

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

JOÃO BATISTA DA CUNHA OCAMPO MORÉ

Itajaí-SC

2013

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

JOÃO BATISTA DA CUNHA OCAMPO MORÉ

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu

Itajaí-SC

2013

Não procures tornar-te Juiz, se não tens força para extirpar a injustiça.
(Eclesiástico, 7, 6).

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Força Criadora do Universo, a quem chamam Deus, pela possibilidade de ter realizado este trabalho.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Pedro Manoel Abreu, pela inestimável receptividade, atenção e contribuição didático-científica dispensadas durante a realização deste trabalho.

Agradeço ao Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz pela sensibilidade e pelo incentivo prestado nos momentos em que precisei.

Agradeço ao Professor Doutor Cesar Luiz Pasold pela presteza e incentivo prestados na elaboração do projeto de pesquisa.

Agradeço ao amigo e colega Professor Mestre Henrique da Rosa Ziesemer pelo apoio emocional e incentivador.

Agradeço ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na pessoa do seu Presidente Desembargador Cláudio Barreto Dutra, e à Associação dos Magistrados Catarinenses, na pessoa do seu Presidente Juiz Sérgio Luiz Junkes, pelo apoio financeiro disponibilizado.

Agradeço por fim a todas as pessoas que de uma forma ou de outra contribuíram para o êxito deste projeto.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à Sociedade Catarinense, em especial a todos os Jurisdicionados que se socorrem diariamente no Poder Judiciário para fazer valer os seus direitos quando violados.

Dedico este trabalho ao meu pai Jorge da Cunha Ocampo Moré, que já ascendeu a outro plano, pelo exemplo deixado de honestidade e de caráter e por todo o investimento que sempre dispensou para a minha formação escolar.

Dedico este trabalho à minha adorada mãe, Abgail da Silva Moré, companheira incondicional de todas as horas, exemplo de amor verdadeiro, carinho e dedicação constante.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, maio de 2013.

João Batista da Cunha Ocampo Moré
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE CATEGORIAS E CONCEITOS OPERACIONAIS¹

Acesso à Justiça: “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”.²

Ativismo Judicial: “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.”³

Direitos Fundamentais: “princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.⁴

Estado Democrático de Direito: “tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.”⁵

Hermenêutica: “teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo precípuo consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo.”⁶

Interpretação: “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido

1 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12. ed. rev. Florianópolis: Conceito, 2011. p. 25-52.

2 CAPPELLETTI, Mauro et al. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. Reimpressão, 2002. p. 8.

3 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial:** Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 6.

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 178.

5 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120.

6 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise.** Livraria do Advogado Editora. 10ª Edição. 2011. p. 233.

verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”.⁷

Interpretação Jurídica: “atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.”⁸

Judicialização da Política: “A judicialização decorre do modelo de constitucionalidade abrangente adotado no Brasil, que permite que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais.”⁹

Jurisdição: “Poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.”¹⁰

Jurisdição Constitucional: “interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais.”¹¹

Jusnaturalismo: “que se considera capaz de estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido.”¹²

Neoconstitucionalismo: “promove a reaproximação do direito com a moral, buscando a concretização dos valores compartilhados por toda a comunidade, em um certo momento e lugar, a fim de legitimar o exercício do direito enquanto instrumento do poder.”¹³

7 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 7.

8 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27.

9 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 290.

10 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 38.

11 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.

12 BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005. p. 56.

13 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. RT Editora. 2ª Edição. 2011. p. 138.

Poderes do Estado: forma de divisão de funções do Estado consistentes em executar, legislar e julgar, as quais deverão ser exercidas com independência e harmonia entre si.

Positivismo: “redução do Direito à norma, com a desconsideração das questões éticas, políticas e sociológicas na esfera do Direito”¹⁴

Pós-Positivismo: “o princípio da supremacia da lei não mais prevalece, pois a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado, submetendo-se à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.”¹⁵

Pragmatismo Jurídico: “postura argumentativa que serve primordialmente àqueles que querem legitimar argumentos e decisões juridicamente em dois pilares: i) naquilo que é desejável para a comunidade no futuro e; ii) naquilo que é inevitável para ela no presente, já que o passado constitui parte necessária da compreensão da realidade que se impõe no exercício interpretativo e argumentativo conduzido por seus adeptos.”¹⁶

Princípios: “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”¹⁷

Procedimentalismo: doutrina que acentua o papel instrumental da Constituição, voltando-se esta à garantia de instrumentos de participação democrática e à regulação do processo de tomada de decisão, com a consequente valorização da liberdade política inerente à concepção democrática.

14 BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 329.

15 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. RT Editora. 2ª Edição. 2011. p. 86.

16 ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?: A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. 2011. 287f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <www.teses.usp.br>. Acesso em: 12 nov. 2012. p. 60.

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 299-300.

Sociedade: “reunião, maior ou menor, de pessoas, de famílias, de povos ou mesmo de nações, compondo uma unidade distinta dos elementos que a integram com um objetivo de interesse comum, razão fundamental de sua constituição.”¹⁸

Substancialismo: doutrina que estabelece a Constituição como horizonte normativo da ordem social e política democrática, possuindo o Judiciário papel relevante na garantia dos direitos e na contenção das majorias esmagadoras.

SUMÁRIO

RESUMO.....	13
ABSTRACT.....	14
INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1	21
ATIVISMO JUDICIAL.....	21
1.1 CONCEITUAÇÃO	21
1.1.1 Ativismo Judicial e Judicialização da Política	24
1.1.2 Ativismo Judicial e a Efetivação dos Direitos Constitucionais	29
1.1.2.1 Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo	33
1.1.2.2 Procedimentalismo versus Substancialismo.....	41
1.1.2.3 Pragmatismo	49
1.2 ORIGENS E EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL.....	53
1.2.1 A Base Norte-Americana	54
1.2.2 Da Auto-Contenção ao Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte- Americana	56
1.2.3 Experiências de Ativismo Judicial em outros países	60
1.2.4 As Bases do Ativismo Judicial no Brasil	63
CAPÍTULO 2	67
O PERFIL DO JUIZ ATIVISTA E SUAS CRÍTICAS	67
2.1 O PERFIL CONTEMPORÂNEO DO JUIZ ATIVISTA.....	67
2.1.1 O Juiz como Agente Político-Jurídico	68
2.1.2 Fundamentos da Política Jurídica	71
2.1.3 A Formação do Juiz Contemporâneo	75
2.1.4 O Juiz Hércules de Dworkin	78
2.1.5 O Judiciário como Legislador Positivo ou Negativo.....	80
2.2 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL	83
2.2.1 Risco para a Legitimidade Democrática	83
2.2.2 A Judicialização da Vida	89
2.2.3 A Usurpação das Funções Executiva e Legislativa	92
2.2.4 Limites ao Ativismo Judicial	95
CAPÍTULO 3	99

ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL	99
3.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO	99
3.1.1 O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido	101
3.1.2 O Supremo Tribunal Federal pós Constituição de 1988	105
3.1.3 Instrumentos de Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis previstos na Constituição Federal de 1988.....	111
3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL	117
3.2.1 A crise da democracia representativa e o acesso à justiça	118
3.2.2 O controle judicial das Políticas Públicas	123
3.2.3 O controle judicial da Ordem Econômica e Social.....	129
3.3 CASOS DE ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	136
3.3.1 Aborto de Anencéfalos.....	137
3.3.2 Direito de Greve dos Servidores Públicos e Regulamentação da Aposentadoria Especial.....	138
3.3.3 Demarcação das Terras Indígenas na Raposa Serra do Sol.....	140
3.3.4 Pesquisas de Células Troncos Embrionárias	141
3.3.5 Direito à Progressão de Regime aos Condenados por Crimes Hediondos....	142
3.3.6 Reconhecimento das Uniões Homoafetivas.....	144
CONSIDERAÇÕES FINAIS	147
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	152

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito e pretende abordar o Ativismo Judicial e a sua correlação com a efetivação dos Direitos Constitucionais na realidade brasileira. Parte-se das noções de Ativismo Judicial, compreendendo a sua conceituação e correlação quanto ao fenômeno da Judicialização da Política. Procura-se mostrar as correntes sociológicas e filosóficas que defendem um maior e um menor grau de Ativismo no Poder Judiciário inserido nos modelos do Neoconstitucionalismo e do Pós-Positivismo. As origens e a evolução do Ativismo Judicial no mundo e o papel do Juiz contemporâneo em face dessa nova realidade constitucional traduzem a ideia da necessidade de se ter um protagonismo judicial de forma a assegurar a eficácia dos Direitos Constitucionais, sobretudo os de natureza Fundamental, percorrendo o caminho da Hermenêutica Jurídico-Constitucional e a aplicação de seus Princípios. A inoperância do Poder Executivo e sobretudo do Legislativo que não cumprem o seu papel previsto na Constituição Federal juntamente com o direito das minorias não representadas no Parlamento, fazem do Judiciário o Poder contra-majoritário e o desaguadouro das mazelas da Sociedade que vem nele buscar a solução de seus problemas, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Judiciário, que tem como função precípua ser o guardião da Constituição Federal e exercer o controle de constitucionalidade das leis. O Ativismo Judicial a par de estar se sedimentando na realidade Brasileira pela Corte Constitucional é também alvo de críticas pelos riscos que acarreta à Democracia, sobretudo quanto à alegada falta de legitimidade do Poder Judiciário para tratar de assuntos do âmbito político dos demais Poderes; contudo, tal argumentação não se sustenta quando a leitura democrática da Constituição Federal assim o autoriza dentro de certos limites e possibilidades.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Hermenêutica Constitucional. Judicialização da Política. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo.

ABSTRACT

This dissertation, which is part of the line of research “Constitutionalism and Production of Law”, addresses Judicial Activism and its correlation with the enforcement of Constitutional Rights in the Brazilian reality. It starts with the notions of Judicial Activism, including its conceptualization and correlation with the phenomenon of Judicialization of Politics. It seeks to show the sociological and philosophical streams of thought that advocate a greater or lesser degree of Activism in the Judiciary Power, inserted in the models of Neoconstitutionalism and Post-positivism. The origins and evolution of Judicial Activism in the world, and the role of the contemporary Judge in light of this new constitutional reality, translate the idea of the need for a Judicial Activism in order to ensure the effectiveness of the Constitutional Rights, especially those of a Fundamental nature, taking account of Legal/Constitutional Hermeneutics and its Principles. The ineffectiveness of the Executive Power, and particularly, of the Legislative Power, which are not fulfilling their roles as stated in the Constitution, as well as the rights of minorities without representation in Parliament, make the Judiciary a counter-majority power and recipient of the problems of society that looks to it for a seeking a solution, particularly through the Supreme Court, the highest body of the Judiciary, the primary role of which is to act as guardian of the Federal Constitution and exercise control of constitutionality of laws. Judicial Activism, while a part of the Brazilian reality through the Supreme Court, is also criticized for posing risks to Democracy, particularly regarding its alleged lack of legitimacy to deal with the political affairs of the other powers; however, this argument does not hold when the democratic reading of the Federal Constitution authorizes it within certain limits and possibilities.

