua doutrina de justificação do controle mais rigoroso de leis violadoras de direitos e liberdades civis, discriminatórias contra grupos minoritários e desfavorecidos [...]” (CAMPOS, 2014, p. 69).

Finalizadas as breves ponderações relativas à queda da Corte *Lochner* e a formação da *New Deal Court*, agora serão iniciadas as discussões acerca daquela consagrada como um dos maiores paradigmas de ativismo judicial em prol dos direitos fundamentais da história: a Corte Warren.

No ano de 1953, Earl Warren foi nomeado presidente da Suprema Corte e, manifestamente com a intenção de promover grandes transformações na jurisdição constitucional norte-americana, logo se uniu ao grupo dos defensores do ativismo judicial, liderado por Hugo Black e William Douglas. Inicialmente, os ideais ativistas não foram postos em prática em razão da predominância no tribunal da maioria conservadora chefiada por Felix Frankfurter, de modo que a Corte Warren por todos conhecida somente instaurou-se, de fato, com a aposentadoria de Frankfurter e a nomeação de Arthur Goldberg, em 1962 (CAMPOS, 2014, p. 69-70).

Sob a visão da Constituição Federal como um “documento vivo”, que deveria se adequar às mudanças da sociedade, e mediante a interpretação expansiva de princípios e a aplicação de direitos não tratados de forma expressa no texto constitucional (CAMPOS, 2014, p. 69), a Suprema Corte julgou demandas como *Brown v. Board of Education*, *Griswold v. Connecticut*, *Mapp v. Ohio* e *Miranda v. Arizona*.

No célebre caso *Brown v. Board of Education*, do ano de 1954, que versava sobre a segregação racial em escolas públicas, a Corte Warren proferiu uma das mais importantes decisões da história ao declarar, por unanimidade, a inconstitucionalidade deste regime com base na *equal protection of the laws* (MORO, 2001, p. 341-342, grifo do autor). Esclareça-se, por oportuno, que o correspondente da *equal protection clause* no Brasil é o princípio da igualdade ou da isonomia, contido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Insta acentuar que a Suprema Corte não se limitou a julgar inconstitucional a segregação racial somente neste caso específico. Nesse sentido, vejamos:

Firme na ideia de *living Constitution*, a Corte Warren conferiu, àquela altura dos acontecimentos sociais e políticos, nova interpretação à cláusula constitucional da *equal protection of the laws* no sentido de declarar qualquer política de segregação racial inconstitucional (CAMPOS, 2014, p. 74, grifo do autor).

Apesar de os estados sulistas oferecerem grande resistência contra a decisão, objetivando impedir a sua implementação, é incontestável que a Corte Warren conseguiu atingir o propósito de *Brown v. Board of Education* de auxiliar na promoção da igualdade entre negros e brancos (BARROSO, 2008, p. 278-279, grifo do autor). Moro (2001, p. 343) reforça essa tese ao dizer que: “A partir de *Brown*, a segregação racial existente em boa parte

dos Estados Unidos foi progressivamente erosionada, contribuindo para o movimento dos ‘direitos civis’ norte-americano” (grifo do autor).

Já em *Griswold v. Connecticut*, de 1965, referenciando-se na IX Emenda, a Corte interpretou criativamente a Constituição Federal para afirmar o direito fundamental à privacidade, declarando inconstitucional lei estadual proibitiva da utilização de anticoncepcionais por casais (MORO, 2001, p. 348, grifo do autor).

Além dos casos acima mencionados, o tribunal também emitiu notáveis julgados na esfera penal, como em *Mapp v. Ohio*, quando impôs às autoridades estaduais a vedação à produção de provas ilícitas; *Gideon v. Wainwright*, ao garantir o direito dos réus à assistência advocatícia; *Miranda v. Arizona*, não reconhecendo a legitimidade de confissão de acusado não assistido por advogado e não advertido previamente acerca de seu direito de permanecer calado, sendo que este último já havia sido assegurado pela Corte em *Malloy v. Hogan*; dentre outros (CAMPOS, 2014, p. 77, grifo do autor).

Inúmeros fatores cooperaram para este notório ativismo judicial, especialmente os políticos, tendo em vista que o Executivo e Legislativo federais eram ocupados, em sua maioria, por Democratas partidários dos mesmos ideais liberais de Warren, Black e Douglas. Dessa forma, nas palavras de Campos (2014, p. 72), “havia todo um ambiente político e social favorável para que a maioria dos juízes da Corte Warren fosse ativista na extensão em que ela efetivamente foi”.

Após a queda da Corte Warren, a Suprema Corte enfrentou momentos de oscilação entre ativismo e autorrestrição, e isso se verifica até os dias atuais. Para Campos (2014, p. 97) há um “eterno **embate político-ideológico** em torno do binômio ativismo judicial-autorrestrição judicial” (grifo do autor).

A explicação para essa alternância está na realidade de que a política, a sociedade e outros elementos exercem e sempre exercerão significativa influência nas decisões dos membros do órgão de cúpula do Judiciário dos Estados Unidos e, por esta razão, não se pode caracterizá-lo como inteiramente ativista, liberal ou conservador, ou autorrestritivo, a sua atitude dependerá precipuamente das peculiaridades do caso concreto.

2.2 A propagação do ativismo judicial na Europa ocidental e na América latina

2.2.1 As cortes constitucionais da Alemanha e da Itália

Almejando superar as atrocidades cometidas durante a vigência dos regimes nazista e fascista e com o evidente propósito de evitar a repetição destas barbaridades em face dos direitos humanos, a Alemanha e a Itália promulgaram novas Constituições repletas de garantias fundamentais, estabelecendo a democracia e instituindo Cortes Constitucionais detentoras do monopólio do controle de constitucionalidade e incumbidas da missão de assegurar o respeito às prerrogativas conferidas pelo texto da Carta Magna (FAVOREU, 2004).

Essa autonomia concedida ao Tribunal Constitucional da Alemanha e à Corte Constitucional da Itália contribuiu para que se desenvolvesse um ativismo judicial voltado à afirmação da “validade prática dos direitos fundamentais”, o qual vem exercendo influência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (CAMPOS, 2014, p. 99), justificando, assim, a sucinta abordagem a seguir sobre as práticas ativistas destas Cortes.

A Corte alemã, apesar de já estar prevista na Lei Fundamental de 1949, só veio a ser efetivamente criada pela Lei de 12 de março de 1951. Sua competência, seguindo o padrão das demais Cortes Constitucionais espalhadas pela Europa Ocidental, foi restringida tão somente à jurisdição constitucional, consoante afirma Mendes (2014, p. 36):

Ela não atua como uma instância de revisão ou como um *Tribunal* ou um *Supertribunal de revisão*, destinada a examinar a legitimidade dos julgados de Tribunais inferiores. Sua competência não resulta de uma *cláusula geral*, sendo definida precisamente na Lei Fundamental (grifo do autor).

O Tribunal Constitucional da Alemanha manifestou seu comportamento ativista através da sua visão do sistema de direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, de eficácia horizontal, vinculadora não só das ações de todos os poderes do Estado, mas também da interpretação dos outros ramos do Direito (CAMPOS, 2014, p. 103).

Além disso, a adoção pelo Tribunal do método da ponderação de interesses na resolução de demandas complexas que envolviam conflitos entre princípios constitucionais (CAMPOS, 2014, p. 104) e o emprego de “uma interpretação construída a partir de critérios supraleais de valoração” para orientar a sua atividade jurisdicional (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 146), também concorreram para o surgimento e fortalecimento do ativismo judicial na Alemanha.

Caso memorável de ativismo da Corte alemã foi aquele datado de 1995, em que se julgou inconstitucional a imposição de crucifixo em salas de aula no Estado da Baviera, sob o argumento de que tal exigência feria o direito à liberdade religiosa assegurado pela Lei Fundamental (CAMPOS, 2014, p. 106). A decisão foi veemente reprovada pelo desrespeito à cultura local, uma vez que sabidamente o Catolicismo fazia parte da identidade da Baviera:

O Tribunal foi acusado de ativismo judicial porque teria faltado com a devida deferência ao poder discricionário do legislador bavierense e que isso teria sido decorrência natural da aplicação que fez da liberdade religiosa como princípio objetivo, como elemento normativo da ordem objetiva de valores [...] a partir deste julgamento, a metodologia do Tribunal na concretização da Constituição passou a receber mais críticas por parte de importantes setores doutrinários (CAMPOS, 2014, p. 108).

Diante da persistência dessas censuras ao longo dos anos, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 109) observa:

Todas essas críticas ao seu ativismo judicial de dimensão metodológica têm levado o Tribunal, especificamente a sua Primeira Turma, a um recente e relativo recuo no dimensionamento da faceta objetiva dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, no uso da ponderação e da proporcionalidade.

Porém, Mendes (2014, p. 36) reconhece que, a despeito de toda a reprovação dirigida à Corte, sua jurisprudência exerceu e ainda exerce grande influência sobre a ordem política do país, a ponto de servir até mesmo como referência ao Parlamento quando da elaboração das leis.

Na Itália, a situação não foi muito distinta da Alemanha em matéria de defesa dos direitos fundamentais. A Corte Constitucional, que iniciou suas atividades em 1956, aproximadamente nove anos após a promulgação da Constituição de 1947, foi povoada por juízes que, em sua maioria, intencionavam efetivar as disposições contidas na Carta Maior (CAMPOS, 2014, p. 115-116).

Para viabilizar as mudanças pretendidas, o tribunal desenvolveu as denominadas sentenças manipulativas, dispositivos aptos a promover a “transformação do significado da lei, mas sem alteração formal do texto normativo” (CAMPOS, 2014, p. 117), assemelhando-se ao fenômeno da mutação constitucional.

As sentenças manipulativas subdividem-se em: manipulativas de sentido estrito, aditivas e substitutivas. Nas sentenças manipulativas de sentido estrito, declara-se a nulidade de parte da lei sem que haja alteração formal em seu texto, de maneira que apenas o alcance da norma é reduzido. As sentenças de efeitos aditivos, por sua vez, são empregadas em casos de omissões legislativas, principalmente as violadoras do princípio da igualdade, com a finalidade suprir a lacuna deixada pelo órgão legiferante. Já nas sentenças substitutivas, “o juiz não se limita a julgar inconstitucional certo conteúdo normativo, mas formula um novo em substituição ao que declarou nulo” (CAMPOS, 2014, p. 117-118).

Destarte, através dessas técnicas decisórias a Corte Constitucional foge de sua atribuição de mero intérprete da lei e passa a atuar como legislador positivo, e é justamente nessa atuação expansiva que reside o ativismo judicial italiano (CAMPOS, 2014, p. 119).

Evidentemente que as práticas ativistas da Corte foram e ainda são alvos de críticas, independentemente de quão benéficos sejam os seus resultados. Sempre haverá o temor de que, eventualmente, algum poder seja usurpado ou um direito violado. A legitimidade dos juízes para decidir causas que, em tese, são de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo sempre será questionada, afinal, magistrados não são eleitos pelo sistema majoritário (CAMPOS, 2014).

Contudo, do mesmo modo que a Corte Warren, as censuras ao Tribunal Constitucional da Alemanha e à Corte Constitucional da Itália não diminuíram seu prestígio, mormente porque estes órgãos colaboraram para romper com um passado obscuro no qual os direitos inerentes à pessoa humana eram praticamente inexistentes. Sendo assim, com o auxílio do Poder Judiciário e de seu ativismo, uma nova ordem constitucional foi efetivada e isto não pode ser ignorado.

2.2.2 As cortes constitucionais da Colômbia e da Costa Rica

Do mesmo modo que na Europa Ocidental, reformas constitucionais visando a reimplantação ou o fortalecimento do regime de governo democrático, a criação de cortes constitucionais e a instituição de um vasto rol de direitos fundamentais oportunizaram o surgimento, ainda que tardio, do ativismo judicial em alguns países da América Latina (CAMPOS, 2014, p. 122).

A Corte Constitucional da Colômbia foi estabelecida pela Constituição de 1991 e suas atividades se iniciaram no ano seguinte. A judicialização de importantes questões como consequência da crescente descrença da população para com o poder político, corroborou para que logo o tribunal atingisse protagonismo no país. Ademais, o fácil acesso da população à jurisdição constitucional também constituiu fator determinante para que a Corte ocupasse posição de destaque na Colômbia, “pois é relativamente fácil para os cidadãos converter uma reclamação em uma discussão jurídica, que deve ser constitucionalmente decidida, e em tempo bastante curto, pela justiça constitucional” (YEPES, 2007, p. 63).

Sua jurisprudência voltada à concretização dos direitos fundamentais e sociais a fez ser reconhecida pela doutrina como uma das Cortes mais ativistas do mundo. Empregando-se da

interpretação criativa, ela já garantiu direitos aos homossexuais e às prostitutas, descriminalizou o uso de drogas e a prática da eutanásia, impediu a criminalização de todas as hipóteses de aborto e proferiu muitas outras decisões em matéria trabalhista, tributária, de saúde, de direitos do idoso e assim por diante (CAMPOS, 2014).

Com base nisso, vê-se que, por conta deste ativismo judicial destemido, matérias que ainda se encontram em discussão no ordenamento jurídico brasileiro já foram há muito superadas pela Corte Constitucional colombiana, tomando como exemplo o fato de que a descriminalização da eutanásia se deu no ano de 1997, na *Sentencia* nº C-239, enquanto que, no Brasil, esta prática ainda constitui crime de homicídio (YEPES, 2007, grifo do autor).

Para Campos (2014, p. 130-131), ainda que recente, a história do tribunal constitucional colombiano

[...] produz ensinamentos singulares para o tema do ativismo judicial: importância dos desenhos institucionais, estabelecidos nas constituições democráticas contemporâneas, para a expansão do poder político e da relevância social das cortes constitucionais – carta de direitos entrincheirados e jurisdição constitucional acessível e de amplos poderes decisórios; o ativismo de cortes constitucionais, manifestado pela interpretação criativa e expansiva das normas constitucionais, pode ser decisivo para a afirmação da democracia e para a promoção de direitos fundamentais e sociais em contextos de insegurança e desigualdade.

Outra Corte Constitucional de grande destaque em matéria de ativismo judicial é a da Costa Rica, criada pela reforma constitucional de 1989. Conhecida como a “Sala IV”, nada mais é do que uma Câmara da Corte Suprema costa-riquenha, incumbida do dever de proteção aos direitos fundamentais e detentora da competência para julgamento de demandas constitucionais (CAMPOS, 2014).

Insta salientar que, conforme aponta Campos (2014, p. 131), a Constituição da Costa Rica já contava com amplo rol de direitos fundamentais e sociais desde a sua promulgação, em 1949, contudo

[...] a efetividade dos mesmos sempre esbarrou justamente no comportamento muito passivo da Corte Suprema no controle de constitucionalidade das ações dos outros poderes, principalmente do Legislativo, que exercia sua função sem se preocupar muito com os limites substanciais da Constituição.

Dessa forma, o Judiciário se viu ante a necessidade de uma reforma para a instituição de uma corte especialmente destinada à apreciação de questões atinentes à jurisdição constitucional, e foi justamente isso o que ocorreu. A Sala IV foi instaurada e às suas decisões foram atribuídos efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante (CAMPOS, 2014, grifo do autor).