Keywords: Judicial Activism. Constitutional Hermeneutics. Judicialization of Politics. Neoconstitucionalism. Post-positivism.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito e aborda a temática do Ativismo Judicial e a Efetivação dos Direitos Constitucionais no Brasil, tendo como objetivo institucional a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI.

A proposta de pesquisa se justifica dada a relevância do tema em âmbito nacional, na medida em que questões políticas e morais da nação brasileira são transferidas para a esfera de decisão do Judiciário gerando sérias controvérsias no embate da relação institucional entre os demais Poderes acerca da legitimidade democrática que teria o Judiciário em proferir decisões que extrapolam os limites estritos da lei numa suposta invasão à competência legislativa e executiva.

Por outro lado, diante do descumprimento dos deveres constitucionais por parte do Legislativo e do Executivo, estaria o Judiciário legitimado a intervir nesta seara tornando-se o intérprete moral da Constituição, dando a última palavra sobre o seu sentido?

O tema pesquisado mostra-se recente no cenário jurídico brasileiro vindo a eclodir com a crise do Estado do Bem Estar Social e sobretudo após a promulgação da Constituição da República em 1988, a qual possui um viés marcadamente analítico-principlológico consubstanciado na inserção de inúmeros direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, assumindo o Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição Federal, por disposição expressa do Texto Constitucional e por consequência o garantidor dos direitos na ordem jurídica brasileira.

A conceituação dos termos Ativismo Judicial e Judicialização da Política e das Relações Sociais e a sua diferenciação mostram-se imprescindíveis para a

compreensão desta realidade. Para tanto, busca-se embasamento nos ensinamentos do constitucionalista Luís Roberto Barroso e do sociólogo Luiz Werneck Vianna, importantes estudiosos desta temática em nível nacional, além de em muitos outros doutrinadores de renome nacional, sendo que na esfera internacional aponta-se como referencial bibliográfico a obra “A Expansão Global do Poder Judicial”¹⁹ de Tate e Vallinder, que se tornaram precursores da análise destes fenômenos na década de 90; igualmente em relação a Ran Hirschl, em sua obra “Em direção à Juristocracia: as origens e conseqüências do Neoconstitucionalismo”²⁰

Inseridos no mesmo contexto temático, o Neoconstitucionalismo e o Pós-Positivismo, dada a sua estreita relação, serão analisados em conjunto, com destaque para doutrinadores como Eduardo Cambi, Daniel Sarmento e Luis Prieto Sanchís.

Por sua vez, serão expostos os pensamentos de Cappelletti, Dworkin, Habermas, Garapon e Posner acerca dos diferentes graus de Ativismo Judicial e o seu enquadramento no eixo procedimentalista, substancialista ou pragmatista.

O papel político-jurídico do Magistrado e a sua formação na contemporaneidade constituem uma importante etapa da pesquisa, na medida em que indissociável ao tema proposto, trazendo-se importantes aportes teóricos, entre outros, de Pedro Manoel Abreu, Osvaldo Ferreira de Melo, Maria da Graça dos Santos Dias, José Renato Nalini, Dalmo Dallari e Luiz Flávio Gomes.

A par do contexto pró-ativista da atualidade, não há que se olvidar as críticas contrárias a tal fenômeno, considerando o risco para a democracia quando o Judiciário é trazido à arena política para decidir questões da mais alta indagação em detrimento do Parlamento. Nesse viés, ganham destaque os pensamentos de

19 TATE, C.N.; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University, 1997.

20 HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University, 2004.

Jeremy Waldron em suas obras “A Dignidade da Legislação” e “Lei e Desacordo”²¹ e de Lenio Luiz Streck que indica a necessidade de se dar uma resposta adequada à Constituição com base na construção de uma teoria da decisão que não se enquadra na ideia de um “governo de juízes”.

Tais argumentos contudo se arrefecem diante da denominada representação argumentativa ou funcional preconizada por Alexy e no conceito de Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição que tem em Peter Häberle seu grande defensor, estabelecendo-se um canal de comunicação entre o Judiciário e a população para fazer valer os direitos desta, sobretudo das minorias não representadas no parlamento que se traduz num déficit democrático e na emergência de um Poder contra-majoritário.

No cenário brasileiro, a pesquisa procurará demonstrar que o Judiciário vem tomando uma participação cada vez maior na efetivação dos direitos constitucionais, sobretudo no controle das políticas públicas e da ordem econômica e social, haja vista a inércia legislativa e executiva no cumprimento de tais deveres e diante do contexto democrático proporcionado pela Constituição de 1988 viabilizador de um amplo acesso à Justiça. Importante destaque, neste ponto, para os estudos de Luiz Werneck Vianna e de Pedro Manoel Abreu.

Pela pesquisa desenvolvida de casos práticos, será demonstrado que o protagonismo judicial no Brasil é presenciado de forma mais clara pelo Supremo Tribunal Federal que ao analisar questões como o aborto de anencéfalos, a pesquisa de célula troncos e a união homoafetiva, por exemplo, acaba por adentrar em questões morais, políticas e religiosas, sem contudo perder o embasamento jurídico necessário estabelecido pela Constituição Federal.

Desta feita, a presente dissertação procurará responder ao problema de como o Ativismo Judicial poderá ser exercido sem que haja violação ao princípio da

separação dos poderes e à democracia, e ainda em quais circunstâncias a leitura ativista se torna admissível num Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Em suma, o objetivo geral deste trabalho é a análise crítica do Ativismo Judicial e a sua correlação com a efetivação dos direitos inseridos na Constituição Federal de 1988. Os objetivos específicos são a formulação de hipóteses no sentido de demonstrar que o Ativismo Judicial passa a ser benéfico para a Sociedade na medida em que o Judiciário passa a ser o garantidor dos direitos constitucionais, sem que haja a invasão de competências nos demais Poderes; apontar a nova postura do magistrado como agente político jurídico no mundo contemporâneo em contraposição à defasada visão montesquiana do magistrado “boca da lei”; desenvolver o quadro evolutivo do Ativismo Judicial correlacionando-o à Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil em contraposição ao vetusto modelo positivista exegético; abordar o papel e a postura ativista do Supremo Tribunal Federal no atual estágio do direito fortalecido como uma Corte Constitucional controladora da constitucionalidade das leis e garantidora dos Direitos Fundamentais.

Inicia-se pois o Capítulo Primeiro com a abordagem acerca do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política com suas diferenciações, discorrendo sobre a eficácia dos Direitos Constitucionais e as diferentes correntes doutrinárias que pregam um maior ou menor grau de Ativismo Judicial, tendo em conta a ótica Neoconstitucionalista e Pós-Positivista.

Procura-se também no Capítulo Primeiro traçar a origem e a evolução do Ativismo Judicial, apontando algumas experiências em outros países, finalizando com a sua base referencial no Brasil.

A seguir, discorre-se no Capítulo Segundo sobre o perfil do magistrado ativista e suas críticas, adentrando na sua formação contemporânea e no papel da política jurídica e seus fundamentos para a realização da justiça. Procura-se delinear

o ideal do magistrado na ótica de Dworkin, destacando também o perfil ativista do Judiciário como legislador positivo e negativo.

As críticas ao Ativismo Judicial, seus riscos, limites e possibilidades, serão igualmente abordadas no Capítulo Segundo tendo como contraponto o enorme fluxo ativista vivenciado nos dias atuais por conta da Judicialização da Política e das Relações Sociais no contexto de uma Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição.

Busca-se demonstrar que o modelo clássico de separação de poderes encontra-se superado diante da complexidade do mundo plural em que vivemos onde a procura pelos direitos é cada vez mais recorrente na esfera do Judiciário. Quer seja pela inoperância dos demais poderes, quer seja pela proteção das minorias excluídas, o papel dos juízes e tribunais assume um protagonismo cada vez maior de natureza contramajoritária que tem como mote assegurar a integridade da Lei Maior interpretando e aplicando os princípios nela inseridos.

O Capítulo Terceiro aborda especificamente o tema Ativismo Judicial e a Efetivação dos Direitos Constitucionais no Brasil traçando um paralelo demarcatório da postura do Supremo Tribunal Federal antes e após a Constituição Federal de 1988, abordando os mecanismos de controle de constitucionalidade nela inseridos. Dando sequência à onda ativista, analisa-se as nuances dos fenômenos da Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil, partindo-se da problemática da crise da Democracia representativa e do acesso à Justiça, adentrando-se no controle judicial das Políticas Públicas e da Ordem Econômica e Social. Por fim, destaca-se a postura protagonista do Supremo Tribunal pela análise de casos práticos trazidos a lume a demonstrar o seu papel na busca pela efetivação dos direitos constitucionais a bem da Sociedade brasileira.

A dissertação se encerra com as Considerações Finais em que são apresentados os pontos destacados da Pesquisa e reflexões acerca do tema proposto de modo a contribuir para um repensar na atividade judicial nos tempos

atuais voltado para a realização indistinta dos direitos na conformidade do Texto Constitucional.

Quanto à metodologia, na Fase de Investigação e de Tratamento de Dados foi utilizado o Método Indutivo, assim como o Relatório dos Dados foi elaborado sob a base Lógico-Indutiva.²²

Nas diversas fases da Pesquisa são acionadas as Técnicas, da Categoria, do Conceito Operacional do Referente e da Pesquisa Bibliográfica.²³

Importa destacar que, seguindo as diretrizes metodológicas do *Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica* – CPCJ/UNIVALI, neste trabalho as Categorias fundamentais são grafadas sempre com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentados em um rol no início da Dissertação.

22 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12. ed. rev. Florianópolis: Conceito, 2011. p. 92-94.

23 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12. ed. rev. Florianópolis: Conceito, 2011. p. 25-62 e 207.

CAPÍTULO 1

ATIVISMO JUDICIAL

1.1 CONCEITUAÇÃO

A percepção jurídica do termo Ativismo Judicial passa necessariamente pela compreensão dos papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário num Estado Democrático de Direito sob a ótica do Direito Constitucional.

A Constituição em seu sentido material, conforme preleciona Paulo Bonavides²⁴, compreende uma corpo normativo que cuida da organização do poder, da distribuição de competências, do exercício de autoridade, formas de governo, direitos fundamentais, individuais e sociais. Nesse sentido, o aspecto material da Constituição se expressa no conteúdo básico da composição e do funcionamento da ordem política.

Assim, pelo que se depreende é a Constituição o documento que expressa a organização política de um Estado delimitando as competências dos Poderes e estabelecendo sobretudo as normas maiores para o exercício de direitos e garantias individuais e sociais.

Para Ferdinand Lassale²⁵, a Constituição escrita que não corresponda à norma real, implicará inevitavelmente em um conflito em que a mera folha de papel perderá espaço para as verdadeiras forças vitais do país representadas perante a Constituição real.

24 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 84.

25 LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 60.

O Poder do Estado é na verdade uno,²⁶ havendo assim uma divisão de funções executiva, legislativa e judiciária. Tais funções, ainda que independentes e harmônicas entre si, exercem o controle umas das outras por meio do sistema de freios e contra pesos, idealizado no binômio inglês *checks and balances*, evitando-se com isso arbitrariedades e degenerações, conforme preleção de Toni M. Fine²⁷, ao afirmar que a separação dos poderes desenhada vai lado a lado com o sistema de freios e contrapesos em que cada divisão do poder atua em consonância com as demais para realizar as suas funções. Esse sistema permite cada divisão controlar a outra a fim de verificar se estão agindo nos termos dos seus limites constitucionais, evitando-se assim o excesso de poder por cada uma delas.

Assinala Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁸ que:

A divisão do poder consiste em repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, segundo um critério variável em geral funcional ou geográfico, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais. A divisão impede o arbítrio, ou ao menos dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio de autoridades independentes. Ela estabelece, pois, um sistema de freios e contra pesos, sob o qual pode vicejar a liberdade individual.

O conceito de Ativismo Judicial se insere no controle pela função judiciária de atos ou omissões originadas das demais funções legislativa ou executiva e que estão em desconformidade com os preceitos axiológicos constitucionais.

É portanto o Ativismo Judicial decorrente do próprio Estado Democrático de Direito Constitucional autorizador da intervenção do Judiciário nas esferas

26 Equivocam-se os que utilizam a expressão “tripartição dos poderes”. É que o poder é uma unidade. TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 118.

27 “The separation of powers outlined above goes hand in hand with a system of checks and balances under which each branch is required to work with the other branches to carry out its functions. This system allows each branch to ensure that the other branches act within their constitutionally prescribed limits and that no single branch accumulates an excess of power. FINE, Toni M. **An Introduction to the Anglo-American Legal System**. Cizur Menor: Aranzadi, 2010. p. 27.

28 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. Saraiva. 2012. p. 160-161.

Executiva e Legislativa para a efetivação dos direitos previstos em determinada Constituição.

A conceituação mais acertada de Ativismo Judicial para Luís Roberto Barroso²⁹ seria “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”.

Para o citado jurista ainda³⁰:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de política públicas.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos³¹, ao conceituar Ativismo Judicial, estabelece que, se trata de um exercício de expansão, não necessariamente ilegítimo, por parte do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes políticos, tendo em conta o funcionamento da Jurisdição Constitucional, manifestando-se sob diferentes comportamentos transcendentais dos seus limites ordinários.

Essa tendência moderna do Judiciário contudo deve guardar equilíbrio e reserva sob pena de extrapolar os limites da interpretação constitucional, porquanto

29 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 279.

30 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 279.

31 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 551.

entende-se ser benéfico o uso do ativismo judicial enquanto enquadrado na moldura constitucional.

Assim, o Ativismo Judicial pode também apresentar uma conceituação pejorativa e nociva se utilizado de modo a dizer o direito fora do âmbito da Constituição.

J.J. Gomes Canotilho³² afirma que:

O ponto de partida da interpretação das normas constitucionais é o postulado da constitucionalidade (=postulado da vinculação da lei constitucional). Os aplicadores da constituição não podem atribuir um significado (=sentido, conteúdo) arbitrário aos enunciados lingüísticos das disposições constitucionais, antes devem investigar (determinar, densificar) o conteúdo semântico, tendo em conta o dito pelo legislador constitucional (=legislador constituinte e legislador da revisão).

Segundo ainda Paulo Bonavides³³, a interpretação das normas constitucionais não pode prescindir de um critério valorativo que tenha com base um sistema, sob pena de tornar suspeito ou falho qualquer outro critério que leve a uma análise isolada de tais normas, à margem portanto do contexto derivado do sistema constitucional.

Esse Ativismo adverso tem para Dworkin³⁴ uma conceituação negativa, na medida em que seria:

Uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1208-1209.

33 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 137.

34 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed. Martins Fontes, 2007, p. 451-452.

fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.

O Ativismo Judicial visto pois como uma prática destinada a interpretar o direito sob a ótica dos princípios e valores expressos na Constituição mostra-se salutar porque garante a efetividade dos direitos nela consagrados e a que tanto o Executivo como o Legislativo devem obediência, sendo inerente ao próprio Judiciário o cumprimento de tal missão na conformidade da lógica do sistema de controle baseado em freios e contrapesos.

1.1.1 Ativismo Judicial e Judicialização da Política

O Ativismo Judicial e a Judicialização da Política possuem uma estreita correlação porém apresentam significados distintos.

Conforme retratado no tópico anterior, o conceito de Ativismo Judicial tem pertinência com o comportamento pró-ativo do Judiciário para a efetivação dos direitos constitucionais diante da omissão do Legislativo e do Executivo.

A Judicialização da Política por sua vez é um fenômeno externo ao Judiciário em que questões de natureza política são trazidas ao seu conhecimento para serem apreciadas no âmbito judicial sob a invocação de desrespeito a algum comando legal e cujo dever constitucional não lhe permite que se exima de decidir a respeito.

Luís Roberto Barroso³⁵ explica:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício

35 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 279.

deliberado de vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance.

O termo Judicialização da Política foi formulado no início dos anos 90, e publicado no livro *The Global Expansion of Judicial Power*, de autoria de Tate & Vallinder³⁶, em que analisaram a expansão global do poder judicial, isto é, a inserção das cortes e do processo decisório em uma arena política para a qual não foram previamente designados.

De acordo com José Eisenberg³⁷, amparado nas reflexões de Tate e Vallinder, a Judicialização da Política se apóia em dois movimentos distintos: (1) uma expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, havendo assim uma transferência do poder de decidir do Executivo e Legislativo para juízes e tribunais, o que implica uma politização do Judiciário; (2) a disseminação de métodos de decisão próprios do Poder Judiciário em outros Poderes, havendo neste caso uma “tribunalização” da política, contrapondo-se à judicialização representada pelo primeiro movimento.

Constata-se dessa forma no fenômeno da Judicialização da Política uma transferência de tomada de decisões das esferas executiva e legislativa para a judiciária decorrente da omissão das primeiras, e conforme frisado anteriormente, não se trata de uma questão interna do Judiciário, mas de um movimento iniciado de fora para dentro cujo dimensionamento será dado de acordo com o grau de Ativismo Judicial a ser utilizado.

36 TATE, C.N.; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University, 1997.

37 EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 47.

Quando provocados, juízes e tribunais terão o dever de se pronunciar sobre a questão que lhes é trazida, sendo que o modo como venham a dar a resposta é que irá determinar a existência de Ativismo Judicial ou não.³⁸

O mundo pós-guerra vivenciou o florescimento de Estados Democráticos de Direito dando lugar a Sociedades plurais exigentes de direitos constitucionalizados, passando o Judiciário a ser chamado para resolver conflitos não só puramente de direito, mas de natureza política e social, na medida em que tanto o Parlamento como o Governo abriram significativa lacuna em suas funções culminando neste ponto na flexibilização do conceito de separação dos poderes.

Conforme preleciona Andrei Koerner et al³⁹:

Assim, em termos simplificados, a judicialização teria uma precondição necessária (democracia), algumas facilitadoras (separação de poderes, política de direitos – a mais relevante, instituições majoritárias pouco efetivas etc.), e uma condição eficiente: o ativismo de juízes em oposição à tendência dominante nas instituições majoritárias. A Judicialização seria um fenômeno raro, mas tornar-se-ia cada vez mais freqüente, pela expansão das precondições estipuladas, que permitem que juízes ativistas possam promover sua preferências políticas contra os representantes eleitos.

Por sua vez, o Estado do Bem Estar Social, chamado de *Welfare State*⁴⁰, incapaz de dar conta da grande demanda social por direitos emergidos da

38 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 232.

39 KOERNER, Andrei et al. Sobre o Judiciário e a Judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTTA, Maurício (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias Críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 153.

40 O *Welfare State* está profundamente arraigado em muitas sociedades ocidentais e é o referencial da ordem social destas mesmas sociedades. A crise desta ordem social não deve ser interpretada como uma manifestação dos conflitos sociais existentes, mas sim como uma expressão de falta de funcionalidade do próprio capitalismo. Para Offe, o fim do crescimento econômico observado nas décadas de setenta e oitenta foi resultado das contradições entre o sistema econômico, os valores culturais e a realidade político-administrativa. A crise não deve ser buscada no Estado de Bem Estar e sim no próprio Capitalismo. A incapacidade de auto-regulação do Capitalismo é que provoca disfunções que comprometem a legitimação, sendo o Estado de Bem Estar o principal instrumento para resolver esta contradição. Segundo Offe, o Estado deve intervir para assegurar, por um lado, a continuação da acumulação capitalista e, por outro, a continuidade de legitimação. Esta maior intervenção do Estado provoca, por sua vez, um aumento da demanda. Quando não for

Constituição acabou também por lançar o Judiciário ao centro de debates na arena judiciária.

Destaca Ligia Barros de Freitas⁴¹ que as Constituições modernas, surgidas após as grandes guerras mundiais, permeadas de Direitos Fundamentais, trouxeram ao Judiciário o dever de invocar o justo contra a lei, numa clara legitimação de exercer o controle dos demais Poderes políticos, tornando mais tênue a linha de separação entre estes. Tal processo iniciado no Estado do Bem Estar Social, em que a luta pelos novos direitos se dava na arena política, com o advento do constitucionalismo moderno, elevou o Judiciário à condição de guardião da vontade geral passando a discussão dos direitos para uma arena judiciária.

Da obra “A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil”⁴², extrai-se:

O Estado social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.

Cabe destacar que a transferência do centro de decisões para o Judiciário é em determinados assuntos conveniente e proposital em relação aos demais Poderes na medida em que lhes acarretam menos desgastes político-eleitoreiro perante a população.

possível atendê-las se estará frente a uma crise de legitimidade e, por via de consequência, considerado o Estado de Bem Estar capitalista, de governabilidade. É o que Offe definiu como crise de “gestão da governabilidade”. CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p. 246-247.

41 FREITAS, Ligia Barros de. “Desjudicialização” da política ou a insuficiência dos conceitos de judicialização da política/politização da justiça para análise da Justiça do Trabalho brasileira. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTTA, Maurício (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias Críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 246.

42 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 20.

No caso, Bernardo Abreu de Medeiros⁴³ assinala que se trata de uma delegação estratégica em relação a escolhas polêmicas passíveis de gerar desgaste eleitoral, transferindo-se tal ônus a um Poder que não foi eleito pelo povo e que portanto não enfrentará a confrontação periódica da urnas. Neste caso, questões relacionadas à legalização do aborto e à união homoafetiva são discutidas na pauta do Judiciário ao invés de serem tratadas no Executivo e no Legislativo.

A Judicialização da Política pode também ser observada nas questões político-partidárias em que as minorias parlamentares derrotadas buscam o Judiciário para verem declarada a inconstitucionalidade de leis aprovadas contrárias aos seus interesses, havendo pois novamente o deslocamento do centro de decisões transformando o Judiciário numa arena política, e por conseguinte mais vulnerável à politização.