Relativamente às práticas ativistas da Corte Constitucional da Costa Rica, em detrimento da inércia dos poderes Executivo e Legislativo,

[...] a Corte exigiu provas de concursos públicos em braile, o direito dos deficientes visuais de levar seus cães-guias em táxis e em ônibus [...], expandiu a liberdade de imprensa, de religião, a igualdade de gênero, a proteção de prisioneiros, o direito a morrer sem dor [...] A Corte tem ainda garantido importantes cuidados médicos aos pacientes de HIV, tradicionalmente marginalizados, assim como outros direitos de saúde para grupos igualmente fragilizados, apesar de não haver previsão explícita do direito à saúde na Constituição (CAMPOS, 2014, p. 133-134).

O caso mais conhecido da Corte, no entanto, foi aquele no qual se julgou inconstitucional emenda que vedava a reeleição presidencial sob o fundamento de que esta caracterizava evidente violação ao direito fundamental de votar e ser votado, acrescentando, ainda, que o Poder Legislativo não poderia editar emendas constitucionais visando coibir direitos fundamentais. Essa foi apenas uma das muitas decisões ativistas através das quais a Sala Constitucional vem modificando a conjuntura política da Costa Rica, interferindo na esfera de atuação dos outros poderes (CAMPOS, 2014).

Inegavelmente o ativismo judicial da Sala IV cooperou para que atualmente seja considerada como “uma das cortes mais poderosas da América Latina, talvez do mundo, e protagonista da vida social e política de seu país” (CAMPOS, 2014, p. 137), consistindo em um modelo de Corte Constitucional que efetivamente fez valer as garantias contidas na Constituição.

Como já mencionado acima, em comparação com os Estados Unidos e alguns países da Europa Ocidental, o desenvolvimento do ativismo judicial na América Latina se deu de forma tardia. Ainda assim, não obstante as suas recentes histórias, as Cortes Constitucionais da Colômbia e da Costa Rica proferiram decisões em matéria de direitos fundamentais tão importantes quanto aquelas prolatadas pela Suprema Corte norte-americana e as cortes alemã e italiana.

A sucinta abordagem neste capítulo relativamente aos precedentes históricos do ativismo judicial se deu com o objetivo de elucidar que este fenômeno se manifesta em diversos contextos políticos, sociais e econômicos dos mais distintos lugares. Porém, mais do que discorrer acerca da origem histórica, o presente capítulo foi dedicado a expor as memoráveis mudanças acarretadas por decisões ativistas, mudanças estas que contribuíram demasiadamente para a construção de um sistema sólido de direitos fundamentais em inúmeros países, inclusive no Brasil.

3 AS RAÍZES DO ATIVISMO NO BRASIL

Finalizadas as breves ponderações relativas aos precedentes históricos do ativismo do Poder Judiciário, o presente capítulo destinar-se-á a tratar da sua incidência no Brasil. Primeiramente, com base nas conclusões de importantes estudiosos do tema, serão elucidadas de forma sucinta as conceituações de ativismo judicial e de judicialização da política, no intuito de se estabelecer uma diferenciação entre estes fenômenos que frequentemente são entendidos como sinônimos.

Também será demonstrado que a distinção entre ativismo e judicialização não importa oposição, sendo completamente possível que ambos ocorram em uma mesma situação, de modo que o último contribuiu fortemente para o advento e ainda favorece o desenvolvimento do primeiro no Judiciário pátrio.

Em continuidade, abordar-se-ão as principais causas influenciadoras do surgimento do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, que variam entre o processo de redemocratização do país, a ineficiência do Executivo e do Legislativo, o descrédito da população nos poderes políticos e a inserção dos ideais neoconstitucionalistas no Supremo Tribunal Federal.

A abordagem a seguir é essencial para a compreensão de que o ativismo não é um comportamento que foi desenvolvido injustificadamente pelo Poder Judiciário, mas sim um produto, uma consequência do fortalecimento e do protagonismo dos tribunais favorecidos pela incapacidade dos poderes representativos em atender às demandas da sociedade e implementar as disposições da Constituição Federal.

3.1 O conceito de ativismo judicial e a sua distinção da judicialização da política

Assim como o próprio fenômeno, o termo “ativismo judicial” originou-se nos Estados Unidos, sendo empregado pela primeira vez no ano de 1947 em um artigo de revista sobre a Corte Warren, de autoria de Arthur M. Schlesinger, Jr. Desde então, a concepção de ativismo judicial “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2015b, p. 441-442).

Relativamente à definição de ativismo judicial, Luís Roberto Barroso (2015b, p. 442-443) aduz:

Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto de ativismo é a *autocontenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes [...] o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados) (grifo do autor).

Por sua vez, Elival da Silva Ramos (2015, p. 131), entende que ativismo judicial é:

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

Na aludida definição, ativismo judicial ocorre quando o Judiciário excede seus limites para além daquilo que foi previsto como sendo de sua função. Basicamente, os dois conceitos até o momento analisados afirmam que o ativismo é o agir expansivamente, porém, este último confere conotação negativa ao fenômeno.

Partilhando da mesma compreensão de Elival da Silva Ramos, Lênio Streck (2016, p. 730) caracteriza o ativismo como “uma atuação judicial que extrapola os limites jurídicos [...] e/ou invade a competência dos demais Poderes”.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 37), ainda, traz a noção de ativismo judicial, como sendo

[...] o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: **(a)** deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; **(b)** responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; **(c)** se **manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias** (grifo do autor).

Portanto, como pode ser constatado após a avaliação das definições acima elencadas, há um consenso no sentido de que o ativismo judicial se trata de atuação expansiva do Poder Judiciário. Contudo, ao menos aparentemente, a concepção mais acertada é aquela apresentada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, por admitir diversas formas de manifestação do ativismo, em diferentes contextos e momentos, de modo legítimo ou ilegítimo.

Uma vez superada a fase de conceituação do ativismo judicial, passar-se-á à análise de outro fenômeno que consiste em objeto de acirrados debates no ordenamento jurídico brasileiro: a judicialização da política.

Consoante elucida Barroso (2015b, p. 422), inúmeros elementos contribuíram para que a judicialização se instalasse no Brasil, dentre eles a ascensão institucional do Poder Judiciário, a constitucionalização e o aumento da procura pela justiça. Esse fenômeno foi verificado no país, mais precisamente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que firmou novamente a democracia como regime de governo (BARROSO, 2012a, p. 24).

Cumprido ressaltar que, por judicialização, se entende

[...] que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2015b, p. 437).

Nesse sentido, reforça Streck (2016, p. 724):

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização observado.

O ativismo judicial e a judicialização da política são fenômenos diferentes. Como mencionado acima, judicialização é transferir ao Judiciário a competência para decidir questões de índole política e social que, inicialmente, deveriam ser decididas pelos Poderes Executivo ou Legislativo. Barroso (2012a, p. 25) afirma que, diante de um caso de judicialização da política, não resta alternativa ao Poder Judiciário que não o julgar, isso porque a atribuição de solucionar litígios a ele apresentados decorre da própria Constituição Federal.

Por outro lado, o ativismo está relacionado à atitude adotada pelo Judiciário ao decidir determinada questão. Isto é, o julgador poderá ser ativista ou não. Essa postura, segundo Barroso (2012a, p. 26), poderá se manifestar

[...] por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Além dos métodos supracitados, Campos (2014) reconhece que o ativismo judicial se exterioriza quando as Cortes preenchem omissões e lacunas legislativas ou atribuem às leis novos sentidos ou significados para adequá-las à Constituição, como ocorre nas sentenças manipulativas da Corte Constitucional italiana; ou quando ampliam o seu poder decisório e a eficácia das suas decisões, que no Brasil se dá por meio das súmulas vinculantes e da repercussão geral; ou, ainda, por intermédio da superação de precedentes, prática ativista mais comum nos Estados Unidos, uma vez que seu ordenamento jurídico adota o princípio *stare decisis* (grifo do autor).

O autor ainda considera que o ativismo pode se revelar de outras três formas: quando o Judiciário ultrapassa os limites do caso concreto que está sendo analisado e fixa regras e princípios amplos a serem utilizados em demandas futuras, como verificado em *Dred Scott v. Sandford* e *Brown v. Board of Education*; de forma ilegítima, nos julgados construídos com base em preferências pessoais dos magistrados; e em decisões demasiadamente expansivas, a ponto de impedir a participação dos outros Poderes na concretização da Constituição (CAMPOS, 2014, p. 172-173, grifo do autor).

Posto isso, ativismo e judicialização não se confundem:

Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil [...] Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete [...] Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso (BARROSO, 2012a p. 31, grifo do autor).

É pertinente ressaltar que essa disparidade não consiste em oposição, sendo perfeitamente possível que um caso de judicialização obtenha como resultado a prolação de uma decisão ativista. Todavia, essa incidência do ativismo na judicialização da política nem sempre ocorrerá, simplesmente por que determinadas situações não exigem do Poder Judiciário esse tipo de comportamento (STRECK, 2016, p. 724).

Sendo assim, pode-se dizer que ativismo judicial e judicialização são fenômenos conexos. Isso porque este último é uma das causas que impulsionaram o surgimento daquele no Brasil e também fornece meios para que ele se desenvolva (CAMPOS, 2014, p. 241), principalmente diante do contemporâneo cenário político do país, infestado de inúmeras práticas de corrupção que encontram seu desfecho na seara jurídica, como o caso do “Mensalão” e da operação “Lava Jato”, e demandam cada vez mais uma atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário.

Saliente-se, contudo, que a judicialização da política não contribuiu isoladamente para a manifestação do ativismo no cenário jurídico brasileiro, mas sim dentro de um determinado contexto e somada a um conjunto de fatores, os quais serão objeto de análise no tópico a seguir.

3.2 Os fatores de impulsão do surgimento e do desenvolvimento do ativismo judicial no cenário brasileiro

3.2.1 O fortalecimento do supremo tribunal federal e do controle de constitucionalidade

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o grande marco do processo de redemocratização do Brasil, que se iniciou em 1985. Objetivando superar os vinte anos de um regime ditatorial que sugou a autonomia do Poder Judiciário e desconsiderou qualquer direito fundamental eventualmente garantido à população, o texto da Carta Magna de 88 elencou abundantes direitos e garantias a todos e realizou significativas mudanças institucionais. Situação semelhante foi verificada na Alemanha e na Itália quarenta anos antes.

Em meio a essas reformas, foram criadas importantes emendas constitucionais e leis ordinárias com o fito de facilitar o acesso à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e ampliar seu poder decisório, promovendo o fortalecimento do órgão de cúpula do judiciário brasileiro (CAMPOS, 2014, p. 258).

Dentre os supramencionados dispositivos, encontram-se as Emendas Constitucionais de nº 3 de 1993 e nº 45 de 2004 que, além de outras modificações, reforçaram consideravelmente o controle de constitucionalidade, bem como a Lei nº 9.868/99, que regulou as ações Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade, e a Lei nº 9.882/99, reguladora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CAMPOS, 2014, p. 258; RAMOS, 2015, p. 291).

Como consequência do fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, e do controle de constitucionalidade, a quantidade de demandas ajuizadas perante a Corte aumentou substancialmente e a ela foram confiadas “diversas atribuições e responsabilidades, muitas delas de cunho político e de relevância e interesse nacionais” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 146).

Todavia, outro fator que, lamentavelmente, contribuiu para essa transferência de atribuições e responsabilidades ao Supremo foi a perceptível “ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas” (RAMOS, 2015, p. 303) a

concretizar as disposições da Constituição, tema que será aprofundado no item 3.2.2 deste capítulo.

Paulatinamente, as soluções para determinadas demandas passaram a requerer do Supremo uma interpretação criativa do texto constitucional, principalmente nos casos em que se verificou a presença das denominadas normas-princípio, dotadas de caráter vago e indeterminado, as quais propiciaram à Corte certa liberdade de atuação (CAMPOS, 2014).

Ademais, em sede de controle de constitucionalidade, constatou-se uma maior proximidade entre o exercício da função jurisdicional e a função legiferante, uma vez que a jurisdição constitucional passou a interferir “diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados” (RAMOS, 2015, p. 292).

Com a interpretação criativa dos dispositivos constitucionais e a atuação expansiva do Supremo Tribunal Federal quando da revisão judicial dos atos do Poder Legislativo, o ativismo judicial iniciou sua trajetória no Poder Judiciário brasileiro. Evidentemente que, conforme pode-se depreender do que foi até o presente momento exposto, a própria Constituição de 1988, por meio de relevantes reformas institucionais, forneceu os instrumentos para que o Supremo Tribunal Federal adotasse esse comportamento visando solucionar determinados casos submetidos à sua jurisdição.

3.2.2 A ordem política pós-1988

O revigoramento do Supremo Tribunal Federal e do controle de constitucionalidade, ainda que determinante, não foi o único fator responsável pela incidência do ativismo judicial na ordem jurídica brasileira. Dieter Grimm (2004 apud CAMPOS, 2014, p. 260) sabiamente afirma que “sem a disposição de políticos em delegar a resolução de conflitos às cortes, o ativismo judicial careceria da base institucional para de outro jeito avançar”.

Nessa mesma perspectiva, Diego Werneck Arguelhes (2009, p. 07) acrescenta:

[...] um provável elemento comum entre o caso brasileiro e outros processos similares de expansão do poder judicial ao redor do mundo está no fato de que o ativismo do Supremo de hoje é *politicamente construído*. Em diversos momentos do seu processo de formação, dependeu de comportamentos políticos favoráveis – condições que, em última instância, não podem ser criadas por decisão judicial (grifo do autor).

O presidencialismo, conhecidamente, não foi uma novidade trazida pela Constituição Federal de 1988. Na realidade, ele foi adotado no Brasil em conjunto com a forma de governo

republicana, na memorável data de 15 de novembro de 1889 (STRECK, 2013, p. 208). Recentemente, contudo, devido à fragmentação do poder entre o Executivo e o Legislativo e ao pluripartidarismo constitucionalmente legitimado, alguns estudiosos têm adotado a expressão “presidencialismo de coalizão” para definir o sistema político vigente no país (CAMPOS, 2014, p. 265).

O termo “presidencialismo de coalizão” foi utilizado pela primeira vez por Sérgio Henrique Abranches em 1988 no intuito de caracterizar o arranjo político-institucional que vem sendo vivenciado pelo Brasil. Em sucinta explicação acerca desse padrão de governança, Fabiano Santos (2002, p. 237) preleciona:

A combinação de sistema presidencialista, representação proporcional de lista aberta e sistema parlamentar fragmentado leva o chefe do Executivo, na intenção de implementar sua agenda de políticas públicas, a distribuir pastas ministeriais entre membros dos principais partidos, na esperança de obter em troca o apoio da maioria do Congresso.

Indubitavelmente, o presidencialismo de coalizão traz benefícios à democracia, no sentido de evitar que haja a concentração excessiva de poder nas mãos do Chefe do Executivo, diminuindo as chances de se instalar novamente um regime ditatorial em território brasileiro (CAMPOS, 2014, p. 266). Porém, as diferentes ideologias muitas vezes impedem que se estabeleça um consenso entre o governo e o Congresso Nacional, o que culmina com a problemática do mau desempenho desses Poderes (STRECK, 2013, p. 208).

Em concepção semelhante, Elival da Silva Ramos (2015, p. 304-305) atribui ao modo de funcionamento do sistema presidencialista parcela de responsabilidade quanto à atuação normativa ineficiente do Executivo e do Legislativo:

Para muitos, **a matriz desses problemas reside na dinâmica de funcionamento do sistema de governo presidencialista**, incapaz de gerar governos apoiados por maiorias parlamentares estáveis, o que se agrava em um quadro de pluripartidarismo exacerbado, como o nosso. [...] talvez a baixa produtividade normativa anteriormente apontada (em termos qualitativos) decorresse, na verdade, da falta de consenso político em torno das medidas que devam ser adotadas. **Tenho para mim que, ainda que não seja o único responsável pela defasagem entre a normatização necessária e a efetivamente alcançada, o sistema presidencialista tem contribuído para tanto** (grifo nosso).