Consoante informa Boaventura de Sousa Santos⁴⁴, o sistema judicial é utilizado então como uma ferramenta política de grupo ou partidos em disputa a fim de frear a agenda governamental ou de grupos políticos majoritários, transformando a Judicialização da Política na Politização do Judiciário, afetando o seu desempenho, o que o torna mais controverso e vulnerável política e socialmente, sendo esta uma das razões do seu recente protagonismo.

Diante do quadro delineado, infere-se que a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial, guardadas as suas sutis distinções, fazem parte de um mesmo contexto, voltado para suprir as deficiências democráticas e institucionais dos demais Poderes, transformando o Judiciário no garantidor dos direitos constitucionais.

43 MEDEIROS, Bernardo Abreu de. As Novas Faces do Ativismo Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 534.

44 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 30.

Observa Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁴⁵:

O ativismo judicial e a judicialização da política são coisas distintas, porém, intensa e circularmente conectadas. A judicialização da política ganha espaço e se desenvolve com o ativismo judicial, do qual se abastece e se renova. Enquanto judicializar as grandes questões políticas e sociais é demandar uma solução para estas questões dentro da arena judicial, o ativismo é uma escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar esta demanda e reconhecer sua própria legitimidade e capacidade para ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas.

A Judicialização da Política apresenta-se assim como um fenômeno inevitável em uma Sociedade que clama pela efetivação de seus direitos constitucionalizados. O Ativismo Judicial desenvolvido pelas instâncias judiciárias é que irá determinar em que grau e frequência tais direitos serão efetivados.

1.1.2 Ativismo Judicial e a Efetivação dos Direitos Constitucionais

A Constituição de um Estado Democrático de Direito reserva ao Judiciário uma papel primordial de garantidor de uma ampla gama de direitos, sobretudo fundamentais.

Hodiernamente, não se vislumbra mais a Constituição como apenas uma Carta Política dotada tão-somente de comandos gerais sem qualquer juridicidade, relegando às leis ordinárias o papel de regular a vida social dos cidadãos, seja na esfera pública ou privada.

Pertinente a observação de Ana Paula de Barcellos⁴⁶ ao afirmar que foi a partir da segunda metade do século XX que na Europa continental e progressivamente nos países sob a formação da *Civil Law* que as normas

45 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 543-544.

46 BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 18-19.

constitucionais passaram a ser consideradas jurídicas, de superioridade hierárquica e imperativas, aptas portanto a produzirem efeitos.

Uma verdadeira Constituição deve ser capaz de provocar mudanças na realidade sócio-política de um Estado sendo pois lógico que seja dotada de força normativa convincente para a consecução de seus fins, tal como preconizava Konrad Hesse⁴⁷:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se esse convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional.

A Constituição com sua força normativa incorporou não apenas regras ao seu conteúdo mas sobretudo princípios norteadores da realização de direitos e que se irradiam por todo o ordenamento jurídico e a ele se sobrepõe de forma vinculante.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁸ explica:

[...] a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o Direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico.

O Ativismo Judicial neste contexto tem estreita pertinência com a realização dos direitos constitucionais, pois é o Poder Judiciário quem irá extrair o significado das normas maiores e aplicá-las ao caso concreto.

47 HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 137.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 12.

O monopólio de interpretar normas e aplicá-las ao caso concreto compete ao Judiciário. A interpretação da norma constitucional feita pelo Legislativo decorre da sua própria missão, assim como o Executivo ao interpretar as leis se propõe a dar o esperado cumprimento, decorrente de um itinerário lógico para o cumprimento de outras funções; todavia não possuem ambos a função jurídica de interpretar normas.⁴⁹

Evidentemente que a interpretação de normas constitucionais não se limita a uma operação lógica de subsunção aos fatos, porquanto tais preceitos são de natureza aberta e de fluidez semântica próprias da principiologia e que portanto permitem ao juiz uma maior criação do direito dentro dos parâmetros constitucionais, ao que podemos chamar de Ativismo Judicial.

Nalini⁵⁰ observa que não poderá o Judiciário permanecer com um inerte espectador da realidade diante da realidade constitucional vivida na atualidade, de sorte que o juiz cidadão não se compadece mais com a postura tradicional da inércia processual, exigindo-lhe sim um protagonismo essencial.

E complementa⁵¹:

Além de todos os direitos fundamentais assegurados na Constituição dependerem do Judiciário para sua efetiva concretização, a exata compreensão do papel dos princípios fará com que o juiz possa implementar todas as mensagens normativas da Carta. Mensagens explicitadas e mensagens implícitas. Os princípios fazem a Constituição de fato valer. Já não existem normas destituídas de relevância jurídica. Todas elas têm densidade e significado. E precisam surtir efeito. Para isso, dependem do talento hermenêutico do operador do Direito.

A visão de um juiz constitucionalista nos moldes ativistas tem para Luiz Flávio Gomes⁵² aquele que realiza a justiça no caso concreto identificando o

49 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 52.

50 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008. p. 306.

51 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008. p. 314.

52 GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 137-138.

verdadeiro sentido da Constituição no ordenamento jurídico, não se limitando à mera aplicação da lei. Trata-se no seu entender de um novo modelo de atuação judicial de natureza constitucionalista alçando a magistratura no centro da produção da norma sob o anglicismo *judicial law making*.

Todavia, esta visão é criticada por uma corrente denominada interpretativista a qual não admite qualquer atividade do juiz que se destine a expandir o alcance da norma. Para os interpretativistas, o Ativismo Judicial é visto de forma negativa.

J.J Canotilho⁵³ enuncia que os interpretativistas entendem que a Constituição deve ser aplicada de forma previsível levando em conta o texto expresso da norma com vinculação precisa das regras.

Para o autor tal corrente se baseia em postulados teórico-políticos claudicantes, na medida em que o direito constitucional é visto apenas como instrumento de governo, produto da vontade histórica do legislador, e considerado um sistema fechado de regras precisas, com valores relativizados e avessos à questões essenciais da justiça, aplicando-se de forma anti-democrática o controle judicial dos atos normativos.

Inocência Martirés Coelho⁵⁴ confirma o exposto dando conta de que os interpretativistas afastam a possibilidade de criação judicial do direito, tarefa que incumbiria apenas ao Legislador, representante do povo, conforme:

Considerando que, nos regimes de democracia representativa, a criação de normas jurídicas – inclusive e sobretudo das normas constitucionais – é uma atividade política em sentido estrito, uma atividade própria dos órgãos a tanto legitimados em eleições periódicas; que as decisões políticas fundamentais pertencem ao povo, que se manifesta por meio dos seus representantes, democraticamente escolhidos e substituídos pelo sufrágio da maioria do eleitorado; que a investidura dos juízes obedece a

53 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1197.

54 COELHO, Inocência Martirés. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. p. 6.

critérios outros, que nada têm a ver com a confiança popular; que, no sistema constitucional de separação de poderes e de freios e contrapesos, haveria um desequilíbrio na balança se aos juízes fosse dado criar normas jurídicas a pretexto de simplesmente aplicá-las/então é de se recusar – dizem os interpretativistas – qualquer espécie de ativismo judicial, porque incompatível com a ordem jurídico-política plasmada na Constituição.

A visão interpretativista anti-Ativismo Judicial, embora argumentável, não se mostra consentânea aos ditames do novo constitucionalismo baseado na axiologia dos princípios formadores de um sistema aberto e de uma semântica fluída em prol da mais acertada efetivação dos direitos constitucionais.

Assinala Pedro Manoel Abreu⁵⁵ o papel indeclinável do Judiciário na democracia contemporânea de assumir um novo desafio de envolvimento com a questão social e de renunciar progressivamente a sua postura positivista normativista, deixando de lado a visão de um Poder periférico para se tornar o centro dos debates sociais e da agenda pública, transformando-se num locus da cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados no processo.

Sem embargo dos argumentos contrários à corrente ativista-não interpretativista, mostram-se estes verdadeiro retrocesso à busca da plena efetividade das normas constitucionais, numa era marcada pelo Neoconstitucionalismo e pelo Pós-Positivismo.

1.1.2.1 Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo

O Neoconstitucionalismo e o Pós-Positivismo possuem estreita correlação com a temática Ativismo Judicial porquanto estabelecem condições para um exercício jurisdicional calcado em princípios constitucionalizados permitindo ao juiz uma margem de discricionariedade política em suas decisões.

⁵⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 248.

Para Eduardo Cambi⁵⁶, o Neoconstitucionalismo prevê a conjugação entre regras e princípios, possibilitando uma nova teoria da interpretação jurídica que não seja puramente mecanicista e tampouco totalmente discricionária, mas que haja uma exegese constitucional cujos riscos sejam suportados por uma plausível argumentação jurídica.

Há segundo Daniel Sarmento⁵⁷ uma série de fenômenos implicados reciprocamente que contribuem para a formação do Neoconstitucionalismo, quais sejam:

a) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Destaca ainda que os defensores do Neoconstitucionalismo se filiam às doutrinas de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, havendo no entanto uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política, de forma que citando Miguel Carbonell⁵⁸, afirma não existir um único Neoconstitucionalismo que possa

56 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 90.

57 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 73-76.

58 Segundo Miguel Carbonell, jurista mexicano, o neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de análise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação. Cf. Miguel Carbonell. “Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición”. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro et al. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

corresponder a uma definição clara e coesa, “mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo”.

Na obra *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*⁵⁹, organizada por Vanice Lírio do Valle, o Neoconstitucionalismo é tido como uma expressão da defesa de uma Constituição onipresente e expansionista permeada por termos axiológicos e principiológicos, e sobretudo pela eficácia irradiante dos direitos fundamentais, pela argumentação jurídica e pela metodologia da ponderação, o que favorece a manifestação do Ativismo Judicial.

As teorias neoconstitucionalistas se destacam por sua abertura a valores e princípios jurídicos com apoio na ponderação e na argumentação jurídica com forte influência da ética e da moral. O Neoconstitucionalismo, com suporte nas teorias de Alexy, Dworkin e Nino, estabelece o juiz como figura central argumentativa na realização de Direitos Fundamentais, considerando sobretudo a omissão dos demais Poderes, traduzindo um forte incentivo ao florescimento do Ativismo Judicial.⁶⁰

Os fenômenos apontados indicativos do Neoconstitucionalismo estão também implicados com o Pós-Positivismo, na medida em que este ultrapassa a concepção positivista do direito preconizada por Kelsen e introduz valores de ética e justiça na nova hermenêutica constitucional voltada sobretudo para os princípios e para o discurso argumentativo.

Thomas Bustamante⁶¹, ao diferenciar as concepções de Kelsen e de Alexy, informa que o primeiro enxerga a norma como o resultado de um ato de vontade que não pode ser racionalizado (não existe razão prática), enquanto que

59 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2012. p. 100.

60 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2012. p. 107.

61 BUSTAMANTE, Thomas. Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: Uma Nota sobre a Superabilidade da Regras Jurídicas. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 141.

para Alexy, as normas resultam de um discurso de justificação racional passíveis de argumentação e de racionalidade para as decisões, num processo argumentativo pautado e dirigido por princípios, e embora de alta indeterminação, tendo em conta o seu conteúdo moral, possui o mais alto grau de normatividade.

Para Kelsen⁶², a justiça é um ideal irracional e que seu poder torna-se fundamental para a vontade e o comportamento humano, mas não para o conhecimento, que tem no direito positivo a melhor alternativa.

Alexy⁶³, por sua vez, sustenta em sua teoria do discurso jurídico, que o enunciado jurídico normativo considerado como sentença seja apenas racional, mas que também possa ser fundamentado racionalmente no contexto de um ordenamento jurídico vigente.

Luís Roberto Barroso⁶⁴ assinala que o Pós-Positivismo representa um conjunto de ideias difusas que ultrapassa o legalismo estrito do Positivismo normativista, sem contudo adentrar na esfera subjetiva do Jusnaturalismo. Destaca-se assim o Pós-Positivismo pela ascensão dos valores, a normatividade dos Princípios e a importância dos Direitos Fundamentais, voltando a discussão ética para o direito, tendo o pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses como componentes dessa reelaboração teórica.

Conforme ainda informa Barroso ⁶⁵:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores,

62 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 80.

63 ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 211-212.

64 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 344.

65 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 351-352.

princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

Na concepção de Thiago Magalhães Pires⁶⁶ no plano constitucional, o Pós-Positivismo é o marco filosófico do Neoconstitucionalismo, movimento que estabelece uma nova forma de ver o direito estabelecendo a normatividade dos princípios e um espaço mais amplo de interpretação.

Daniel Sarmento⁶⁷ enxerga o Neoconstitucionalismo como uma nova leitura da separação dos poderes em que o Poder Judiciário é chamado a atuar de forma mais forte em defesa dos valores constitucionais, segundo o autor ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral.

Assinala Sarmento⁶⁸:

Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalista é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido

66 PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem Trauma: O possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 30.

67 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 80-81.

68 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 84.

como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas.

Acerca das críticas tecidas ao Neoconstitucionalismo a que mais se destaca é a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para interpretar principiologicamente a Constituição, na medida em que não foi eleito pelo povo.

Nesse sentido adverte Max Möller⁶⁹:

O risco de um processo de transição de um regime legislativo a um regime constitucional, no qual há um evidente deslocamento do protagonismo legislativo em direção ao controle judicial dessa atividade, sempre no sentido de reequilibrar as estruturas de distribuição do poder e a participação destes na formação do direito, é exatamente a possibilidade de esse deslocamento ultrapassar os limites do equilíbrio, ingressando em esferas de desequilíbrio institucional. É nesse sentido que se concentram grande parte das críticas ao regime constitucionalista atual, ou seja, no excessivo “ativismo judicial” que de forma muito concreta põe em risco as conquistas democráticas.

Aponta⁷⁰ que se deve evitar o risco pretérito de substituir o Estado absoluto pelo Estado legislativo, transformando-o num Estado judicial, com a supremacia do Poder Judiciário. Pondera contudo que é proposta do constitucionalismo contemporâneo a substituição da supremacia do legislativo por uma relação de equilíbrio entre os poderes, permitindo assim um controle mútuo, em que todos se submetem ao direito, e este deixa de estar condicionado à lei, para estar condicionado à Constituição.

Salienta⁷¹ que o conceito de Democracia, que considera a vontade livre dos representantes populares se encontra modificado pela emergência do Estado Democrático de Direito na medida em que a decisão política da maioria deve estar condicionada aos ditames constitucionais.

69 MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo:** Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 200.

70 MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo:** Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 204-205.

71 MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo:** Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 204-205.

Na visão de Lenio Streck⁷²:

O Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça, sobretudo o caráter hermenêutico do direito. Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça.

A questão que se insere neste contexto de emergência do Neoconstitucionalismo conjugado ao Pós-Positivismo é que é ao Judiciário reservada a missão de interpretar a Constituição e definir o seu conteúdo aplicando-a de forma a efetivar os direitos nela previstos, sobretudo os mais caros da esfera fundamental, o que não se mostra tarefa fácil, dada a complexidade do mundo em que vivemos com diferentes visões e incertezas do que venha a ser o correto e o justo.

A supremacia da lei ao invés de ser vista como um produto perfeito e acabado deve dar lugar à interpretação constitucional baseada nos princípios conformados pelos ideais de justiça e dos direitos fundamentais.

Eduardo Cambi⁷³ ensina que a Constituição não pode ser vista sob a ótica de um sistema fechado e estático de normas jurídicas, mas como decorrente de um processo evolutivo e de interação com o público. A abertura do sistema constitucional permeada por valores e princípios deve se valer de um novo raciocínio jurídico que não esteja adstrito a meros comandos legislativos nem com o formalismo dos procedimentos, mas da valoração dos conteúdos substanciais que suportam as normas jurídicas.

72 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 378.

73 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 91.

Para Werneck Vianna⁷⁴ o Poder Judiciário se transformou num legislador implícito, na medida em que a indeterminação do direito resultante de leis que nascem com motivações distintas da certeza jurídica não podem ser vistas como um produto pronto e acabado, necessitando pois da complementação do Judiciário para lhe definir o sentido e complementar o significado, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil.

Destaca-se por sua vez que a representatividade popular encontra-se fragilizada em países sobretudo em desenvolvimento que não raro possuem um Legislativo incapaz de cumprir a sua missão de legislar em conformidade com os preceitos constitucionais, seja por motivações políticas desviantes dos anseios populares, seja por ingerências indevidas do Executivo na tarefa legislativa, o que torna o Judiciário um Terceiro Gigante⁷⁵ capaz de frear o ímpeto inconstitucional dos demais Poderes a bem da democracia, o que não desvirtua a legitimidade democrática mas estabelece um canal de comunicação entre o povo e o Judiciário através da chamada representação argumentativa, tese defendida por Robert Alexy.

Nesse sentido pondera Pedro M. Abreu⁷⁶:

Com o constitucionalismo moderno emerge o Judiciário como um novo ator no processo de adjudicação de direitos, em franca contraposição ao contexto original do *welfare*, tempo em que a luta foi travada no campo da política. Assumindo o Judiciário essa nova função constitucional, o território da incorporação de direitos se requalifica não só com esse novo *locus* institucional, passando a admitir, igualmente, a linguagem da justiça e não somente do Direito. Especialmente nos países de civil Law houve uma mudança de paradigma, levando o juiz a transcender suas funções tradicionais de adequar o fato à lei, assumindo também a atribuição de perquirir a realidade à luz dos valores e princípios constitucionais. O Poder Judiciário passa a ser um ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Sob esse prisma, diferentemente do Estado Liberal, a Justiça não

74 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 21.

75 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. p. 47.

76 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 266.

mais é dependente da política, uma vez que o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário sobre as decisões dos demais Poderes.

Informa ainda o referido autor⁷⁷, conforme Alexy, acerca da chamada representação argumentativa do Judiciário, conferindo a este a legitimidade democrática na busca da concretização dos direitos constitucionais, na medida em que o princípio de que todo o poder emana do povo não estaria contido apenas no parlamento mas outrossim nos tribunais como representantes legítimos do povo. Assim, estaria o parlamento a representar o cidadão politicamente e o tribunal constitucional argumentativamente.

Para Sarmento⁷⁸, a constitucionalização do direito deve ter a sua legitimidade reconhecida numa medida em que não sacrifique demasiadamente a liberdade de conformação própria de uma Democracia, em que os representantes eleitos pelo povo fazem suas escolhas políticas em nome deste.

Por outro lado, na visão de Luis Prieto Sanchís⁷⁹, que se filia à máxima efetividade do Neoconstitucionalismo, o direito deve ser orientado por:

Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes, tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica [...]

77 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 292.

78 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 111.

79 “Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; onnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; onnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por ultimo, coexistencia de una constelación plural de valores, as veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica”. SANCHÍS PRIETO, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2000. p. 132.

No contexto de um Estado Democrático de Direito as facetas do Neoconstitucionalismo e do Pós-Positivismo conjugadas para garantir a eficácia dos direitos constitucionais serão consideradas benéficas se utilizadas racionalmente, sem a radicalização dos princípios nem tampouco o apego cego positivista da subsunção dos fatos às regras, com o equilíbrio dos poderes, sem desprezar a figura do legislador e que ao mesmo tempo mantenha um Judiciário forte o suficiente para a proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da Democracia.

O grau de intervenção do Judiciário nos espaços tidos como democráticos poderá ser melhor analisado sob o enfoque das correntes procedimentalista versus substancialista e pragmatista.

1.1.2.2 Procedimentalismo versus Substancialismo

As correntes Procedimentalista e Substancialista estão inseridas no debate do em torno do Ativismo Judicial e Democracia, ambas com teses distintas acerca da possibilidade de uma maior ou menor intervenção do Judiciário no contexto político e social de um Estado.

Os procedimentalistas, que têm como defensores o eixo denominado Habermas-Garapon, visualizam uma menor participação do Judiciário nas questões sócio-políticas, possuindo este apenas um papel paliativo como contrapeso das desigualdades sociais; a preocupação maior dos procedimentalistas está focada no fortalecimento de uma cidadania ativa e da soberania popular, limitando o papel do Judiciário a ser um desaguadouro das lutas civis e populares e um garante de um núcleo mínimo de Direitos Fundamentais.

Por sua vez, o eixo denominado Cappelletti-Dworkin, de viés substancialista, vislumbra uma participação mais efetiva do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais e na contenção das majorias esmagadoras, valorizando por consequência a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial.

Para os substancialistas a função primordial do Poder Judiciário é a de ser o guardião dos direitos jurídicos e morais que decorrem das tradições e do arranjo político das Sociedades.

Werneck Vianna⁸⁰, acerca do eixo procedimentalista, sustenta que a discussão da efetivação dos direitos sociais subsumida apenas ao campo do direito e portanto fora do âmbito da sociedade civil, levaria a um cidadania passiva, incompatível com a formação de uma democracia sólida e cívica. Afirma ainda que “desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, ‘ao gozo passivo de direitos’, ‘à privatização da cidadania’, ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, ‘à clericalização da burocracia’, ‘a uma justiça de salvação’, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial.”

Ao passo que sob a ótica substancialista⁸¹, o Judiciário é visto como um guardião dos princípios e valores fundamentais das Constituições modernas, sendo que é por tal razão que para Cappelletti e Dworkin, “o redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas não soem como fenômenos estranhos à tradição democrática e, sim, como uma efetiva e necessária extensão dessa tradição a setores ainda pouco integrados à sua ordem e ao seu ideário.”

Na senda substancialista Cappelletti-Dworkin⁸² mais do que o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes, o Judiciário deverá buscar um papel de intérprete na criação do direito no mundo contemporâneo, ainda que de forma contra-majoritária, mas que ponha em evidência a vontade geral inerente ao direito positivo, em

80 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 23-24, 32 e 37-38.

81 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 32.

82 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 37-38.

especial nos textos constitucionais e nos princípios de valores permanentes expressos nas culturas de origem e na do Ocidente.