É diante desses conflitos entre os poderes governante e legiferante federais que entra a atuação da Suprema Corte brasileira. Essas questões políticas passam a ser judicializadas na esperança de que, na esfera judicial, se atinja a meta obstaculizada na arena político-deliberativa, como a aprovação ou a derrubada de leis ou a decisão de questões altamente

controvertidas, sendo exemplos os casos de aborto e união homoafetiva (CAMPOS, 2014, p. 267-268).

Com isso, o tribunal,

[...] estimulado pelo reforço à tarefa de controle jurídico da função legislativa que lhe compete exercer e premido pelas pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição social-democrática de 1988, ultrapassa, por vezes, os limites que o nosso jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional (RAMOS, 2015, p. 303).

Do ponto de vista de Campos, esse ambiente competitivo tem corroborado para que o Supremo Tribunal Federal atue “com boa dose de liberdade para avançar o projeto constitucional contemporâneo de limitação do poder em favor dos direitos fundamentais” (2014, p. 267). Além disso, o autor assevera que o respeito atualmente demonstrado pelo Executivo e pelo Legislativo às decisões emitidas pelo tribunal também favorecem essa “liberdade e assertividade decisórias” (2014, p. 260).

Desse modo, a ordem política pós-1988 abriu espaço para a prática do ativismo judicial. As desavenças entre o Executivo e o Legislativo que culminam com a transferência da competência de solucionar questões políticas e sociais ao Judiciário e a ausência de resistência desses Poderes à atuação do Supremo oportunizaram uma postura expansiva e proativa da Corte. É a partir dessa conclusão que se comprova a veracidade da afirmação de que a judicialização da política viabiliza o desenvolvimento do ativismo no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.3 *O descrédito nos poderes executivo e legislativo*

Um Supremo Tribunal Federal fortalecido e uma crise de representatividade gerada pelo mau desempenho dos poderes políticos eleitos, tudo amplamente divulgado pela mídia, geraram uma progressiva descrença no Executivo e no Legislativo e fizeram com que a população passasse a depositar sua confiança e suas expectativas no Poder Judiciário que, conforme dissertado nos itens 3.2.1 e 3.2.2 deste capítulo, vinha se destacando no controle judicial dos atos do poder legiferante e na decisão de questões políticas e sociais controvertidas.

O aumento do número de demandas de cunho social levadas à Corte corroborou para que esta passasse a ser vista como figura de representação dos anseios dos brasileiros na

concretização das disposições da Constituição Federal, posição anteriormente ocupada apenas pelo governo e pelo Congresso Nacional (CAMPOS, 2014, p. 270).

Na medida em que o Supremo Tribunal Federal se vale de conduta ativista para julgar essas demandas, justamente no intuito de “garantir a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais” (MORAES, 2011, p. 39), considerando que sua função preponderante é a guarda da Carta Magna, as expectativas públicas são satisfeitas e o ativismo judicial, assim como o protagonismo da Corte Constitucional brasileira, vai se solidificando nas ordens jurídica, política e social do país (CAMPOS, 2014).

Destarte, seguramente pode-se afirmar que o fator em discussão é causa essencial para o desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil, porquanto a consolidação desse fenômeno é proporcional ao aumento da desconfiança da sociedade nos poderes políticos eleitos e do depósito das suas expectativas na atuação assertiva do Supremo, ante as omissões daqueles quando da efetivação de políticas públicas.

3.2.4 O neoconstitucionalismo

A Assembleia Constituinte elaborou a Constituição Federal de 1988 predominantemente principiológica e de caráter expansivo no intuito de concretizar os ideais que naturalmente acompanham a adoção de um Estado Democrático de Direito: valorização dos direitos fundamentais, erradicação do autoritarismo e supremacia da Constituição.

Logo no início da vigência da Carta de 88, havia demasiada dificuldade em viabilizar as aspirações por ela trazidas, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal, haja vista que muitos dos membros da Corte naquele período eram partidários das ideologias juspositivistas, prezando pelo conservadorismo e pela deferência ao Executivo e ao Legislativo (CAMPOS, 2014, p. 271).

Em outras palavras: o Supremo detinha em suas mãos uma Lei Maior que lhe conferia autonomia e liberdade de atuação nunca antes oportunizadas, mas simplesmente não agia como tal em razão de seus ministros ainda estarem aprisionados às concepções de uma corrente jusfilosófica incompatível com aquilo que o texto constitucional almejava para a vida democrática do país.

Era necessária, portanto, uma transformação “jurídico-cultural” no comportamento da Corte Constitucional brasileira, e ela ocorreu a partir da aposentadoria dos membros designados durante o Regime Militar e a nomeação ministros com certa inclinação ativista,

como Celso de Mello, Gilmar Mendes, Marco Aurélio de Mello e Sepúlveda Pertence, que passaram a introduzir nos julgamentos do tribunal os ideais neoconstitucionalistas (CAMPOS, 2014, p. 271-272).

Por conseguinte, postulados como os da

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 (CAMPOS, 2014, p. 271, grifo do autor).

Com esse novo ponto de vista, o Supremo passou a desfrutar da autonomia e liberdade que lhe foram concedidas para efetivar as proposições da Constituição, expandindo seu papel político, fortalecendo-se institucionalmente e ganhando a confiança da população brasileira enquanto contribuía ativamente para a democracia, criando, assim, um ambiente propício ao surgimento e desenvolvimento do ativismo judicial.

4 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme dissertado anteriormente, a trajetória do Supremo Tribunal Federal na efetivação das disposições da Lei Fundamental de 1988 e na defesa dos direitos fundamentais não foi iniciada até a aposentadoria dos membros nomeados durante o regime ditatorial e seu repovoamento por ministros partidários dos ideais neoconstitucionalistas de supremacia da Constituição, força normativa dos princípios e reconhecimento da Suprema Corte como coparticipante do processo de implementação do Estado Democrático de Direito no Brasil (CAMPOS, 2014).

No transcurso do tempo, enquanto se acomodava no cumprimento de seu papel, a Corte Constitucional brasileira passou a desenvolver postura ativista no julgamento de determinados casos de judicialização da política. Inicialmente, de forma mais contida e pontual, depois, com mais ousadia e frequência.

Demandas como o caso do nepotismo, da greve dos servidores públicos, da demarcação de terras indígenas, da fidelidade partidária, da pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias, da união homoafetiva, do aborto de fetos anencefálicos, dentre muitas outras, foram submetidas ao crivo do Supremo e obtiveram como resultado uma atitude ativista da Corte durante o seu julgamento.

No presente capítulo, serão estudadas algumas decisões decorrentes desse comportamento do Pretório Excelso, em julgamentos envolvendo a interpretação expansiva dos dispositivos da Constituição Federal e a aplicação direta de princípios e direitos fundamentais de caráter abstrato, que culminaram com a criação de novas regras constitucionais sem qualquer intermediação do poder legiferante ou com a superação de lacunas resultantes da omissão do Congresso Nacional.

Ressalte-se que o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal não se restringe apenas aos provimentos a seguir examinados. O objetivo deste capítulo não é esgotar a análise das suas práticas ativistas, mas sim demonstrar as decisões através das quais a Corte Constitucional brasileira, valendo-se dessa atitude, contribuiu para a democracia e ganhou espaço como órgão concretizador dos anseios da sociedade.

4.1 O caso da fidelidade partidária

No ano de 2007, o Partido da Frente Liberal (atual Partido Democratas), formulou perante o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a Consulta de nº 1.398/DF, na qual questionava se, em caso de desfiliação partidária pelo candidato eleito, os partidos e coligações teriam o direito de preservar a vaga conquistada através do sistema eleitoral proporcional.

O tribunal, em sua maioria, invocando a tese da força normativa dos princípios constitucionais, especialmente aqueles que regem a administração pública, e interpretando-os conjuntamente com os enunciados dos artigos 14, § 3º, V e 17, § 1º da Constituição Federal, bem como com os artigos 108; 175, § 4º e 176 do Código Eleitoral, respondeu afirmativamente à consulta.

Insta salientar, todavia, que nas hipóteses de desfiliação por alteração do ideário partidário ou perseguição odiosa, o TSE entendeu pela manutenção do mandato em favor do candidato eleito.

Em decorrência da resposta oferecida pela Corte, inúmeros partidos políticos requereram ao Presidente da Câmara a posse, por suplentes, das vagas a eles pertencentes que estavam sendo ocupadas por deputados que cancelaram suas filiações ou pleitearam a transferência para outras agremiações. Entretanto, os pedidos formulados foram denegados pela referida autoridade, sob o fundamento de que a troca de partido não configurava hipótese de renúncia do mandato, por não estar elencada no § 1º do artigo 239 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e tampouco nos artigos 55 e 56 da Constituição Federal.

A recusa do Presidente da Câmara ensejou a impetração, pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Partido Popular Socialista (PPS) e Partido Democratas (DEM), dos mandados de segurança de nº 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF perante o Supremo Tribunal Federal, os quais foram conjuntamente julgados pelo plenário da Corte na sessão do dia 04 de outubro de 2007.

Predominantemente, o Supremo ratificou o entendimento adotado pelo TSE na Consulta de nº 1.398/DF, asseverando que a manutenção, pelo parlamentar, da filiação ao partido pelo qual foi eleito é indispensável para “a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato” (BRASIL, MS nº 26.602-3, 2007, p. 191). Dentre as razões apresentadas pela Corte para justificar tal posicionamento, encontra-se a da essencialidade dos partidos políticos:

A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, **tanto** mais se acentua **quando** se tem em consideração **que representam eles** um instrumento decisivo **na concretização** do princípio democrático **e exprimem**, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, **um dos meios fundamentais no processo de legitimação** do poder estatal, **na exata medida** em que o Povo – fonte **de que emana** a soberania nacional – **tem, nessas agremiações, o veículo necessário** ao desempenho das funções de regência política do Estado. As

agregações partidárias, **como corpos intermediários que são**, posicionando-se **entre** a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais **dos diversos** estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional (BRASIL, MS nº 26.603-1, 2007, p. 320, grifo do autor).

Além disso, valendo-se do conteúdo do § 3º do artigo 14 e do *caput* do artigo 45 da Carta Magna brasileira, que estabelecem, respectivamente, a filiação partidária como condição de elegibilidade e a representação proporcional como sistema eleitoral, o tribunal afirmou que o mandato não consiste em direito pessoal do parlamentar eleito, sendo a titularidade da vaga conquistada pertencente ao partido político.

A Corte assegurou que a prática de infidelidade partidária,

[...] **por implicar** violação ao sistema proporcional, **mutila** o direito das minorias **que atuam** no âmbito social, **privando-as** de representatividade nos corpos legislativos, **e ofende** direitos essenciais – **notadamente** o direito de oposição – **que derivam** dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, **tais como** a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (**CF**, art. 1º, I, II e V) (BRASIL, MS nº 26.603-1, 2007, p. 321, grifo do autor).

Porém, seguindo a mesma linha de raciocínio do Tribunal Superior Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal ressaltou os casos de desfiliação em situações excepcionais de mudança dos ideais do partido político ou de perseguição política, quando o mandato será preservado em nome do parlamentar. Ademais, consoante Ramos (2015, p. 250), o Pretório Excelso esclareceu que a perda do cargo eletivo por infidelidade partidária não se trata de imposição de sanção, “[...] e sim de mera consequência jurídica do ato de desfiliação, em si lícito, mas que não assegura ao mandatário a continuidade no exercício de um mandato representativo que pressupõe a tríplice vinculação eleitor-partido-representante”.

Em nome dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, uma vez que no julgamento dos mandados de segurança nº 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF houve considerável alteração jurisprudencial da Suprema Corte, estabeleceu-se como marco temporal para a aplicabilidade da nova diretriz hermenêutica o dia em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta de nº 1.398/DF, qual seja 27 de março de 2007. Dessa forma, somente perderiam o mandato os parlamentares que, injustificadamente, se desfilaram de seus respectivos partidos após essa data.

A presença do ativismo no caso da fidelidade partidária se consubstanciou no fato de que o Supremo Tribunal Federal, sem qualquer intermediação pelo Poder Legislativo, criou uma regra constitucional partindo de uma interpretação sistemática da Constituição e de seus

princípios. Não há, no texto constitucional, previsão expressa de que a infidelidade partidária é causa de perda do mandato eletivo, contudo, ainda assim a Corte, analisando-o expansivamente, firmou esse entendimento (CAMPOS, 2014, p. 281-283).

Como afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no Mandado de Segurança nº 26.603, o tribunal não restringiu sua apreciação somente aos artigos 1º, incisos I, II e V; 14, § 3º; 17, § 1º e 45, *caput*, mas sim à Lei Fundamental em sua integralidade:

O Supremo Tribunal Federal está a reinterpretar a Constituição, em toda a sua inteireza, e não fundado em textos isolados, exercendo, dessa forma, sua função precípua de guardião da ordem constitucional (BRASIL, MS nº 26.603-1, 2007, p. 642).

Essa postura ativista da Corte foi duramente criticada. Na censura, foi apontado que princípios não podem ser utilizados como “pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor normatização que ultrapasse os lindes de sua competência” (RAMOS, 2015, p. 254). Em suma, a doutrina contrária afirmou que o Supremo, além de usurpar a competência do poder legiferante, ainda o fez utilizando-se de princípios que, por si só, não convalidam tal comportamento, como o postulado da representação proporcional.

A resposta à reprovação, entretanto, foi oferecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento das demandas em comento. A Corte reconheceu que também exerce papel político, não exclusivamente judicial, ao cumprir sua função de garantidor da supremacia da Constituição Federal. Além disso, asseverou que o poder de interpretar a Lei Fundamental lhe confere a “prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional” (BRASIL, MS nº 26.603-1, 2007, p. 324).

No caso da fidelidade partidária, a atitude do tribunal se igualou a das grandes cortes ativistas mencionadas no capítulo 1 deste estudo. A aplicação de princípios em situações concretas; a criação, pelo Judiciário, de uma nova regra não expressamente prevista no texto constitucional e a afirmação da Corte de seu poder de modificar a Constituição através das práticas interpretativas, demonstram que a postura de autocontenção até então adotada está sendo superada e que o Supremo Tribunal Federal está avançando na conquista do posto de instituição protagonista na vida política do Brasil.

4.2 O caso da greve dos servidores públicos civis

Outro caso de grande repercussão em que a Suprema Corte atuou de forma ativista, cujo julgamento foi concluído em outubro de 2007, foi aquele discutido nos Mandados de Injunção (MI) de nº 670, 708 e 712, impetrados pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (SINDPOL), Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM) e Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (SINJEP), respectivamente.

Nos remédios constitucionais supracitados, os impetrantes pleiteavam em favor de seus associados a garantia do direito de greve contido no artigo 37, VII, da Constituição Federal, que se encontrava obstaculizado em razão da não edição, pelo Poder Legislativo Federal, da lei específica prevista no aludido dispositivo.

Para melhor entendimento, segue o teor do inciso VII, do artigo 37, da Constituição:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (BRASIL, 1988).

É pertinente ressaltar que o assunto não foi levado ao Pretório Excelso pela primeira vez através dos Mandados de Injunção em questão. Este já vinha proferindo decisões acerca da matéria há certo tempo, porém, sempre adepto à corrente não concretista no sentido de apenas declarar a mora legislativa e cientificar o Poder Legislativo com o objetivo de suprir a lacuna (CAMPOS, 2014, p. 298).

Ocorre que, no julgamento do dia 25 de outubro de 2007, adotando a posição concretista e conferindo eficácia *erga omnes* ao provimento, o Supremo Tribunal Federal superou quase vinte anos de precedentes e determinou que enquanto permanecesse a omissão legislativa, seria aplicada ao regime de greve dos servidores públicos civis, no que coubesse, a Lei nº 7.783 de 1989, que versa sobre a greve dos trabalhadores da iniciativa privada

Nos Mandados de Injunção de nº 670 e 708, destacou-se o voto do Ministro Gilmar Mendes. A princípio, o magistrado se dedicou a analisar a evolução da jurisprudência da Corte quanto ao supracitado remédio constitucional e citou as decisões proferidas nos MI (s) nº 283, 232 e 284, que já indicavam “uma nova compreensão do instituto e admissão de uma solução ‘normativa’ para a decisão judicial” (BRASIL, MI nº 670-9, 2007).

Ao final da apreciação, concluiu: “As decisões referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário,

uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano” (BRASIL, MI nº 670-9, 2007).

Em seguida, ponderou acerca da ausência da lei regulamentadora prevista no artigo 37, inciso VII, da Constituição, asseverando que a omissão do Poder Legislativo favoreceu “um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito”, uma vez que as greves dos servidores públicos estavam sendo realizadas “sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal” (BRASIL, MI nº 670-9, 2007, p. 30)

Outrossim, afirmou que justamente pelo fato de o caso ter atingido um patamar tão problemático, o Supremo deveria intervir de forma mais efetiva, apesar do receio de se estar atuando na seara legislativa:

Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”. Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte (BRASIL, MI nº 670-9, 2007, p. 31, grifo do autor).

Na fundamentação de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes também se referenciou no direito comparado, especificamente nas técnicas decisórias das cortes da Alemanha e da Itália, no postulado da inafastabilidade da jurisdição e no princípio fundamental democrático:

A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, **e das sentenças aditivas no direito italiano**, denota-se que se está, no caso do direito de greve dos servidores, diante de hipótese em que a omissão constitucional reclama uma solução diferenciada. De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo **pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV)**. Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que **não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º)** (BRASIL, MI nº 670-9, 2007, p. 42, grifo nosso).

A Corte, em sua maioria, acompanhou o voto do eminente ministro e deferiu os Mandados de Injunção nº 670 e 708, determinando a aplicação da Lei nº 7.783/89 ao regime de greve dos servidores públicos civis enquanto o Poder Legislativo Federal não promovesse a devida normatização da matéria, sendo que à decisão foi atribuída eficácia *erga omnes*.

Relativamente ao MI nº 712, o Ministro Relator Eros Grau proferiu seu voto seguindo linha argumentativa muito semelhante à de Gilmar Mendes, de modo que foi igualmente

acompanhado pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a demanda.

Saliente-se que a Corte mais uma vez fixou prazo, de sessenta dias, para que o Congresso Nacional editasse a lei ordinária regulamentadora da greve do âmbito do serviço público, o que até o presente momento não foi cumprido pelo órgão.

Quando da conceituação do ativismo judicial, abordada no tópico 3.1 deste capítulo, foi discorrido que, nas concepções de Luís Roberto Barroso (2012a) e Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014), este fenômeno pode se exteriorizar de inúmeras formas. O caso ora analisado é um excelente exemplo da consistência dessa afirmação. Nele, a Corte Constitucional brasileira além de, por sua conta e risco, preencher lacuna legislativa, empregando instrumento característico do ativismo judicial da Corte Italiana, a sentença aditiva, ainda ampliou a eficácia da sua decisão.

Nesse sentido são as considerações de Campos (2014, p. 300):

O ativismo judicial se mostra evidente na atividade legiferante da Corte quando não se limitou a resolver os casos concretos dos mandados julgados, mas foi além e decidiu com eficácia geral. O passo que o Tribunal deu foi realmente muito largo. A postura de decidir com eficácia *erga omnes* é, inegavelmente, o que há de mais ativista quanto ao tema da superação da omissão legislativa total. O Supremo transitou diretamente entre extremos *sem escalas*, e vem mantendo a nova posição em julgados posteriores sobre temas diferentes, onde igualmente se fez presente inércia legislativa persistente e injustificada, deixando claro ter a mudança de perspectiva institucional vindo para ficar (grifo do autor).

Naturalmente que a decisão não foi bem recebida por todos. Muitas foram as alegações de que o tribunal estaria usurpando a competência do Poder Legislativo e subvertendo a finalidade conferida ao mandado de injunção pela Constituição Federal. Inclusive, esse foi o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto vencido:

Não vou tão longe, porém, **a ponto de ultrapassar a finalidade do mandado de injunção** – que é, nas palavras de José Afonso da Silva, a de “realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa sempre que a norma regulamentadora torne inviável seu exercício – **avançando sobre a própria razão de ser do Poder Legislativo**, ao qual compete expedir normas de caráter geral e abstrato para regular determinadas situações ocorrentes na realidade fenomênica. Em outras palavras, não me parece possível, data vênua, ao Poder Judiciário, a pretexto de viabilizar o exercício de direito fundamental por parte de determinada pessoa ou grupo de pessoas, no âmbito do mandado de injunção, expedir regulamentos para disciplinar, em tese, tal ou qual situação, ou adotar diploma normativo vigente aplicável à situação diversa. [...] Ademais, ao emprestar-se eficácia *erga omnes* à tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria **intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto** (BRASIL, MI nº 670-9, 2007, p. 79-80, grifo nosso).

Em sua avaliação crítica, Carlos Alberto Navarro Perez (2012) sustenta a inconstitucionalidade da atuação da Corte no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, na medida em que a ingerência do Supremo no campo de atuação do Legislativo, viola a democracia e a separação de Poderes, princípios basilares da Constituição Federal.

Jorge Hage (2010, p. 190), por sua vez, também defende que a conduta do Pretório Excelso foi contrária à Constituição, mas sua censura refere-se à incongruência da adoção da posição concretista geral no mandado de injunção:

De minha parte, sinto que a solução alcunhada de “concretista geral”, ainda quando possa ser mais conveniente, do ponto de vista prático, padece de certa contradição com a original e histórica vocação do instituto do MI, tal como concebido pela Assembleia Constituinte. É que, instituído ao lado de uma ação específica, de Processo Objetivo, que foi a ADIn por Omissão, fica difícil justificar-se a transformação do MI em outra ação que acaba produzindo os mesmos resultados. E é isso o que acontece quando se dá à decisão do MI efeitos *erga omnes*. Ademais, não se pode obscurecer o fato de que a ADIn tem legitimação ativa prefixada em *numerus clausus*. Logo, obter-se o mesmo resultado com uma ação de legitimação ampla não deixa de representar um desrespeito à Constituição (grifo do autor).

A greve é direito fundamental garantido a todos os trabalhadores pelo artigo 9º, *caput*, da Constituição. Como asseverado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, é errôneo acreditar que o fato de o Poder Constituinte ter estabelecido a necessidade de edição de norma posterior, pelo Congresso Nacional, para normatizar a matéria significa que fica a cargo do Legislativo decidir pela concessão ou não dessa garantia; a ele cabe apenas traçar as diretrizes através das quais ela será executada.

A omissão crônica do poder legiferante em regulamentar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis perdura até os dias atuais. Assim, se a Suprema Corte brasileira não atuasse da forma que atuou nos MI (s) 670, 708 e 712 e permanecesse atrelada aos ideais não concretistas, ou se valesse da corrente concretista individual, decidindo apenas com eficácia *inter partes*, continuaria sendo bombardeada por demandas de mesmo conteúdo e possivelmente não alcançaria resultado efetivo no sentido de suprir essa lacuna inconstitucional.

É imprudente não reconhecer que o tribunal adentrou em território perigoso, onde os limites entre a atividade jurisdicional e legislativa são praticamente inexistentes, bem como que essa postura não pode ser utilizada de forma desarrazoada e irrefletida, transformando-se em um ativismo judicial ilegítimo. Mas, especificamente no caso da greve do serviço público, em que a inércia do Poder Legislativo violava gravemente um direito fundamental e, por consequência, a Carta Magna, seria insensato não afirmar que o Supremo agiu corretamente.

4.3 O caso do nepotismo

Com base nos princípios da moralidade e da impessoalidade arrolados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, no ano de 2005 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 7 que, em seu artigo 1º, veda “a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2005, p. 1).

Entretanto, por se tratar de ato normativo elaborado por órgão diverso do Poder Legislativo, cujo teor proibitivo fora extraído de princípios constitucionais de conteúdo indeterminado, a discussão acerca da sua legitimidade foi levada ao Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Magistrados Brasileiros, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12.

No julgamento da ADC nº 12/DF, o Supremo reconheceu a constitucionalidade da Resolução, tomando por base não só os princípios da impessoalidade e da moralidade, mas também os postulados da eficiência e da igualdade, além de afirmar que a edição do ato resolutivo pelo Conselho Nacional de Justiça não consistia em violação à separação de Poderes:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. **As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.** 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, *cabeça*. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (STF - ADC: 12 DF, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 20/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149) (grifo nosso).

A Corte fundamentou que os princípios elencados no artigo 37, *caput*, da Carta Magna eram dotados de eficácia própria e poderiam ser imediatamente aplicados, sem a necessidade de intervenção legislativa. Nesse sentido, foi o voto do Ministro Menezes Direito:

Mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios estão insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o princípio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força. [...] portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal (BRASIL, ADC n° 12, 2008, p. 14-15).

Nas concepções dos ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia, independentemente da presença ou não dos princípios em comento, a proibição da contratação de parentes para cargos públicos decorre espontaneamente do “espírito republicano” (BRASIL, ADC n.º 12 2008, p. 31) e da “ética democrática” (BRASIL, ADC n.º 12, 2008, p. 21). A magistrada acrescentou que a vedação deveria ser imposta “de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República” (BRASIL, ADC n.º 12, 2008, p. 21), e foi justamente o que ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n° 579.951/RN, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e com a posterior criação da Súmula Vinculante n° 13.

O RE n° 579.951/RN foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, no qual foi reconhecida a legalidade das nomeações do irmão de um vereador do Município de Água Nova para ocupar cargo em comissão de Secretário Municipal de Saúde, bem como do irmão do Vice-Prefeito daquele mesmo município para preencher o cargo comissionado de motorista.

Na decisão, o Tribunal de Justiça entendeu pela inaplicabilidade da Resolução n° 7 de 2005 do CNJ ao caso e alegou que a proibição ao nepotismo na esfera dos Poderes Legislativo e Executivo deveria provir de lei formal, que ainda não havia sido criada.

Conforme havia argumentado em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal reiterou a tese de que os princípios contidos no caput do artigo 37 da Constituição eram dotados de força normativa e a sua aplicação prescindia a edição de norma secundária, porém, no RE n° 579.951/RN a Corte foi mais além ao afirmar que a ilicitude da prática do nepotismo se estendia aos demais Poderes:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do

nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão (STF - RE: 579951 RN, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO).

Com o objetivo de sedimentar a jurisprudência acerca da matéria e conferir eficácia vinculante também à decisão prolatada no Recurso Extraordinário nº 579.951/RN, o Supremo criou a Súmula Vinculante nº 13:

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

As decisões do caso do nepotismo chamaram atenção da doutrina diante da sua inclinação ativista. Segundo Barroso (2012a, p. 26), além de “extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa” a Corte ainda lhe conferiu “conotação quase-normativa” ao editar a súmula vinculante. Contudo, apesar de apreciada por alguns, a conduta do Supremo também foi avaliada de forma negativa, uma vez que tema tão relevante deveria ser devidamente regulamentado pelo Poder Legislativo, não extraído do “indevido desdobramento de princípios constitucionais” (RAMOS, 2015, p. 260).

Não obstante as reprovações dirigidas ao tribunal, deve ser reconhecida a adequação da postura ativista por ele ostentada:

É claro que, apesar da impossibilidade de se precisar *todas as condutas* que realizam ou violam esses princípios, é bastante razoável afirmar ser a prática do nepotismo uma dessas condutas violadoras, o que favorece a defesa da legitimidade da iniciativa do Supremo (CAMPOS, 2014, p. 280, grifo do autor).

Portanto, é correto afirmar que o Supremo Tribunal Federal fez aquilo que lhe cabia como órgão defensor e cumpridor da Carta Magna: empregou-se da visão neoconstitucionalista da força normativa dos princípios e interpretou-os expansivamente para formalizar a vedação a essa prática flagrantemente inconstitucional, antidemocrática e antirrepublicana.

4.4 O caso da união homoafetiva

Sem prejuízo das decisões até o momento discutidas, indubitavelmente a analisada neste tópico pode ser considerada uma das mais importantes já proferidas pela Suprema Corte brasileira. Nela, o Pretório Excelso não se destacou apenas por seu ativismo judicial, mas também no campo dos direitos humanos, das garantias fundamentais e na doutrina, considerando a hermenêutica avançada e os notáveis conhecimentos esboçados nos votos de seus membros, especialmente dos ministros Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF, ajuizadas, respectivamente, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e pelo Procurador-Geral da República, pleiteava-se a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, bem como a determinados dispositivos do Estatuto dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro, para fins de reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Na fundamentação dos pedidos, as supramencionadas autoridades se embasaram nos princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da razoabilidade ou proporcionalidade, alegando, em síntese, que a Constituição Federal, através dessas garantias, proporciona autonomia aos indivíduos para orientar-se sexualmente sem que isso lhes acarrete a perda de direitos ou tratamento desigual e preconceituoso pelo legislador e pela sociedade.

Dada a importância do tema, o Supremo deferiu o ingresso de quatorze *amici curiae* à demanda, sendo a maioria entidades defensoras dos direitos humanos e organizações promotoras dos direitos dos homossexuais, bissexuais e transexuais.

Ciente da necessidade da adequação não só da Lei Fundamental, mas do Direito em si, à realidade fática vivida pela sociedade, no julgamento conjunto das ações o tribunal foi unânime em votar pela procedência do pedido. Entretanto, seus membros divergiram quanto à possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva como uma das espécies de família elencadas no texto constitucional ou como uma nova modalidade de entidade familiar.

O Ministro Ayres Britto, relator de ambas as demandas, foi o principal defensor do primeiro posicionamento. Consoante o magistrado, a própria Carta Magna, fornece as respostas sobre o tratamento jurídico que deve ser dispensado às uniões homoafetivas duradouras, contínuas e de conhecimento público, qual seja: o mesmo conferido às uniões

heteroafetivas. Isso porque um dos objetivos primordiais da Constituição Federal, elaborada sob a égide de um “Constitucionalismo fraternal” (BRASIL, ADPF nº 132, 2011, p. 25), é a garantia do bem-estar da coletividade através da promoção da igualdade, da vedação ao preconceito e a qualquer discriminação e da liberdade.

Outrossim, o ilustre relator afirmou ser intencional a omissão da Constituição em tratar do assunto pelo fato de que a orientação sexual do ser humano está intrinsecamente ligada à sua intimidade e privacidade, de forma que a interferência do Estado configuraria verdadeira violação ao artigo 5º, inciso X, da Lei Maior.