Para Lenio Streck⁸³, o Procedimentalismo não reconhece à Jurisdição Constitucional um papel concretizador de direitos, a qual se ocupa apenas com a manutenção das regras do jogo democrático; ao passo que para os Substantialistas, o Judiciário é o locus privilegiado que assegura o fortalecimento das Democracias contemporâneas.

Afirma⁸⁴ que para Habermas, o Tribunal limita-se a compreender procedimentalmente a Constituição, permitindo-se apenas a proteção deste processo de criação democrática do Direito. O Tribunal Constitucional age dessa forma apenas para garantir à cidadania que disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.

Habermas⁸⁵ por sua vez informa que:

Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.

Aduz⁸⁶ que a doutrina de tribunais constitucionais que adotem a ordem de valores e que a incorpore na prática de decisão resultará uma prevalência de argumentos funcionalistas sobre os normativos representando dessa forma um crescente perigo de juízos irracionais.

83 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52 e 55.

84 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 55.

85 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. v. 1. p. 320 e 324-326.

86 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. v. 1. p. 321.

Sustenta assim que⁸⁷:

O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema de direitos, à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamarrear o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita.

A partir do momento em que uma norma não permite mais tal aplicação coerente, portanto, conforme à constituição, coloca-se a questão do controle abstrato de normas, a ser empreendido basicamente na perspectiva do legislador.

O Tribunal Constitucional apenas deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, cabendo aos cidadãos perseguirem cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida, amparados nos procedimentos políticos determinados pela Constituição⁸⁸.

Na concepção habermasiana do contexto multiculturalista dos nossos dias⁸⁹:

[...] a coexistência, com igualdade de direitos, de diferentes formas de vida não pode levar a uma segmentação social, antes exige a integração dos cidadãos do Estado e o reconhecimento recíproco de suas pertencas a grupos sub-culturais, no quadro de uma cultura política que há de ser compartilhada, até porque nesses contextos de expansão do pluralismo ético e cultural, é muito provável que o exercício da autoridade seja percebido como a imposição de normas e/ou valores não compartilhados.

87 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. v. 1. p. 324-326.

88 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. v. 1. p. 326.

89 COELHO, Inocência Martirés. Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 491.

Na mesma vertente Procedimentalista, Garapon⁹⁰ não visualiza com bons olhos a tomada crescente do protagonismo judicial na Sociedade, porquanto tal atitude acaba trazendo riscos para a democracia, na medida em que o governo de juízes implicaria um imobilismo social de reformas pretendidas pela maioria.

Assevera⁹¹ que “uma jurisdição não tem os meios necessários para legislar, o juiz não dispõe de instrumentos para tal e encontra-se na incapacidade de <<edificar uma verdadeira dinâmica política sobre as ruínas da anterior, que tanto condenou>>”.

Na sua obra “O juiz e a democracia”⁹² assinala que:

Ao recorrermos ao direito para tudo, arriscamo-nos a considerar os atores da vida democrática como técnicos encarregados de produzir normas, em interação com grupos de pressão sempre mais especializados na defesa de seus interesses. Ao submetermos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou litigante. O risco é de se evoluir para uma organização clerical do poder. E de confiscar a soberania.

Assim, como simplifica Saul Tourinho Leal⁹³, “a tradução mais simples da tese procedimentalista é a de que não pode a Suprema Corte aplicar, na resolução das controvérsias que aprecia, princípios de justiça. Sua função seria a de mera observadora do correto funcionamento do processo político”.

Diferentemente, o lado Substancialista compreende o Judiciário muito mais ativo, com um grau de penetração maior na esfera política, em que não apenas assegura o procedimento democrático de acesso à justiça mas também interfere na relação com os demais Poderes baseado na lógica dos princípios constitucionais

90 GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Tradução de Francisco Aragão. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1996. p. 74.

91 GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Tradução de Francisco Aragão. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1996. p. 74.

92 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião de promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 62.

93 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?: O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 117.

positivados e na efetivação dos direitos fundamentais decorrentes de um Estado Social e Democrático de Direito.

Assinala Werneck Vianna⁹⁴:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça.

As Constituições analíticas e dirigentes derivadas de um Estado Social Democrático de Direito, surgido do pós-guerra, bem conforma a ideia preconizada dos Substancialistas, pois para estes “uma Constituição deve consagrar direitos fundamentais, princípios e propósitos públicos que visem concretizar relevantes valores de uma sociedade: justiça, liberdade e igualdade, a serem implementados por juízes”.⁹⁵

Streck⁹⁶ afirma que o modelo substancialista trabalha com Constituições que explicitam o contrato social, denominando assim o Constitucionalismo-dirigente surgido após a 2ª Grande Guerra Mundial tendo como consequência a positivação dos direitos sociais-fundamentais assumindo o Judiciário o importante papel da Jurisdição Constitucional.

Cappelletti⁹⁷, diante do protagonismo assumido pelo Judiciário de defensor da Constituição e de princípios garantidores dos direitos fundamentais, anuncia ser este o Terceiro Gigante capaz de deter o avanço dos demais Poderes

94 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22.

95 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez?: O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 121.

96 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 56-57.

97 CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. p. 47.

que se exacerbaram nas suas funções, lhe restando apenas duas alternativas: “a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.

Ronald Dworkin, igualmente filiado à corrente Substancialista, não admite uma posição passiva do juiz.

Sustenta Werneck Vianna⁹⁸, acerca de Dworkin que:

O seu paradigma é o da ação de Hércules, tipo-ideal no qual resenha a sua opção teórica pelo construtivismo. Na modelagem de Hércules prevalecem os traços do protetor das minorias contra as injustiças praticadas pelas majorias, e do herói que se afirma no campo dos princípios, intérprete do *law as integrity*, isto é, do direito como um conjunto indivisível dos princípios e valores que, à diferença daqueles do direito natural, se acham sedimentados historicamente e compartilhados socialmente.

Assinala Vianna⁹⁹ que em Dworkin, “a interpretação criativa do juiz não seria a do exercício do poder discricionário, como na teoria positivista, nos casos de ausência ou de indeterminação da norma. Ao contrário, dado que sua interpretação deve estar constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura política.”

Numa síntese pertinente, Pedro M. Abreu¹⁰⁰, na dicção de Eisenberg, referencia acerca do eixo Cappelletti-Dworkin como sendo aquele que:

[...] confronta a invasão da política pelo direito de uma expectativa um pouco mais otimista. Aponta para o importante papel que os juízes e demais operadores do Judiciário exercem para situarem um contraponto conservador à inevitável tendência dos legisladores de agirem em

98 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 35 e 37.

99 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 37.

100 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 270.

convergência com os anseios da maioria. Acentua que os juízes são capazes e têm até a responsabilidade – na condição de defensores da Constituição, e símbolo máximo do contrato original que estabelece o horizonte normativo da ordem política democrática – de intervir ativamente nos processos políticos para assegurar a estabilidade e a coerência dessa ordem, bem como sua extensão aos setores menos integrados da sociedade.

Na temática própria do Ativismo Judicial, confrontando as duas correntes acima expostas, pode-se constatar que a de ordem Substancialista é muito mais propensa a permitir um grau maior de intervenção do Judiciário, na medida em que os juízes são conclamados pela própria Constituição a exercerem um papel central e de proeminência na resolução dos conflitos, numa espécie de “intelligentzia especializada em declarar como direito princípios já admitidos sociamente”¹⁰¹.

Nada obstante a divergência Procedimentalismo versus Substancialismo, o Poder Judiciário é visto por esses dois eixos analíticos como uma instituição estratégica para a democracia contemporânea, que não se limita em apenas declarar o direito, mas impor-se entre os demais Poderes, “como uma agência indutora de um efetivo checks and balances e da garantia da autonomia individual e cidadã”¹⁰².

A conciliação entre Jurisdição Constitucional e Democracia se concretiza tanto no interesse da maioria como na proteção das minorias compreendendo a observância dos procedimentos e a efetivação dos direitos fundamentais, considerando os dois enfoques ora retratados.

Com efeito¹⁰³, a Democracia não se encontra presente apenas no princípio majoritário, mas na realização de valores substantivos, na concretização dos Direitos Fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a livre e igual participação das pessoas nos processos decisórios. Nesse contexto, o

101 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.

102 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.

103 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81.

fundamento da Jurisdição Constitucional está em tutelar esses valores, direitos e procedimentos, parecendo dessa forma plenamente possível conciliar Democracia e Jurisdição Constitucional, seja por um lado Procedimentalista – com destaque para a definição das regras do jogo político, cuja observância legitimaria os resultados produzidos -, seja pela adoção de um modelo substancialista – com a predefinição de certas opções materiais.

A par do dualismo Procedimentalismo versus Substancialismo e sua implicação direta com o exercício do Ativismo Judicial pode-se ainda considerar uma terceira corrente mais radical para além do direito e denominada Pragmatismo, conforme exposto a seguir.

1.1.2.3 Pragmatismo

O Pragmatismo Jurídico, aponta Thais Nunes de Arruda¹⁰⁴, “pode ser considerado, em linhas gerais, como uma **postura argumentativa** que serve primordialmente àqueles que querem legitimar argumentos e decisões juridicamente em dois pilares: i) naquilo que é desejável para a comunidade no futuro e; naquilo que é inevitável para ela no presente, já que o passado constitui parte necessária da compreensão da realidade que se impõe no exercício interpretativo e argumentativo conduzido por seus adeptos”.

O Pragmatismo revela um grau maior de Ativismo Judicial porquanto “predomina na atitude do intérprete um pensamento prático, voltado para o futuro, pelo qual o direito é modelado de acordo com necessidades atuais e concretos e com suas conseqüências”¹⁰⁵.

104 ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?:** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. 287f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <www.teses.usp.br>. Acesso em: 12 nov. 2012. p. 60.

105 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Interferências Extrajurídicas sobre o Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 491.

As características principais do Pragmatismo Jurídico são sintetizadas na obra *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*¹⁰⁶ como 1) **Antifundacionalismo**: em que há a rejeição de conceitos pré-concebidos e à dogmática vinculante, demonstrando um pensamento aberto sujeitos à verificações posteriores; 2) **Contextualismo**: somente as circunstâncias dimensionam o problema e é a partir dele que se deve buscar a solução; 3) **Instrumentalismo**: o Direito é construtivo e político, voltando para a realidade prática de orientação da conduta social; 4) **Consequencialismo**: o Pragmatismo volta-se para o futuro na medida em que se pauta nas conseqüências da ação. A decisão deve ponderar as conseqüências, seja buscando os efeitos desejados, seja evitando os efeitos indesejáveis; 5) **Interdisciplinaridade**: abertura do raciocínio jurídico para outros campos do saber, especialmente para ajudar no dimensionamento exato da ação desejada.

Para Dworkin¹⁰⁷, o Pragmatismo é visto com um certo ceticismo, conforme explica:

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são

106 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2012. p. 110-111.

107 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes Editora. 2ª ed., 2010. p. 195.

instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes.