Nesse seguimento, asseverou que a lacuna constitucional consiste em método de atuação conforme “**o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual ‘tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’ [...]”, reforçada pelo conteúdo do inciso II do artigo 5º da Constituição (BRASIL, ADPF nº 132, 2011, grifo do autor).

Ademais, considerou que a autonomia para dispor da própria sexualidade é direito fundamental que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, o que consequentemente a torna cláusula pétrea, na forma do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Fundamental e garante a sua aplicação direta e imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º do mesmo diploma legal.

Por fim, o ministro também apontou que a proteção estatal dedicada à família no artigo 226, *caput*, da Carta Magna não faz distinção entre aquela constituída pelo casamento ou pela união estável, ou então por casais heterossexuais ou homossexuais:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação – é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.** Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador (“salário-família”, mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a facticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII, LXIII, do art. 5º; inciso IV e § 12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, **nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas,**

mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica (BRASIL, ADPF nº 132, 2011, p. 37, grifo do autor).

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, acompanhou o entendimento do relator e acrescentou que a atitude do Supremo Tribunal Federal no caso não poderia ser considerada ativista, porquanto a omissão inconstitucional dos poderes públicos justificava o “comportamento afirmativo do Poder Judiciário” no intuito de assegurar a supremacia da Constituição, o que, eventualmente, poderia resultar na “positiva criação jurisprudencial do direito” (BRASIL, ADPF nº 132, 2011, p. 260, grifo do autor).

Em posição discrepante, os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso argumentaram a inviabilidade do enquadramento da união de pessoas do mesmo sexo em quaisquer das espécies de família arroladas pelo texto constitucional, mas defenderam o seu reconhecimento como novo modelo de entidade familiar, identificado

[...] a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise (BRASIL, ADPF nº 132, 2011, p. 106).

Os juristas, alertando para os limites estabelecidos à mutação constitucional e ao emprego da técnica da interpretação conforme a Constituição e afirmando a existência de lacuna legislativa, optaram pela aplicação analógica, no que coubesse, das normas relativas à união estável heterossexual, não excluindo a possibilidade de posterior regulamentação do tema pelo Congresso Nacional.

Essa perspectiva, todavia, ficou adstrita à minoria da Corte, prevalecendo na demanda o voto do Ministro Ayres Britto no sentido de julgar procedente a ação para aplicar ao artigo 1.723 do Código Civil a técnica da interpretação conforme à Constituição, reconhecendo, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, a união contínua, pública e duradoura de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e equiparando-a à união estável heteroafetiva.

Apesar de seus membros se recusarem a reconhecer a postura empregada no julgamento da ADPF nº 132 e ADI nº 4.277 como ativista, Campos (2014, p. 285) entende que a decisão constitui um dos marcos do ingresso do Supremo Tribunal Federal no que define como “o *espaço nobre* do ativismo judicial” (grifo do autor):

Este espaço especial do ativismo judicial é o das importantes questões constitucionais, aquelas que interferem marcadamente nos processos político-democráticos, que se ocupam de tormentosos conflitos de valores morais e políticos [...]. Esses são os conflitos, principalmente envolvendo direitos fundamentais e

limites de autoridade do governo, que mobilizam os poderes políticos e a sociedade em torno da solução a ser dada pela corte. [...] Este é o *primeiro mundo* do ativismo judicial, o mundo das complexas questões morais e políticas (CAMPOS, 2014, p. 153, grifo do autor).

Subtrair, através da interpretação sistematizada da Constituição, direito fundamental não expressamente previsto e opor “a *ordem axiológica objetiva* para contornar o único dispositivo constitucional que trata do tema e que tem, em seu *significado mais imediato de conteúdo*, uma resposta negativa ao direito pretendido” (CAMPOS, 2014, p. 287, grifo do autor), tudo isso em favor de uma minoria, é o que há de mais ativista no que diz respeito à atitude que um órgão destituído do poder constituinte pode adotar.

Antes mesmo de a Suprema Corte brasileira proferir qualquer parecer no caso, Lênio Streck, Vicente Barretto e Rafael de Oliveira (2009) advertiram para os perigos que um eventual ativismo judicial da Corte traria para a democracia, na medida em que a utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição

[...] importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (*Verfassungsänderung*), reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional [...]. O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer, há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial [...]. Isso se deve a um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 79, grifo do autor).

Os autores afirmaram que a solução para a questão do reconhecimento da união homoafetiva não deveria ser encontrada através de uma mera decisão do Poder Judiciário, mas sim “construída no contexto de uma sociedade dialogal”, através de uma “discussão mais ampla, que envolva todos os seguimentos da sociedade” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 80).

Em interessante apontamento, considerando que o Pretório Excelso ainda não havia julgado a demanda, também foi asseverado que

[...] a Constituição reconhece união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser “colmatada”, com um argumento kelseniano do tipo “o que não é proibido é permitido” (sic!). *Se fosse assim, inúmeras não proibições poderiam ser transformadas e permissões [...]* (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 81, grifo do autor).

Em detrimento destas censuras, o Supremo Tribunal Federal apresentou fundamentos plausíveis para legitimar a sua atuação ativista. Embora o texto constitucional não reconheça expressamente a união de pessoas do mesmo sexo, é possível que de seus princípios se extraia essa conclusão, principalmente porque a opção sexual do indivíduo não é parâmetro para que se estabeleça a sua condição de pessoa humana detentora de direitos a ela inerentes. A intolerância apresentada por parcela da sociedade não é e nem pode ser usada como motivo para que os homossexuais sejam tratados de forma desigual, ou até mesmo ignorados, pelo Estado.

Além disso, é conveniente observar que o pretexto do respeito à democracia que vem sendo utilizado nas reprovações à postura ativista da Corte, não especificamente no caso em tela, mas de um modo geral, mais se adequa como justificativa a essa atitude, afinal, como disserta Barroso (2015, p. 11):

O respeito e a valorização das diferenças encontram-se no topo das agendas dos Estados democráticos e pluralistas. Buscam-se arranjos institucionais e regime jurídicos que permitam a convivência harmoniosa entre diferentes, fomentando a tolerância e regras que permitam que cada um viva, de maneira não excludente, as suas próprias convicções.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2015, p. 104-106) defendem que a proteção ao direito das minorias e a promoção de garantias fundamentais relativas às “condições básicas de vida” e às “liberdades existenciais”, pressupostos evidentemente presentes na situação em comento, permitem que o Poder Judiciário se valha do ativismo judicial, principalmente se as outras esferas de poder não dedicam a devida atenção aos interesses desses “grupos vulneráveis”.

Dessa forma, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal julgou o caso precisamente conforme exigia o contexto no qual estava envolto: sob o ponto de vista, predominantemente principiológico, de que um Direito que não busca garantir a igualdade diante das diferenças, que não acompanha as mudanças em seu meio de vigência e não observa os direitos de grupos minoritários desfavorecidos, é ineficaz e inútil. Pode-se afirmar, portanto, que a Corte novamente agiu conforme o seu dever de intérprete e guarda do texto constitucional, e assim o fez através de uma postura ativista.

4.5 O caso da interrupção da gestação de fetos anencefálicos

Do mesmo modo que a questão da união homoafetiva, o aborto sempre foi objeto de acirrados debates nas mais variadas esferas da vida pública e da vida privada, principalmente por também compreender princípios morais, religiosos e filosóficos. A antecipação do parto traz à tona conflito entre postulados fundamentais estruturais do Estado Democrático por envolver dois seres cujos direitos são tutelados pela Constituição Federal: a gestante e o nascituro.

O Código Penal, ao tratar dos delitos contra a vida, criminaliza a prática do aborto em seus artigos 125 e 126. Porém, o mesmo diploma legal ressalva os casos em que a gestação acarreta riscos à vida da mãe ou quando a gravidez é resultado de estupro, na forma dos incisos I e II do artigo 128.

Sabe-se que o legislador, quando do processo de criação de leis, visualiza o máximo de ocorrências possíveis que poderão ser abarcadas pela iminente norma. Todavia, também é de conhecimento geral que a sociedade está em constante mudança e factualmente surgirão novos acontecimentos impossíveis de serem previstos há setenta anos, como foi o caso do Código Penal de 1940.

Nessas circunstâncias, é de competência do Congresso Nacional promover as alterações necessárias a acompanhar essas transformações. Contudo, como exhaustivamente abordado nesta pesquisa, quando o Legislativo permanece omissivo em cumprir o seu papel, a situação deságua no Judiciário e, no caso da interrupção da gravidez de feto anencefálico, foi através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF.

A demanda, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi ajuizada no ano de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade, da autonomia da vontade e do direito à saúde da gestante, pleiteava a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição aos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal para extinguir a punibilidade da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo.

Consoante Campos (2014, p. 295), o cabimento da ADPF nº 54/DF foi objeto de discussão em sede de questão de ordem e os Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Grau e Carlos Velloso votaram pelo não conhecimento da ação, diante do perigo que uma eventual sentença de procedência poderia trazer à democracia e ao postulado da Separação de Poderes, uma vez que o Supremo estaria atuando como verdadeiro legislador positivo em situação que demandava ação do poder legiferante.

Entretanto, a maior parte dos membros entendeu pela admissibilidade da demanda e oito anos após o seu ajuizamento, tendo sido realizadas quatro sessões de audiência pública para a

oitiva de especialistas, pacientes, instituições religiosas e outros interessados, iniciava-se o seu julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido e foi acompanhado pela maioria da Corte, discordando apenas os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Inicialmente, o relator asseverou que a laicidade do Estado, consagrada pela Carta de 1988, impedia que ideologias religiosas interferissem nas decisões a serem tomadas pelo Poder Público e, por esta razão, o caso perante o qual o tribunal se encontrava não poderia ser avaliado “sob os influxos de orientações morais religiosas” (BRASIL, ADPF nº 54, 2012, p. 43).

Em um segundo momento, com base nas informações colhidas de especialistas durante a audiência pública, considerou que o feto anencéfalo, por ser destituído de funções essenciais garantidoras da sua sobrevivência, “não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura” (BRASIL, ADPF nº 54, 2012, p. 46), sendo

[...] inaplicável a Constituição Federal no que determina a proteção à criança e ao adolescente, devendo a eles ser viabilizado o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, ADPF nº 54, 2012, p. 50).

O magistrado ainda acrescentou que a alegação de manutenção da gravidez para eventual doação dos órgãos do feto consistia em grave violação à dignidade da mulher, que deveria “ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação” (BRASIL, ADPF nº 54, 2012, p. 52).

Ademais, ressaltou que o aborto está inserido no capítulo do Código Penal que trata dos crimes contra a vida e, ante a nula probabilidade de sobrevivência do feto anencéfalo, este não recebe tutela do referido diploma legal e tampouco do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Nesse seguimento, também frisou:

[...] ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo -, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e ao feto em geral (BRASIL, ADPF nº 54, 2012, p. 60).

Relativamente à gestante, afirmou que a gravidez de feto anencefálico poderia acarretar sérios prejuízos tanto à sua saúde física, quanto à mental, de modo que o prolongamento desse estado caracterizava verdadeira tortura em seu desfavor. Por isso, em nome dos princípios da liberdade, da autonomia da vontade, da privacidade, da dignidade da pessoa humana e do

direito à saúde, deve ser a ela garantida a possibilidade de decidir pelo prosseguimento, ou não, da gestação.

Os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Ayres Britto, que igualmente decidiram pela procedência da ação, em muito se assemelharam ao do relator. Porém, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, apesar de convergirem com os membros supracitados, entenderam que deveriam ser estabelecidos requisitos mais rígidos para a comprovação da anencefalia do feto, como, por exemplo, laudos emitidos por médicos distintos, todavia, seus posicionamentos não prevaleceram ao final.

Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, o primeiro mantendo o entendimento de seu antecessor, o Ministro Carlos Velloso, e o último utilizando a mesma linha argumentativa que o levou a votar pelo não cabimento da ADPF nº 54/DF, arguíram que assunto de tamanha complexidade, que contempla o direito à vida, necessariamente deveria passar pelo crivo do Poder Legislativo, legítimo representante da soberania popular.

Novamente alertando para os perigos da aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição e para a real função atribuída ao Poder Judiciário pela Lei Fundamental, como o fez no julgamento do caso da união homoafetiva, dissertou o Ministro Ricardo Lewandowski:

Impende ressaltar, ademais, naquilo que interessa para a presente discussão, que a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele. [...] Destarte, não é lícito ao mais órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem (BRASIL, ADPF nº 54, 2012, p. 244-245).

Advertiu que com seu pedido a parte autora evidentemente tencionava a elaboração de “norma abstrata autorizadora do aborto eugênico” (BRASIL, ADPF nº 54, 2012, p. 252) pelo Supremo Tribunal Federal, levando a Corte a extrapolar os limites de sua atuação e a usurpar competência privativamente concedida ao Congresso Nacional.

Por sua vez, o Ministro Cezar Peluso, presidente do Pretório Excelso à época, rebateu as alegações ofertadas no sentido de ser o feto anencefálico desprovido de tutela jurídica, aduzindo que o Direito brasileiro garante os direitos do nascituro, na forma do artigo 2º do Código Civil. Destacou que a utilização dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade

e da dignidade da pessoa humana como pretexto para “[...] subtrair a vida de um ser humano por nascer ou já nascido [...]” contrariava o próprio ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, ADPF nº 54, 2012, p. 394) e, por fim, concluiu:

A ADPF não pode ser transformada em remédio absoluto que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional, responsabilizando-se por inovação normativa que a arguente e os adeptos de sua tese sabem muito bem que, na via própria da produção de lei, talvez não fosse adotada pelo Congresso Nacional, como intérprete autorizado dos interesses e das aspirações da maioria silenciosa do povo, que representa! (BRASIL, ADPF nº 54, 2012, p. 413).

Com a Corte julgando procedente a ação, os temores antes direcionados a uma possível postura ativista se tornaram verdadeiras críticas ao incontestável ativismo judicial ostentado pelo Supremo Tribunal Federal. Os argumentos, em sincronia com os dos ministros contrários ao cabimento da ação e à procedência do pedido, apontam para uma manifesta violação ao princípio da separação de Poderes e para a ilegitimidade do tribunal para atuar como legislador positivo, que, por consequência, rompe com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, disserta Maria do Socorro Rodrigues Ribeiro (2014, p. 228):

A ofensa ao Estado Direito foi notória uma vez que inovou o ordenamento jurídico penal, colocando-se acima da norma posta, substituindo o consenso político alcançado, através do processo legislativo, construído pelo Poder Executivo e Legislativo.

De fato, como afirma Luís Roberto Barroso (2014, p. 34), no caso do aborto de fetos anencefálicos a atuação do Supremo em muito se aproximou da normatização. Isso porque, novamente, ele empregou mecanismo paradigmático do ativismo judicial da Corte Constitucional italiana que o afasta consideravelmente da sua usual atividade jurisdicional: a sentença aditiva (CAMPOS, 2014, p. 295).

Cumprido ressaltar, por oportuno, que uma sentença aditiva como resultado do julgamento procedente da ADPF nº 54 já havia sido prevista pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto:

Assim, observe-se que, nesta ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencefálicos, caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva. Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais

uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto (BRASIL, ADPF nº 54, 2012, p. 302).

Porém, é importante que se tenha em mente que o Direito não é estático. Para acompanhar as mudanças em seu meio de vigência ele deve estar em constante processo de atualização e reformulação, seja através da criação de novas normas, da alteração de leis antigas, de emendas à Constituição Federal e, obviamente, da jurisprudência.

A atividade dos tribunais é imprescindível para a adequação do Direito ao contexto no qual está inserido. Enquanto o aplica no dia-a-dia nas mais diversas situações, o Poder Judiciário desenvolve novos métodos de atuação e posturas interpretativas para solucionar casos não previstos pelo legislador, e dentre essas inovações se encontra o ativismo. Insta lembrar que Campos (2014, p. 166) ao definir ativismo judicial o caracteriza como fenômeno que se exterioriza de inúmeras formas, sendo uma delas o preenchimento de lacunas legislativas:

O ativismo judicial é também utilizado no sentido de que cortes, notadamente as cortes constitucionais e supremas, assumem *competências legiferantes* reservadas, *a priori*, pela constituição, aos outros poderes, em especial ao Legislativo. Sob esta perspectiva, o ativismo judicial não seria um comportamento apenas judicial, mas atividade *quase legislativa*. [...] O juiz ativista preencheria lacunas, omissões legislativas, corregeria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais. A atividade judicial ativista seria complementar, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa (grifo do autor).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, habituado a solucionar questões polêmicas em substituição ao Congresso Nacional e recém-saído de importante julgamento no qual, adotando postura ativista, empregou a técnica da interpretação conforme a Constituição em favor dos direitos fundamentais dos homossexuais, dificilmente não ostentaria a mesma atitude na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Vê-se que, com o decorrer do tempo, a Corte Constitucional brasileira vem demonstrando certo conforto em se valer do ativismo judicial na defesa de direitos fundamentais e de outras disposições constitucionais e sua atuação assertiva tem contribuído para o seu destaque como órgão essencial ao Estado Democrático de Direito, fazendo com que não apenas o ordenamento jurídico careça da sua atuação proativa, mas também a política.

Em contrapartida, não obstante os acertos do tribunal ora analisados, convém salientar que as críticas ao ativismo judicial não podem ser ignoradas. O fato de a Suprema corte brasileira ser ativista ao emitir a palavra final em questões relevantes pode, sim, ser um perigo

à democracia e ao princípio da separação de Poderes quando essa atitude é desnecessária ou se torna arbitrária, desmedida, ilegítima. Essa problematização, contudo, será aprofundada no capítulo a seguir.

5 A PROBLEMATIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é tema controverso desde a sua primeira manifestação, no ordenamento jurídico dos Estados Unidos. Questionamentos acerca da competência dos juízes para decidir questões de cunho político e a legitimidade da interferência do Judiciário na esfera de atuação de outros Poderes direcionadas ao controle de constitucionalidade se estenderam ao fenômeno ora discutido (TASSINARI, 2013).

Convém rememorar que o conceito de ativismo judicial ainda não se encontra uniformizado na doutrina e, nada obstante a definição de Campos (2014) ter sido considerada a mais adequada no Capítulo 3 deste estudo, muitos autores mantêm a concepção do fenômeno como atuação expansiva sempre prejudicial ao Estado Democrático de Direito, por consistir em mera expressão da vontade dos magistrados que pouco ou em nada se relaciona a questões efetivamente jurídicas.

Nesse sentido, ante a recusa de determinados estudiosos em aceitar manifestações ativistas legítimas, são tecidas reprovações que apontam para os perigos que essa postura proativa do Judiciário pode trazer para a democracia e para o princípio da separação de Poderes, culminando com um governo de juízes ocasionado pela excessiva politização dos tribunais.

As referidas críticas, entretanto, não são no todo rechaçadas por aqueles favoráveis ao ativismo judicial, uma vez que estes igualmente demonstram preocupações relativas aos riscos que excessos ou práticas ativistas ilegítimas podem acarretar para os sistemas político e jurisdicional do Brasil.

O presente capítulo é destinado a esboçar essas censuras e receios, os quais devem ser levados em consideração para fins de estabelecimento de balizas à atuação expansiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista terem sido identificadas em determinados julgados da Corte práticas de ativismo judicial potencialmente perigosas ao Estado Democrático de Direito.

5.1 O princípio da separação de poderes e a questão da “dificuldade contramajoritária”

Clarissa Tassinari (2013, p. 157), ao abordar a necessidade da imposição de limites à atuação do Judiciário, preconiza que a importação, pelo Brasil, do ativismo judicial

estadunidense sem qualquer consideração relativa às distinções entre as suas constituições gerou uma série de implicações ao constitucionalismo pátrio, sendo uma delas:

[...] a defesa da discricionariedade, que elimina o compromisso democrático e a responsabilidade judicial na decisão das contendas jurídicas, o que se torna ainda mais preocupante em razão da caracterização de um cenário marcado por uma intensa procura pelo Judiciário.

A autora, partidária da concepção de ativismo como ato discricionário do intérprete, afirma que o controle de constitucionalidade exercido com base em critérios de vontade ou consciência do julgador sob o argumento da concretização do texto constitucional, na realidade, consiste em desvirtuamento do conteúdo da Lei Fundamental ante a flagrante ultrapassagem dos limites impostos ao exercício do poder judicante (TASSINARI, 2013).

Ao trespassar esses limites, o Judiciário eventualmente interferirá nas atividades do Executivo ou do Legislativo. Assim, Elival da Silva Ramos (2015, p. 123) evidencia grave disfunção que o fenômeno em comento pode acarretar: a violação ao princípio da separação dos Poderes, consagrado como princípio fundamental pelo artigo 2º da Carta Magna de 1988. Sob essa perspectiva, considera o autor:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2015, p. 119, grifo do autor).

No mesmo sentido, ao analisar determinadas decisões com indícios de postura ativista pelo Supremo Tribunal Federal, Carlos Alberto Navarro Perez (2012) apontou que o princípio da efetividade das normas constitucionais não pode ser considerado pretexto legitimador para a usurpação, pelo Judiciário, das atribuições conferidas exclusivamente ao Legislativo. De modo que, ao final, concluiu pela inconstitucionalidade dos provimentos da Corte diante da ofensa ao postulado da tripartição de Poderes e à democracia.

Convém ressaltar que Felix Frankfurter, à época em que a Suprema Corte norte-americana encontrava-se dividida entre partidários do ativismo judicial e defensores da autocontenção, igualmente entendia que o comportamento proativo de juízes ia de encontro à separação de Poderes e ao regime democrático. O magistrado defendia que a tarefa do Judiciário estava restrita à interpretação fiel da lei, uma vez que a leitura criativa das normas

significaria “usurpar poder que nossa democracia depositou nos legisladores eleitos” (FRANKFURTER, 2009 apud CAMPOS, 2014, p. 46).

Para Ramos (2015, p. 118), todavia, a problemática do ativismo judicial não reside somente no fato de o Poder Judiciário estar atuando além dos limites impostos ao seu exercício, mas que esse comportamento possa vir a ocasionar o esvaziamento da esfera de competência do Poder prejudicado, “dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucionais”.

É pertinente salientar que parte da doutrina favorável também demonstra certo grau de preocupação quanto à preservação e ao respeito à separação de Poderes. Luís Roberto Barroso (2012a, p. 30) afirma que ao poder judicante é permitido se valer do ativismo judicial para defender direitos fundamentais e valores democráticos, contudo, nas demais situações, deverá agir com deferência perante os atos e escolhas legítimos do Executivo e do Legislativo.

Além do risco à separação de Poderes, outra questão levantada tanto pelos estudiosos contrários quanto pelos simpatizantes ao ativismo do Judiciário, essa diretamente derivada das censuras ao controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, é relativa à denominada “dificuldade contramajoritária”. No Brasil, pouco se discutia a respeito da legitimidade de juízes não eleitos pelo voto popular para invalidar leis e atos normativos dos Poderes representativos pois, ao contrário da Carta Magna estadunidense, a própria Constituição Federal de 1988 previa a possibilidade da revisão judicial (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 79).

Porém, essa problemática passou a fazer parte da realidade do ordenamento jurídico pátrio com a crescente postura ativista do poder judicante no exercício da revisão judicial:

A dificuldade contramajoritária reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação. **Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de “poder constituinte permanente”, pois lhes permite moldar a constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito** (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 79, grifo nosso).

Sabe-se que os três Poderes estatais são paralelamente responsáveis por interpretar e efetivar as disposições constitucionais e, assim, contribuir para o melhor desenvolvimento do regime democrático. A atuação contramajoritária de tribunais para o alcance desta finalidade é expressamente autorizada pela própria Carta de 1988 e uma atitude ativista em muito pode colaborar nessas ocasiões. Contudo, vale acrescentar a ponderação de Barroso (2015b, p. 443) no sentido de que é imprescindível que o Judiciário também invista nas “virtudes da

prudência e da moderação”, haja vista que não se deseja a sua transformação em “instância hegemônica”.

Seguindo a mesma lógica de Barroso, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2015, p. 84) alertam que exageros do Judiciário durante controle de constitucionalidade produzem efeitos contrários àqueles almejados pela Constituição:

Se a imposição de limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade de o povo se autogovernar. O problema se agrava quando a jurisdição constitucional passa a ser concebida como fórum central para o equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade, ou como a detentora do poder de ditar a “última palavra” sobre o sentido da Constituição. **Em outras palavras, a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle de constitucionalidade – mas da sua dosagem** (grifo nosso).

A partir dessas concepções, tem-se que o excesso de ativismo e de judicialização da política prejudica a democracia, na medida em que favorece a politização da justiça e constrói um governo de juízes em detrimento do governo da maioria. Essa problemática se torna ainda mais substancial se levados em conta a “falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias” e o fato de que “o juiz é preparado para atuar em casos individuais e concretos, pratica a micro justiça, a macro justiça é tarefa para o legislador” (BARROSO, 2009 apud ALVES, 2012, p. 114).

Outrossim, remetendo à visão do ativismo como ato de vontade do intérprete, é conveniente destacar como equivocada a idealização de que o poder judicante a todo momento atua como representante dos anseios da sociedade e defensor dos direitos fundamentais e preceitos democráticos. Afinal, juízes nem sempre estão revestidos de virtuosidade e imunes a erros e inclinações político-partidárias (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 85), sendo perfeitamente possível que utilizem instrumentos constitucionalmente legitimados, como o controle de constitucionalidade, para práticas ativistas ilegítimas.

Desse modo, ainda que benéfico em situações nas quais o Judiciário verdadeiramente age em prol da vontade geral, o ativismo judicial deve ser tratado e empregado com cautela e consciência, sobretudo nos casos de judicialização da política. Sempre é necessário que se preze por uma atuação conjunta do Executivo, do Legislativo e do Judiciário para interpretar e cumprir a Constituição Federal, evitando excessos e usurpação de atribuições.

Os julgados avaliados no capítulo anterior são excelentes exemplos de acertos do Supremo Tribunal Federal, que procedeu em conformidade com o texto da Lei Fundamental. Entretanto, *hard cases* preferencialmente devem ser decididos entre o povo e os seus

representantes eleitos, em respeito ao regime democrático. É imprescindível que, em observância aos riscos gerados por um poder estatal dilatado, se afaste a ideia de que o Judiciário pode substituir o Legislativo e o Executivo.

5.2 A necessidade do balizamento da atuação ativista do supremo tribunal federal

A atividade jurisdicional torna-se perigosa ao Estado Democrático de Direito quando magistrados passam a desconsiderar concepções prévias do Legislativo e do Executivo relativas a matérias específicas para construir suas próprias verdades sobre esses assuntos, utilizando conhecimentos que vão além do campo da ciência jurídica para fundamentar seus provimentos e ultrapassando os limites do caso concreto ao fixar regras e princípios que vincularão as decisões de demandas supervenientes, em uma clara tentativa de “*governar o futuro*” (CAMPOS, 2014, p. 305, grifo do autor).

Esse comportamento é característico do que Campos (2014, p. 304) reconhece como “ativismo maximalista”, modalidade potencialmente prejudicial à democracia e à separação de Poderes, pois, na maioria das vezes, tem como resultado decisões ambiciosas que consistem mais em “soma de opiniões individuais do que soluções construídas ‘de forma clara, objetiva, institucional e, sempre que possível, única’” (SILVA, 2009 apud CAMPOS, 2014, p. 304, grifo do autor).

A postura maximalista foi identificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 45/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do RE 405.579/PR, cujo relator era o Ministro Joaquim Barbosa (CAMPOS, 2014, p. 304).

A ADPF nº 45/DF, foi proposta em face de veto presidencial incidente sobre o § 2º do artigo 59 da Lei nº 10.707/2003, sob o argumento de que o ato emanado pelo Presidente da República violava preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional 29/2000. A ação foi decidida monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello que, antes de julgá-la extinta sem resolução de mérito pela perda do objeto, teceu longas considerações relativas à “dimensão política da jurisdição constitucional” confiada ao Supremo Tribunal Federal, às “modalidades de comportamento inconstitucionais do Poder Público”, ao princípio da reserva do possível, à separação de Poderes e à eficácia dos direitos fundamentais sociais de segunda geração (BRASIL, ADPF nº 45, 2004).

O maximalismo do provimento reside no fato de que as ponderações do relator nele contidas versavam sobre noções doutrinárias notoriamente particulares, portanto, a decisão

não poderia ser dotada do caráter vinculante usualmente atribuído aos julgados da Suprema Corte brasileira. Todavia, nada obstante a decisão não passar de “uma peça doutrinária muito bem redigida”, esta foi posteriormente utilizada como precedente pelo Ministro Eros Grau no julgamento de matéria similar (CAMPOS, 2014, p. 304).

No que tange ao Recurso Extraordinário nº 405.579/PR, interposto pela Fazenda Nacional em face de acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em nome do princípio da isonomia tributária, estendeu a empresa importadora de pneus benefício de redução do imposto de importação destinado exclusivamente a empresas montadoras de veículos e fabricantes de autopeças, destacou-se o maximalismo do voto vencido do Ministro Gilmar Mendes (CAMPOS, 2014, p. 304).

O magistrado, entendendo que o caso se tratava de clara violação ao princípio da isonomia e votando pelo não provimento do recurso, propôs o emprego de sentença aditiva pelo Pretório Excelso para igualmente conceder o benefício aos demais contribuintes atuantes no mercado de reposição. Contudo, para fundamentar a propositura do aludido instrumento,

realizou ampla teorização sobre a jurisdição constitucional moderna e o papel contemporâneo das cortes constitucionais [...] ele defendeu que a proposta tradicional de declarar a nulidade absoluta do benefício fiscal, em vez de estendê-lo judicialmente a grupos indiscriminados, não produziria resultados desejáveis porque repercutiria negativamente de forma bem mais ampla no consumo, na inflação e no próprio equilíbrio do mercado de reposição, importando na total debilidade dos estímulos extrafiscais buscados pelo legislador ordinário [...]. A Corte, para o ministro, deveria adotar solução que cumprisse uma “função reparadora”, que “privilegia[sse] o sentido mais amplo da política econômica que motivou a legislação e, ao mesmo tempo, observasse a isonomia tributária. **Aula de jurisdição constitucional e de economia** (CAMPOS, 2014, p. 304-305, grifo nosso).

Sem embargo do posicionamento de Gilmar Mendes, a maioria da Corte agiu com deferência às escolhas do Poder Legislativo e conheceu do recurso, pautando-se no seguinte argumento: “Sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia **tributária**, não pode o Poder Judiciário estender **benefício fiscal** sem que haja previsão legal específica” (BRASIL, 2010, p. 144, grifo do autor).