O Pragmatismo contemporâneo tem em Richard Posner¹⁰⁸ uma das principais referências. Lenio Streck¹⁰⁹ confere ao Pragmatismo de Posner um elevado grau de subjetivismo e de solipsismo¹¹⁰ decisional, considerando para tanto o debate travado entre este e Dworkin acerca dos direitos enumerados e não enumerados na Constituição, envolvendo questões como por exemplo o aborto, ações afirmativas e liberdade de imprensa, em que segundo Posner o juiz deve decidir segundo a sua consciência, revelando - na leitura de Streck - uma perigosa visão solipsista do ato decisório a ponto de prescindir a sua fundamentação, por considerá-lo secundário ou menos importante.

Segundo Posner¹¹¹, o Ativismo Judicial e o Pragmatismo não estariam necessariamente relacionados, ainda que se possa considerar uma atitude pragmática como ativista:

A atitude pragmática é ativista (voltada para o progresso e a “capacidade de execução”) e rejeita tanto o conselho conservador segundo o qual tudo o que já existe é melhor quanto o conselho fatalista de que todas as conseqüências são imprevistas. O pragmatista crê no progresso sem fingir-se capaz de defini-lo e acredita na possibilidade de alcançá-lo através da ação humana calculada. Essas crenças estão ligadas ao caráter instrumental do pragmatismo, que é uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento, embora isso não signifique que o juiz pragmatista seja necessariamente ativista. O ativismo judicial propriamente dito é uma visão das competências e responsabilidades dos tribunais perante os outros órgãos do Estado. Um pragmatista poderia ter boas razões

108 Algumas obras de Posner de vertente Pragmatista são: **Overcoming Law** (Harvard University Press, 1995); **Frontiers of Legal Theory** (idem, 2001); **Law, Pragmatism and Democracy** (Harvard University Press, 2005); **How Judges Think** (idem, 2008).

109 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 54.

110 “**Solipsismo** (do latim “solu-, <<só>> + ipse, <<mesmo>> + ismo”). é a concepção filosófica de que, além de nós, só existem as nossas experiências. O solipsismo é a conseqüência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles.” WIKIPEDIA. Disponível em: <www.wikipedia.org>. Acesso em: 24 nov. 2012.

111 POSNER, Richard A., **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 5.

pragmáticas para pensar que os juízes não deveriam atrair muita atenção para si mesmos.

Acrescenta ainda que¹¹²:

Embora o discurso dos juízes sempre tenha sido predominantemente formalista, a maioria dos juízes americanos, ao menos diante de casos complicados, age pragmaticamente. Isso ocorre, em parte, porque as questões que passam pela justiça americana sempre foram tão diversas e conflitantes que o formalismo se torna inaplicável na maioria dos casos mais difíceis e, em parte, porque os juízes não são tão metódicos e intelectualmente sofisticados como os intelectuais acadêmicos gostam de imaginar.

E, caracterizando a instrumentalidade do Pragmatismo, destaca¹¹³ que na medida em que um país se transforma, os juízes devem adaptar as leis a um novo ambiente social e político, considerando os amplos limites propostos por legisladores e constituintes. A visão tradicionalista do direito de forma alguma servirá de exemplo a ser seguido, mas sim o da idealização dos fins e da percepção das transformações sociais, numa sensibilidade instrumental, própria do Pragmatismo.

Há que se ressaltar que Posner se insere como um dos precursores do denominado movimento Análise Econômica do Direito (AED), o qual na dicção de Alexandre Moraes da Rosa¹¹⁴, busca “transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar a nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico.”

112 POSNER, Richard A., **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 424-425.

113 POSNER, Richard A., **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 424-425.

114 ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 56-57.

Dworkin¹¹⁵ acentua que Richard Posner acredita que os órgãos do governo, particularmente os tribunais, deveriam tomar decisões políticas de modo a maximizar a riqueza social; todavia tal postura é criticada na medida em que, conforme explica Fernando Vieira Luiz¹¹⁶:

A troca de racionalidade, da jurídica à econômica, deixa de lado aspectos decisivos do Direito, eis que, em nome da eficiência e da maximização da riqueza (na lógica do custo/benefício), relega o cumprimento dos direitos fundamentais a um segundo plano. A Constituição apresenta constrangimentos materiais à atuação pública ou privada. Daí seu caráter contramajoritário, evitando-se que maiorias eventuais desmantelem o programa democraticamente definido para o futuro da nação. Neste particular, a Constituição também representa um freio à ordem econômica predatória neoliberal, não se podendo substituir os mandamentos constitucionais – principalmente pela centralidade dos direitos fundamentais – pelo programa econômico.

As regras do jogo democrático que dão legitimidade ao provimento judicial não podem adotar o critério único da maximização de riquezas preconizada pela Análise Econômica do Direito sob pena de negligenciar a esfera dos Direitos Fundamentais¹¹⁷.

Como destaca Lenio Streck¹¹⁸:

[...] seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, “princípios” (sic) que autorizassem o juiz a buscar, em outros “espaços” ou fora dele, as fontes para complementar a lei. [...] É como se a Constituição permitisse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático). Isso seria uma “autorização” para ativismos, que, ao fim e ao cabo, deságuam em decisionismos. Ou seja, qualquer tribunal ou a própria doutrina poderiam “construir” princípios que substituíssem ou derrogassem até mesmo dispositivos constitucionais, o que, convenhamos, é um passo atrás em

115 DWORKIN, Ronald. **Um questão de princípio**. Trad.: Luis Carlos Borges. Martins Fontes Editora, p. 411.

116 LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial**: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 157.

117 ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 118.

118 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47-48.

relação ao grau de autonomia que o direito deve ter no Estado Democrático de Direito.”

Assim, o quadro delineado permite concluir que o Ativismo Judicial exercido sob o viés Pragmatista extrapola os limites do razoável na medida em que possibilita uma ampla discricionariedade ao juiz desvinculada inclusive dos próprios valores constitucionais o que coloca em risco os pilares de um regime democrático e deslegitima a atuação do Poder Judiciário.

1.2 ORIGENS E EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

As origens do Ativismo Judicial remontam ao constitucionalismo norte-americano e ao controle de constitucionalidade (judicial review) exercido naquele país.

Com o decorrer do tempo, o Ativismo Judicial espalhou-se pelo mundo afora ganhando um contorno muito maior na atualidade decorrente do avanço da Jurisdição Constitucional e da constitucionalização dos direitos, sobretudo a partir do período pós-guerra.

Na síntese de Luís Roberto Barroso¹¹⁹:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial,

119 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 364-365.

como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

O denominado protagonismo judicial alcançou ascensão após a derrota do nazi-fascismo e, depois, nos anos 70, com o desmantelamento de regimes ditatoriais na Europa e América Ibérica, em que Constituições informadas por direitos fundamentais e princípios tiveram lugar, ensejando uma completa modificação nas relações entre os Poderes com a inclusão do Judiciário no espaço da política¹²⁰.

1.2.1 A Base Norte-Americana

O precedente mais remoto do Ativismo Judicial se refere ao famoso caso *Madison versus Marbury* ocorrido nos Estados Unidos no ano de 1803, em que a Suprema Corte daquele país exerceu pela primeira vez o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis consideradas inconstitucionais, sem que contudo houvesse expressa previsão constitucional para tanto.

Destaca Clarissa Tassinari¹²¹:

Na discussão sobre o empossamento de William Marbury como juiz de paz, de acordo com a designação feita pelo então presidente John Adams às vésperas de deixar seu cargo, a Suprema Corte, por decisão do *Chief Justice* Marshall, afirma que, embora a nomeação de Marbury fosse irrevogável, o caso não poderia ser julgado pela Corte. É *declarada inconstitucional*, portanto, a seção 13 do *Judiciary Act* – que atribuía competência originária à Suprema Corte para tanto –, sob o fundamento de que tal disposição legislativa ampliava sua atuação para além do que havia sido previsto constitucionalmente, no *Article III*. Com isso, *por uma decisão judicial* no julgamento de um caso, surgiu o controle de constitucionalidade (*judicial review*) norte-americano. Refira-se: a Constituição não conferia expressamente este poder de revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso. Dá-se início, assim, às discussões sobre *ativismo judicial* em solo norte-americano.

120 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22.

121 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23.

O precedente retro inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, assentando a Supremacia da Constituição e a competência do Judiciário como o intérprete final da norma constitucional¹²².

A par do precedente remoto norte-americano indicativo do Ativismo Judicial, este termo propriamente dito teve a sua primeira menção na revista *Fortune* por um jornalista estadunidense denominado Arthur Schlesinger Jr. no ano de 1947, o qual no artigo *The Supreme Court: 1947*, traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana, classificando-os uns como ativistas e outros como autocontidos¹²³.

Saul Tourinho Leal¹²⁴ explicita que:

Schlesinger discorreu sobre as políticas públicas implementadas pelo Presidente Roosevelt quanto ao *New Deal*. O jornalista expôs que havia duas correntes. Hugo L. Black, William O. Douglas, Wiley Rutledge e Frank Murphy, ocupavam um extremo. Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton, no pólo oposto. Stanley Reed e o *Chief Justice*, Fred Vinson, numa posição intermediária. A ala Black praticavam o ativismo judicial. A ala Frankfurter, a autocontenção judicial. Vinson ficava com o meio termo. A decisão prolatada por juízes ativistas ficava atrelada a resultados, enquanto que a de autoria de juízes da autocontenção esbarrava em limitações processuais. Enquanto a ala Black via o Tribunal como um instrumento para alcançar a justiça social, Frankfurter atuava para permitir que o Poder Legislativo elaborasse políticas voltadas para essas questões por meio das maiorias político-partidárias.

Ao longo do constitucionalismo norte-americano registre-se que o Ativismo Judicial se mostrou primeiramente de natureza conservadora e após progressista.

122 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

123 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2012. p. 20.

124 LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou Altivez?: o outro lado do STF. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 221-222.

O Ativismo Judicial teve na jurisprudência norte-americana as suas origens. Num primeiro momento, pode-se afirmar que houve uma tendência conservadora, encontrando na Suprema Corte uma atitude proativa em defesa da segregação racial e para a invalidação de leis sociais em geral. Todavia, a partir da década de 50, observou-se uma inversão completa, quando na presidência da Suprema Corte o juiz Warren (1953-1969), e no primeiros anos da Corte Burger (até 1973), passou a produzir uma jurisprudência progressista voltada à realização de Direitos Fundamentais, em especial em defesa dos afro-descendentes¹²⁵.

1.2.2 Da Auto-Contenção ao Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana

A auto-contenção judicial se caracteriza por uma redução de interferência do Judiciário em relação aos demais Poderes. Trata-se na sua visão do oposto em relação ao Ativismo Judicial, na medida em que este se manifesta quando o Judiciário se expande diante da retração do Poder Legislativo e do deslocamento entre a classe política e a sociedade civil¹²⁶.

A autocontenção, chamada de *self-restraint* no direito norte-americano, esteve presente por muito tempo na Suprema Corte, representando para Saul Tourinho Leal¹²⁷, décadas de verdadeiro atraso na conquista dos direitos civis.

Acerca da autocontenção, esclarece Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi¹²⁸:

125 COSTA, Andréa Elias. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 53.

126 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 372.

127 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez?: O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 44.

128 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 469.