Muito embora o ativismo judicial maximalista de determinados membros do Supremo Tribunal Federal ainda não tenha ocasionado danos ao regime democrático e à tripartição de Poderes, as suas pontuais manifestações são suficientes para trazer à baila a necessidade da imposição de limites à sua atuação. Isso porque a Corte não detém capacidade institucional para decidir toda e qualquer matéria, principalmente aquelas que demandam conhecimentos técnicos e específicos como a economia, a política e a sociologia, de modo que fundamentações que extrapolam a seara jurídica perigosamente sofrem interferência de

conclusões pessoais dos ministros que nem sempre poderão ser benéficas à sociedade. Em tais situações, pelo bem da coletividade, é aconselhável ceder espaço ou estabelecer diálogos com o Executivo e o Legislativo (BARROSO, 2015b, p. 445; CAMPOS, 2014, p. 305).

Conforme dissertado no item anterior, aos três Poderes estatais foi atribuída a competência comum de interpretar a Constituição Federal a fim de assegurar o melhor funcionamento do regime democrático. Na medida que o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, cumpre a tarefa de intérprete final da Carta Magna em casos concretos e individuais, o Executivo e o Legislativo o fazem através da criação de leis e da implementação de políticas públicas direcionadas à população.

Nessa perspectiva, Campos assevera que se entremostra equivocada a ideia da supremacia judicial quando da “construção dos significados constitucionais” (2014, p. 173), haja vista que determinadas situações não podem ser decididas somente pelo Judiciário, mas sim através de um “processo dialógico” deste com o Executivo e com o Legislativo (2014, p. 332).

Esses diálogos institucionais, pautados no respeito à capacidade de cada poder de interpretar a Constituição, ao mesmo tempo em que fomentam deliberações, favorecem a harmonização e a cooperação e contribuem para “o aprimoramento dos arranjos institucionais” (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 194).

Usualmente, eles se dão através da possibilidade de posterior reversão normativa das decisões proferidas pelo poder judicante em sede de revisão judicial, prática comum no sistema jurisdicional do Canadá; ou então nos casos de controle de constitucionalidade em que ao Executivo e ao Legislativo é concedida a oportunidade de remediar a violação à Carta Magna antes que o Judiciário a faça, método adotado pela Corte Constitucional da África do Sul (CAMPOS, 2014; CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Ocorre que, apesar de o referido processo dialógico evidentemente consistir ferramenta benéfica ao Estado Democrático de Direito, o fortalecimento e protagonismo do Supremo Tribunal Federal na vida política da sociedade, somado à crise de representatividade, tem favorecido a visão da Corte como o único agente responsável pela interpretação da Lei Fundamental, desconsiderando a capacidade epistêmica e institucional dos demais Poderes nesse processo.

Se tal concepção é errônea em âmbito teórico, quando transferida para a prática jurídica torna-se substancial risco à democracia e à separação de Poderes. Sob esse ponto de vista, Campos (2014, p. 333) afirma que, ao se portar dessa maneira, o Judiciário desempenha

modalidade de ativismo aprioristicamente ilegítima: “o *ativismo judicial antidialógico*” (grifo do autor).

O exercício do ativismo antidialógico pelo Supremo Tribunal Federal é dificultado pelo fato de que a ordem constitucional brasileira, no § 2º do artigo 102 da Lei Maior, não vinculou o poder legiferante às decisões do controle de constitucionalidade, abrindo espaço para a posterior reação legislativa à sua jurisprudência pelo Congresso Nacional e impedindo que a Corte efetivamente seja a detentora da última palavra em determinadas situações (RAMOS; PINHEIRO, 2015).

Porém, a existência do empecilho supracitado não foi suficiente a impedir que o Pretório Excelso se valesse dessa conduta no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, “no qual a maioria do Supremo negou a possibilidade de lei ordinária realizar a interpretação de dispositivo da Constituição contrária à sua interpretação constitucional anterior” (CAMPOS, 2014, p. 333).

Na demanda pleiteava-se a declaração de inconstitucionalidade de norma que configurava evidente pretensão à superação legislativa de entendimento esboçado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o foro especial por prerrogativa de função não se estendia após o exercício da função pública. A Lei nº 10.628/2002, objeto da ação, havia acrescentado dois parágrafos ao artigo 84 do Código de Processo Penal, sendo um deles com o seguinte conteúdo: “§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública” (BRASIL, 2002).

O Tribunal, em sua maioria, julgou procedente a ação diante de aparente vício formal da Lei 10.628/2002 em “pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição” (BRASIL, ADPF nº 45, 2005, p. 02). Afirmou-se que o Congresso Nacional estaria usurpando a competência da Suprema Corte de interpretar a Lei Fundamental e admitir a possibilidade de lei ordinária posteriormente “inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador [...]” (BRASIL, ADPF nº 45, 2005, p. 02).

Constata-se, portanto, que no caso em comento a perigosa perspectiva de supremacia judicial no processo de interpretação da Carta Magna foi efetivamente aplicada:

A decisão, como justificada, ignora qualquer legitimidade da interpretação da Constituição como diálogo entre as instituições. O papel institucional do Supremo Tribunal Federal, como descrito por Sepúlveda Pertence, não seria o de “guarda da Constituição”, mas o de *senhor da Constituição*. O comportamento não deveria ser

simplesmente de proteger a Constituição, mas de tomá-la apenas para si. Vale aqui dizer que a Corte foi só *Supremo* e nada *Tribunal* (CAMPOS, 2014, p. 334, grifo do autor).

A Corte, ao se auto afirmar único intérprete da Constituição Federal, agiu em desacordo com o conteúdo da própria Lei Maior. Nesse sentido, cumpre salientar que nenhuma situação justifica o emprego do ativismo judicial antidialógico, ainda que desse comportamento resulte uma solução justa ao caso. A referida dimensão de ativismo é **sempre** ilegítima, na medida em que retira o poder de efetivar o texto constitucional confiado pelo povo aos seus representantes eleitos, violando a democracia e a separação de Poderes.

Ademais, consoante assegura Laurence Tribe (2008 apud CAMPOS, 2014, p. 338) é “bastante possível endossar o poder da *judicial review* e ao mesmo tempo repudiar a noção de supremacia judicial” (grifo do autor). Do mesmo modo, também é perfeitamente cabível a separação entre ativismo e soberania judicial, afinal, o primeiro pode ser benéfico ao Estado Democrático de Direito, enquanto o segundo é incontestavelmente prejudicial (CAMPOS, 2014, p. 338).

Nota-se, portanto, que a manifestação antidialógica da Corte é claramente outra razão pela qual a sua atuação deve ser submetida a balizas. Quando o ativismo deixa de se embasar nos sentimentos de cooperação, moderação e respeito e passa a ser utilizado para afirmar a supremacia de um Poder sobre os demais, torna-se um risco à sociedade.

Ciente dessa problemática, parte da doutrina ocupou-se em desenvolver parâmetros para “calibrar o grau de ativismo do Poder Judiciário brasileiro no exercício da jurisdição constitucional” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 102) e preservar o bom funcionamento dos sistemas político e jurisdicional pátrios. Referenciando-se no constitucionalismo norte-americano, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2015) arrolaram uma série de aspectos a serem considerados pelo poder judicante, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, antes de adotar postura ativista ou autorrestritiva para solucionar o caso, os quais serão avaliados a seguir.

O primeiro parâmetro refere-se ao “**grau de legitimidade democrática do processo de elaboração do ato normativo questionado**” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 102, grifo nosso). Neste aspecto, não se leva em consideração o texto da norma, mas sim o modo pelo qual ela foi confeccionada, de forma que quanto mais democrático for o seu processo de construção, mais autocontida deverá ser a Suprema Corte. Assim, inferem os autores:

É maior, por exemplo, a presunção de constitucionalidade que recai sobre os atos normativos aprovados por plebiscito ou referendo popular, já que tais procedimentos

envolvem o pronunciamento direto do povo. Essa presunção também deve ser maior em relação às emendas constitucionais, pelo fato de serem aprovadas por uma maioria qualificada de três quintos dos deputados e dos senadores (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 102).

Ainda no que tange a este critério, igualmente deverá ser considerado o “*grau de consenso* que a norma conseguiu aglutinar durante a sua elaboração”, demandando maior deferência do Pretório Excelso às normas aprovadas pela grande maioria das respectivas casas legislativas, uma vez que “deliberações democráticas tendem a gerar melhores soluções coletivas do que aquelas tomadas por agentes isolados” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 102-103, grifo do autor).

Além disso, o controle de atos normativos elaborados com participação popular, como a Lei da Ficha Limpa, também deverá ser realizado de forma autocontida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que tais normas em muito se aproximam da imagem “da lei como expressão da vontade geral do povo” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 103).

O segundo preceito a ser observado diz respeito à “**proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da democracia**”, em nome da qual é reconhecida a possibilidade de uma atuação proativa da Corte para conter ameaças por parte dos poderes eleitos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 103-104, grifo nosso). Esses pressupostos mínimos de funcionamento envolvem “os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas da oposição” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 104), portanto, se diante de situação potencialmente violadora dessas garantias constitucionais o Judiciário proceder de forma ativista com o objetivo de salvaguardá-las, estará agindo em prol do regime democrático e, por conseguinte, em conformidade com a Lei Fundamental.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2015, p. 104-105) também afirmam que é autorizado ao Tribunal se valer de postura ativista para **defender grupos minoritários vulneráveis** cujos interesses não foram atendidos pelas instâncias representativas, como ocorreu no julgamento do caso da união homoafetiva, bem como para **proteger direitos fundamentais relativos às “condições básicas de vida e liberdades existenciais”**, intrinsecamente ligados à concepção de dignidade da pessoa humana, podendo ser citado como exemplo o caso do aborto de fetos anencefálicos (grifo nosso).

No que se refere ao ativismo judicial na defesa de direitos fundamentais, os autores ainda enfatizam:

[...] não seria um bom parâmetro simplesmente afirmar que se justifica um maior ativismo judicial em favor dos direitos fundamentais. A adoção de tal parâmetro poderia gerar efeitos colaterais antidemocráticos, por limitar em demasia o espaço para a deliberação política do povo e de seus representantes eleitos, concedendo ao Judiciário o poder de impor as suas visões e preferências sobre quase todos os temas relevantes na sociedade. [...] É preciso, assim, maior precisão na definição do parâmetro ligado à proteção dos direitos fundamentais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 105-106).

Sendo assim, considerando que a Constituição Federal está repleta de garantias fundamentais, não é em nome de qualquer uma delas que pode o Judiciário atuar de maneira ativista. Direitos fundamentais ligados às condições básicas de vida e liberdades existenciais, ainda que variem conforme o entendimento da doutrina, geralmente são o direito à vida, à liberdade, à saúde, à educação, à igualdade, à religião, à intimidade, etc. Dessa forma, para a proteção e promoção dessas prerrogativas essenciais, poderá o poder judicante se comportar de maneira ativista.

Outro parâmetro que deverá ser levado em conta, este de inestimável importância para evitar práticas ativistas ilegítimas, é **“a comparação de capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo”** (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 108, grifo nosso). No referido critério, recomenda-se a atuação autocontida quando do julgamento de questões que requeiram conhecimentos específicos de áreas que vão além do Direito:

Não se deve adotar na jurisdição constitucional uma visão idealizada do juiz [...], que presuma sabedoria infinita e onisciência dos magistrados, bem como ausência de limitações decorrentes de fatores como escassez de tempo pela sobrecarga de trabalho. [...] Se, por exemplo, magistrados, que não são peritos em Economia, começarem a invalidar políticas econômicas do governo, sob o argumento de que estas não são razoáveis, ou são ineficientes, é provável que as suas intervenções, ainda que muito bem intencionadas, se revelem ao final contraproducentes, mesmo na perspectiva dos princípios jurídicos que objetivavam defender (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 108-109).

A **época na qual o ato normativo foi editado** igualmente é fator relevante a ser considerado pelo Judiciário antes de optar por postura mais ativa ou autocontida. Souza Neto e Sarmento (2015, p. 110) dissertam que leis elaboradas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 não gozam da mesma presunção de constitucionalidade daquelas editadas após, isso porque o regime de governo vigente previamente ao advento da Carta de 1988 em muito se distinguia da democracia, de modo que “normas da época também tendem a padecer de um déficit de legitimidade intrínseco”.

Outrossim, os autores lecionam que indubitavelmente as deliberações dos atuais representantes eleitos são dotadas de mais peso do que as decisões “das maiorias formadas em outras gerações”, por estarem de acordo com o contexto político vivenciado no presente. Sem contar no fato de que dificilmente, na construção das normas anteriores à Lei Fundamental de 1988, o legislador embasou-se em princípios que somente foram trazidos por ela posteriormente (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 110).

Portanto, no exame de compatibilidade de normas pré-constitucionais com o ordenamento constitucional vigente poderá o Supremo Tribunal Federal se valer de comportamento mais ativista, enquanto que no controle de constitucionalidade de normas editadas após a Constituição Federal de 1988 deverá atuar com maior deferência às escolhas do poder legiferante.

Por derradeiro, Souza Neto e Sarmento (2015, p. 110) asseveram que mais um parâmetro a ser observado pelo Judiciário no controle de constitucionalidade é a “**inconsistência temporal**” de algumas normas (grifo nosso). Por inconsistência temporal entende-se que algumas leis estão aptas a atender somente interesses a curto prazo, em detrimento dos direitos das gerações futuras. Caso a revisão destes dispositivos seja pleiteada perante o poder judicante, estará ele autorizado a atuar de modo ativista:

Pode-se dizer, numa generalização, que, como os políticos almejam se reeleger, tendem a priorizar ações que rendam efeitos positivos durante os seus mandatos, visando à obtenção de dividendos eleitorais. Com isso, interesses importantes de longo prazo, como os direitos das próximas gerações, podem ser ameaçados. Como a periodicidade das eleições é exigência básica e incontornável do sistema democrático, uma das soluções para a minimização do problema da inconsistência temporal na política envolve o fortalecimento da jurisdição constitucional em certos campos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 111).

Convém acrescentar que os critérios acima elencados podem ser destinados a balizar a atuação ativista não apenas do Supremo Tribunal Federal, mas do Judiciário de um modo geral, considerando que o sistema jurisdicional brasileiro também permite aos tribunais de instâncias inferiores a realização do controle de constitucionalidade.

Além disso, ainda que direcionados mais especificamente ao ativismo na revisão judicial de atos do Poder Legislativo, alguns destes parâmetros podem ser igualmente empregados para calibrar a atuação proativa de cortes no julgamento de remédios constitucionais, recursos e outros instrumentos, podendo ser citados como exemplos os preceitos de “proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da democracia”; de “defesa de minorias vulneráveis” e “direitos materialmente fundamentais”; e de “comparação de capacidades institucionais” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 103-108).

Entretanto, cumpre evidenciar a sustentação de Souza Neto e Sarmento (2015, p. 111) no sentido de que nem sempre tais fatores “serão convergentes num caso concreto. Em situações de dissonância, os parâmetros podem até, eventualmente, se neutralizar, inspirando uma atuação moderada do Poder Judiciário [...]”.

Ressalte-se que, embora levando em conta os aludidos critérios, o Supremo Tribunal Federal sempre deverá buscar meios de tornar o processo de construção de suas decisões ainda mais democrático. É indispensável que em meio à sua postura ativista a Corte aja com moderação e respeito ao Executivo e ao Legislativo e empenhe esforços para travar diálogos com esses Poderes, até mesmo como uma forma de impulsionar uma atuação mais assertiva dos representantes do povo.

Ademais, outro importante modo de democratização das decisões do Pretório Excelso é a figura do *amicus curiae*, cuja participação foi fundamental a legitimar o comportamento ativista do Tribunal nos julgamentos dos casos da união homoafetiva e do aborto de fetos anencefálicos. Tão relevante passou a ser essa peculiar “intervenção de terceiros” que foi devidamente regulada pelo Código de Processo Civil de 2015, além da sua previsão na Lei nº 9.868 de 1999 e na Lei nº 9.882 de 1999, estendendo-se o instituto, portanto, para processos subjetivos de controle de constitucionalidade nos diversos tribunais brasileiros.

A presença do *amicus curiae* permite que o Judiciário dialogue diretamente com a sociedade durante a análise de matérias relevantes, impedindo que sejam proferidas decisões completamente destoantes da realidade vivida pela coletividade, dificultando a arbitrariedade dos juízes e facilitando que os interesses sejam efetivamente atendidos. Em suma, ela tem o condão de possibilitar que em suas decisões o poder judicante factualmente atue em conformidade com os anseios da população.

É imprescindível que se reconheça que no atual contexto político e social do Brasil se torna impossível impedir a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal. A judicialização da política decorrente do mau funcionamento do Executivo e do Legislativo permanecerá demandando da Corte essa postura em determinadas situações. São muitos os casos de omissão ou de violação de direitos gerados pelo mau costume dos representantes eleitos em direcionar sua atenção a interesses particulares, sendo que a incerteza de uma mudança neste quadro de desvirtuamento institucional corrobora para que as mazelas da sociedade sejam transferidas em maior escala para a seara jurídica ao invés de serem cobradas soluções às instâncias representativas.

Porém, por não consistir em fenômeno absolutamente prejudicial, é possível que o ativismo judicial do Supremo seja balizado e moldado a servir sempre como uma colaboração

à democracia e aos demais Poderes, ao mesmo tempo em que afasta a visão do Tribunal como instância hegemônica de concretização dos objetivos constitucionais. Os mecanismos acima elencados podem e devem ser empregados com esta finalidade. Isso porque, ao mesmo tempo em que conferem maior legitimidade à postura ativista da Corte em certas ocasiões, abrem espaço para a atuação do Executivo e do Legislativo.

Talvez as soluções definitivas para o ativismo venham a ser as mesmas incansavelmente sugeridas para a judicialização da política: o amadurecimento do regime democrático brasileiro ou a reforma política. Entretanto, ao menos de forma imediata, devem ser adotadas medidas visando o equilíbrio entre as funções estatais para impedir que o país seja governado por decisões judiciais, sendo que esse equilíbrio dificilmente será atingido de outra forma senão através do recuo do Supremo Tribunal Federal em sua atuação ativista para possibilitar e fomentar, através de diálogos institucionais, a participação dos outros Poderes no processo de efetivação da Constituição Federal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração da presente pesquisa viabilizou o estudo das implicações do fenômeno do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando os benefícios e os riscos que esta postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal pode trazer para a democracia e para a separação de Poderes e alertando para a necessidade do estabelecimento de limites ao comportamento proativo da Corte, com o objetivo de afastar a visão de supremacia judicial no processo de concretização das disposições da Constituição Federal.

Inicialmente, foi demonstrado que o emprego da postura ativista pelo Poder Judiciário remonta à origem do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e, desde então, foi identificado em importantes decisões emitidas pela Suprema Corte norte-americana. Contudo, a propagação do fenômeno pelo mundo somente veio a acontecer após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a promulgação de constituições democráticas implementadoras de tribunais constitucionais na Europa Ocidental e na América Latina.

A análise dos precedentes históricos do ativismo permite duas importantes constatações: a primeira refere-se ao fato de que notoriamente o contexto político no qual está inserida a corte exerce considerável influência no comportamento de seus magistrados; e a segunda é relativa ao fato de que a busca pela concreção dos direitos fundamentais e de outras disposições constitucionais em muito favoreceu o desenvolvimento do ativismo judicial no mundo, sendo que grandes avanços conquistados no campo da ciência jurídica e dos direitos humanos decorreram deste modo de agir do Judiciário.

Por não possuir conceituação uniformizada na doutrina, foram elencadas as principais definições conferidas pelos estudiosos ao ativismo judicial para, ao final, ser adotada como mais adequada aquela apresentada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014) no sentido de que se trata de atuação expansiva do Poder Judiciário que pode se manifestar de inúmeras maneiras, de forma legítima ou ilegítima.

Ademais, observou-se que ativismo e judicialização da política são fenômenos distintos, mas por vezes conexos, na medida em que o último é importante fator contribuinte para o desenvolvimento do primeiro no ordenamento jurídico pátrio.

Especificamente no Brasil, contudo, a judicialização da política não foi a única responsável pelo advento do ativismo no sistema jurídico do país. Causas como o fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal e do controle de constitucionalidade; a questão da crise de representatividade gerada pelo mau funcionamento

do Executivo e do Legislativo e agravada pelo presidencialismo de coalizão; o descrédito da população nos Poderes eleitos e a inserção de ideais neoconstitucionalistas na Suprema Corte brasileira igualmente alavancaram as primeiras manifestações expansivas do Poder Judiciário e hodiernamente ainda impulsionam o seu desenvolvimento no cenário brasileiro.

Os fatores supracitados originaram-se, ou foram agravados, pelo mesmo evento: a promulgação da Constituição de 1988. Assim como ocorreu na Alemanha, na Itália, na Colômbia e na Costa Rica, no Brasil, o advento de uma constituição democrática repleta de direitos fundamentais foi essencial para o surgimento do ativismo judicial, sobretudo por conta da busca pela superação do regime de governo autoritário anteriormente vigente e pela efetiva implementação da democracia e do respeito aos direitos humanos.

No presente estudo também foi salientado que as primeiras manifestações ativistas do Supremo Tribunal Federal foram identificadas aproximadamente vinte anos após o advento da Carta Magna de 1988. No decorrer desse período, a Corte passou por verdadeiro processo de adaptação como intérprete do texto constitucional dotado de autonomia e liberdade de atuação, garantias que lhe foram suprimidas durante a ditadura militar, o que foi amplamente facilitado pela aposentadoria dos ministros nomeados durante aquele regime.

O Capítulo 4 foi destinado especialmente à avaliação, não necessariamente das primeiras, mas das mais destacadas e polêmicas decisões oriundas do comportamento ativista do Pretório Excelso, demonstrando que as discussões de temas extremamente relevantes e de significativo teor político foram levadas ao Tribunal e este verdadeiramente assumiu a competência de solucioná-las.

A abordagem foi primordial a externar a vertente legítima do ativismo judicial: quando o Poder Judiciário se vale dessa conduta para defender pressupostos democráticos e direitos fundamentais. Nos julgados, observou-se uma Corte compromissada com o texto da Constituição Federal e com os ideais sob os quais ela foi elaborada e, por esta razão, pode-se considerar a sua atuação como uma colaboração ao Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o referido capítulo também foi fundamental para inserir previamente as críticas direcionadas ao ativismo do poder judicante, evidenciando que estas censuras geralmente apontam para a violação à separação de Poderes e à democracia.

A questão da problematização e dos riscos eventualmente acarretados pelo fenômeno, entretanto, foi aprofundada no quinto capítulo desta monografia. Nesse sentido, verificou-se que as reprovações da doutrina contrária se manifestam na doutrina favorável em forma de receios às consequências que excessos no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal podem trazer para a tripartição de Poderes e para o regime democrático.

Uma vez que, para seus críticos, o ativismo nada mais é do que uma arbitrariedade do Judiciário, a ultrapassagem dos limites impostos à sua atuação para fazer prevalecer a vontade de juízes em detrimento da vontade do povo nunca é benéfica ao Estado Democrático de Direito. Em contrapartida, considerando que para seus defensores o ativismo nem sempre é uma discricionariedade dos magistrados, ele torna-se um risco quando utilizado imoderadamente e em desconsideração à capacidade institucional e epistêmica do Executivo e do Legislativo de igualmente interpretar a Constituição Federal.

Por isso, mesmo para aqueles que concordam com esta postura da Suprema Corte brasileira as censuras a ela não são no todo afastadas. Apesar de a ideia de ativismo judicial da doutrina contrária divergir daquela ostentada pelos estudiosos favoráveis ao fenômeno, os apontamentos relativos à ofensa à democracia e à separação de Poderes, bem como a preocupação com a excessiva politização do Judiciário, estão sendo levados em conta com o objetivo de evitar posicionamentos de supremacia judicial quando da efetivação da Lei Fundamental.

Sendo assim, para impedir a concentração do poder nas mãos do Supremo e viabilizar a participação dos demais Poderes na decisão de questões que naturalmente deveriam ser solucionados pelos representantes do povo, a doutrina ocupou-se em identificar métodos de balizamento da atuação expansiva do Pretório Excelso, os quais foram analisados no item 5.2, do Capítulo 5, da presente pesquisa.

Averiguou-se que, além de uma série de parâmetros a serem observados pela Corte antes de adotar postura mais ativa ou mais autocontida no julgamento de determinados casos, também é possível tornar o processo de construção de suas decisões mais democrático através do estabelecimento de diálogos com os Poderes eleitos ou com a sociedade, através da figura do *amicus curiae*. Esses diálogos são imprescindíveis a fomentar a participação do Executivo, do Legislativo e da população na elaboração dos significados da Constituição e adequá-los aos anseios da coletividade, de modo que configuram mais uma forma de balizar o ativismo e evitar arbitrariedades e manifestações de soberania judicial.

Outrossim, ressaltou-se que a limitação ao ativismo judicial do Supremo tornou-se ainda mais indispensável após a constatação, na jurisprudência do Tribunal, de práticas potencialmente perigosas ao Estado Democrático de Direito: o ativismo maximalista e o ativismo antidialógico.

Portanto, para evitar a propagação desses padrões ilegítimos de comportamento do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, constatou-se que a proatividade da Corte Constitucional brasileira deve ser moderada.

O principal objetivo desta monografia foi o de avaliar se o ativismo judicial configura violação ao princípio da separação de Poderes e à democracia e, em caso positivo, se existem instrumentos capazes de se evitar tal circunstância. Diante de todo o conteúdo abordado, compreendeu-se que o fenômeno não pode ser tido sempre como uma ofensa aos referidos postulados; muito pelo contrário, ele pode colaborar consideravelmente com o Executivo e com o Legislativo, bem como ser utilizado para defender pressupostos de funcionamento do regime democrático.

Graças ao ativismo do Supremo Tribunal Federal, importantes conquistas foram obtidas em matéria de direitos fundamentais e este fato não deve ser ignorado, motivo pelo qual não se pode condenar toda e qualquer prática ativista da Corte.

Porém, a partir do momento que o ativismo judicial é utilizado desnecessariamente em casos nos quais o Judiciário deveria agir com deferência às escolhas dos Poderes eleitos para externar posicionamentos de soberania judicial, deixa de ser uma colaboração e transforma-se em violação não só à separação de Poderes e à democracia, mas a todos os ideais trazidos pela adoção do Estado Democrático de Direito.

Assim, o fenômeno ora estudado também não pode ser irrefletidamente defendido, como se isento de máculas. Consoante incansavelmente afirmado no desenvolvimento desta pesquisa, o ativismo judicial nem sempre é legítimo, e por esta razão deve-se empreender esforços para limitar a atuação do Judiciário e evitar a incidência de práticas ativistas ilegítimas na jurisdição brasileira.

Os métodos de balizamento aqui evidenciados nada mais são do que sugestões de instrumentos capazes de evitar comportamentos expansivos que violem postulados caros ao bom funcionamento do Estado, porém, os sistemas político e judicial são dinâmicos e estão em constante processo de atualização e reformulação, sendo perfeitamente possível que os Poderes estatais desenvolvam novas formas de se relacionarem entre si e com a sociedade que limitem ou até mesmo erradiquem as práticas de ativismo do Poder Judiciário do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil**. Revista de Direito Administrativo (online). Rio de Janeiro, v. 250, p. 5-12, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4107/2867>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- ALVES, Ivete Maria de Oliveira. **Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais**. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 95-119, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/74/73>>. Acesso em: 05 ago. 2017.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **O judicial review e o ativismo judicial da suprema corte americana na proteção de direitos fundamentais**. Espaço Jurídico: Journal Of Law (online). Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 733-751, set./dez. 2016. Disponível: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8750/pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais (online)**. Paraná, v. 2, n. 9, p. 258-301, 2008. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/459/436>>. Acesso em: 30 abr. 2017.
- _____. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição constitucional e política. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn)thesis (online). Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 05 mai. 2017.
- _____. **Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política**. [S.l.]: Migalhas, 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil (online)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2017.
- _____. **Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. **Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12.** Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 20 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-2.** Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Requerido: Presidente da República e outro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 set. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.** Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 24 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072110&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.** Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670-9.** Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator originário: Ministro Maurício Corrêa. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708-0.** Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712-8.** Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25 out. 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602-3**. Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 04 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.603-1**. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.604-0**. Impetrante: Partido Democratas - DEM. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 04 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 405.579**. Recorrente: União. Recorrido: Grande Importadora Nacional de Pneus LTDA – GINAP. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 01 dez. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625236>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 579.951**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Município de Água Nova e outro. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.526, de 2007**. Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa. Brasília, DF, 27 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 07, de 2005. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.** Brasília, DF, 18 out. 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_07.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHO FILHO, Jacob Fortes de. **Ativismo Judicial.** In: **BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). Ativismo em decisões judiciais.** 1. ed. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade.** *Revista de Investigações Constitucionais (online)*. Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183- 206, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534/27218>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais.** 1. ed. São Paulo: Landy, 2004.

HAGE, Jorge. **Controle judicial sobre as omissões normativas.** In: **MENDES, Gilmar Ferreira et al (Org.). A jurisprudência do STF nos 20 anos da constituição.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do brasil, doutrina e jurisprudência.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORO, Sérgio Fernando. **A corte exemplar: considerações sobre a corte de Warren** *Revista da Faculdade de Direito UFPR (online)*. Curitiba, v. 36, n. 0, p. 337- 356, 2001. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1802/1499>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do poder legislativo – altruísmo a desserviço da democracia.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 78, p. 115-149, jan./mar. 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. **Diálogo institucional: o debate entre o STF e o congresso nacional sobre interpretação da constituição.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 91, p. 205-243, abr./jun. 2015.

RIBEIRO, Maria do Socorro Rodrigues. **Crítica ao ativismo judicial no Brasil**. In: **BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). Ativismo em decisões judiciais**. 1. ed. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.

SANTOS, Fabiano. **Partidos e Comissões no Presidencialismo de Coalizão**. **DADOS – Revista de Ciências Sociais (online)**. Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 237-264, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v45n2/10788.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo**. In: **SARMENTO, Daniel (Coord.). Jurisdição constitucional e política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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 (online)*. São Leopoldo, v. 1, n. 3, p. 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão**. **Observatório da Jurisdição Constitucional (online)**. Brasília, v. 1, ano 6, p. 207-222, mai./2013. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/856/595>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. **Espaço Jurídico: Journal Of Law (online)**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206/pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira**. *Revista da Faculdade de Direito UFPR (online)*. Curitiba, v. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764/19872>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Constituição dos Estados Unidos da América – 1787**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos (online)**. São Paulo, n. 6, ano 4, p. 52-168, jan. 2007. Disponível: <<http://www.conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-201413116155375-06343624.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2017.