A doutrina da autocontenção adota uma concepção *modesta* do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política anular a vitória da maioria, em nome de considerações subjetivas sobre as “melhores” soluções. Nos EUA, tradicionalmente, os tribunais se consideravam guardiões da letra da Constituição e não árbitros do confronto político. Essa posição mudou no decorrer do século XX, tendo adotado os tribunais em vários casos a postura que muitos doutrinadores apelidam de *ativismo judicial*.

Exemplos de auto-contenção praticados pela Suprema Corte norte-americana retratados no caso *Dred Scott versus Sandford* de 1857, em que é negado a um escravo negro a liberdade, ao argumento de que a lei que instituiu a liberdade em determinados Estados era inconstitucional¹²⁹.

Neste caso, a Suprema Corte numa posição de autocontenção nega vigência a direitos fundamentais como liberdade e dignidade da pessoa humana.

Outro caso refere-se *Prize cases* 67 U.S. 635 (1863), em que a Suprema Corte reconhece a constitucionalidade de ato praticado pelo então presidente dos Estados Unidos, Abraham Lincoln, o qual ordenou o bloqueio dos portos da Confederação Sulista e declarou a guerra civil, sem preceder autorização do Congresso, ao argumento de que o Judiciário não poderia interferir nas decisões do Executivo voltadas ao interesse nacional, ainda que violados princípios de direito internacional¹³⁰.

O período de autocontenção vivenciado pela Suprema Corte norte-americana cedeu lugar a uma fase em que o Ativismo Judicial esteve muito presente na busca da concretização de direitos negados aos cidadãos norte-americanos. Essa fase mais Ativista que foi de 1953 a 1969 ficou conhecida como a da Corte Warren, tendo em conta que o Presidente da Suprema Corte era o Chief Justice Earl Warren.

129 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?**: O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 49-51 e 54-57.

130 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?**: O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 49-51 e 54-57.

Vale destacar que nesse período houve uma reiterada negativa dos Direitos Fundamentais por parte do Executivo e do Legislativo, por influência de uma camada da população norte americana que buscava a manutenção de um modelo de discriminação racial em desfavor dos afro-descendentes.¹³¹

Como caso emblemático Ativista desse período, aponta Tourinho¹³² o “Brown v. Board of Education of Topeka”, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas no sul dos Estados Unidos.

Boaventura de Sousa Santos¹³³, por sua vez, complementa que:

Nos anos de 1960, podemos identificar uma afirmação de grande progressismo do sistema judicial americano, durante o que se denominou *Warren Court* que, nos anos de 1960, foi um baluarte da luta contra o racismo ao atender as reivindicações do movimento negro na luta pelos direitos civis. Era uma luta de muitas décadas, até de séculos, e o sistema judicial de então deu uma mensagem extremamente progressista a toda a sociedade.

Posteriormente, no período de 1986 a 2005, a Suprema Corte norte-americana assumiu um caráter conservador sob a Presidência de William Rehnquist, como no caso das eleições presidenciais entre Gore e Bush¹³⁴, o que para

131 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?: O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 60.

132 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?: O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 60.

133 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 20.

134 “Esta eleição ficou conhecida devido à controvérsia sobre a concessão dos 25 votos no Colégio Eleitoral da Flórida,^[1] o subsequente processo de recontagem nesse estado e o acontecimento invulgar de o candidato vencedor ter recebido menos votos populares do que o perdedor. Foi a quarta eleição em que o vencedor do voto no Colégio Eleitoral não recebeu também a pluralidade do voto popular. Em 12 de Dezembro, o Supremo Tribunal decidiu numa votação de 7-2 que a decisão do Supremo Tribunal da Flórida exigindo uma recontagem dos votos em todo o estado era inconstitucional, e num voto de 5-4 que as recontagens na Flórida não podiam ser concluídas antes de um prazo que fosse um “porto seguro” a 12 de Dezembro, pelo que deviam cessar e o total previamente certificado devia manter-se. A decisão do Supremo Tribunal foi uma decisão não assinada ou “Per curiam”; a decisão foi “limitada às circunstâncias actuais” e não poderia ser citada como precedente.” WIKIPEDIA. Disponível em: <www.wikipedia.org>. Acesso em: 28 nov. 2012.

Paulo Gustavo Gonet Branco¹³⁵ se mostrou um Ativismo Judicial de guinada conservadora.

Sustenta o citado doutrinador¹³⁶ que o Ativismo pode ser de esquerda ou de direita, partindo as críticas sempre da parte vencida e que independente do lado em que se esteja, o Ativismo sempre será tido como “um exercício arrojado da jurisdição”, no que concerne a assuntos morais e políticos.

Há que se registrar¹³⁷, que até 1937 o *judicial review* norte-americano proporcionou um grau maior de Ativismo Judicial conservador por ocasião do New Deal¹³⁸ em que a Suprema Corte invalidou uma série de leis de intervenção do Estado na economia numa verdadeira batalha institucional com o Presidente Roosevelt, conhecida na expressão *governo dos juízes*.¹³⁹

Esse aspecto bivalente do Ativismo Judicial é bem observado por Carlos Alexandre de Azevedo¹⁴⁰, o qual assinala que os críticos desta expressão a vêem de

135 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em Busca de um Conceito Fugidio: o Ativismo Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 392.

136 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em Busca de um Conceito Fugidio: o Ativismo Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 392.

137 FERNANDES, Stanley Botti. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 242-243.

138 O **New Deal** (cuja tradução literal em português seria “**novo acordo**” ou “**novo trato**”) foi o nome dado à série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e assistir os prejudicados pela Grande Depressão. O nome dessa série de programas foi inspirado no *Square Deal*, nome dado pelo anterior Presidente Theodore Roosevelt à sua política econômica. WIKIPEDIA. Disponível em: <www.wikipedia.org>. Acesso em: 27 nov. 2012.

139 “A expressão ‘governo dos juízes’ não é considerada um despropósito nos Estados Unidos da América, onde o papel político dos juízes está implícito na organização constitucional dos Poderes e onde, mais do que isso, a influência política do Judiciário é tão grande que é possível falar-se numa ‘revolução constitucional’ promovida pelos juízes”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 93.

140 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 548-549.

forma depreciativa, vazia de conteúdo, para afirmar a sua discordância com os resultados dos julgamentos.

Informa ainda que¹⁴¹:

Os conservadores acusavam as decisões liberais da Corte Warren de ativistas, inclusive tendo cogitado do impeachment dos juízes, ao passo que mais recentemente foram os liberais que condenaram como ativistas as decisões conservadoras da Corte Rehnquist, afirmando serem os seus membros os verdadeiros ativistas. Segundo este uso, dizer que uma decisão é ativista consiste apenas em afirmar sua discordância ideológica com a mesma.

Para Toni Fine¹⁴² “o grande debate nos Estados Unidos sobre ativismo judicial é sobre o que é, o que significa, se é bom ou se é ruim. Eu acho que é um conceito muito difícil para definir e para se falar sobre. Nós falamos que o juiz é ativista quando não gostamos da decisão. Quando nós gostamos da decisão, nós dizemos que foi bem analisado e muito bem pensado”.

Observa-se assim que o tema Ativismo Judicial está ainda a suscitar discussões e divergências na tradição estadunidense; todavia é consenso que se trata de um exercício extraordinário de jurisdição, seja de direita ou de esquerda, liberal ou conservador.

1.2.3 Experiências de Ativismo Judicial em outros países

O fenômeno do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política se consagraram no mundo, sobretudo no período pós-guerra com a emergência de Estados Democráticos de Direitos balizados por Constituições de conteúdo principiológico e com ênfase nos Direitos Fundamentais.

141 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 548-549.

142 Entrevista concedida ao Jornal Gazeta do Povo. JORNAL GAZETA DO POVO. Curitiba. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2012.

Há que se ressaltar que muito embora o Ativismo Judicial tenha suas raízes no modelo norte-americano, baseado na Common Law, tal não constitui reserva deste sistema, tendo em conta o advento do Neoconstitucionalismo, “que combina textos fundamentais dotados de forte conteúdo valorativo com novas práticas jurisprudenciais que deem espaço a técnicas interpretativas próprias aos princípios constitucionais, como a ponderação, a razoabilidade e a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, entre outras”¹⁴³.

Boaventura de Sousa Santos¹⁴⁴ assinala que o fenômeno do Ativismo Judicial no mundo se evidenciou mais a partir do final da década de 80, não só nos países latino-americanos, mas também europeus, africanos e asiáticos, cujo favorecimento não se destina apenas à forças políticas conservadoras ou progressistas, mas também à constitucionalização de direitos ordinários de garantia aos cidadãos.

Destaca¹⁴⁵ que esse protagonismo judicial assumiu contornos políticos colocando-se o Judiciário em confronto com os demais Poderes do Estado, em especial com o Executivo, nesse sentido exemplifica que:

Na década de 1990, em Itália, pudemos assistir à prisão, em Milão e Roma, de várias centenas de grandes empresários e políticos no âmbito da grande iniciativa judicial contra a corrupção, a chamada operação mãos limpas (mani pulite), que levou à desestruturação total do sistema político italiano do pós-guerra. Assinalou-se uma atuação destacada dos tribunais e, neste caso, sobretudo do ministério público, o que, aliás, teve seqüelas de expressão política. São atualmente conhecidas as tentativas do governo Berlusconi para tentar domesticar o ministério público e o sistema judiciário em geral, procurando evitar que voltassem a assumir tal notoriedade.

143 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25.

144 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 22.

145 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 22.

Luís Roberto Barroso¹⁴⁶ em convergência à mundialização do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política aponta algumas experiências em países demonstrativas da expansão do Judiciário na esfera política e social.

No Canadá informa¹⁴⁷ que a Suprema Corte foi chamada a resolver o conflito constitucional de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, relata a questão envolvendo as eleições presidenciais entre Bush e Gore, tendo a Suprema Corte decidido o conflito de interesses. Em Israel, evidencia o Ativismo Judicial da Suprema Corte ao decidir a respeito da constitucionalidade da construção de um muro fronteiriço com a Palestina. Na Turquia, assinala a interferência do Judiciário na questão da preservação do Estado laico contra o avanço do fundamentalismo. Apresenta ainda realidades da Hungria e Argentina, em que planos econômicos tiveram a chancela da Corte Constitucional, e da Coreia, cuja Suprema Corte determinou a volta de um Presidente destituído.

Saul Tourinho Leal¹⁴⁸ aponta que na Alemanha e na França as Cortes Constitucionais estão sendo chamadas a se manifestar sobre questões religiosas envolvendo muçulmanos e católicos, como o direito ao uso do véu pela populações muçulmanas nas escolas ou a permissão de se lecionar o islamismo junto ao credo católico e evangélico. Aponta ainda Tourinho experiências de Ativismo Judicial na Suíça, em que se discutiu judicialmente a dispensa de alunas muçulmanas das aulas de natação por implicar mostrarem partes do seu corpo contrariamente aos seus preceitos religiosos; em Israel, destaca que se discutiu na Corte Constitucional a possibilidade de fechar uma rua de Jerusalém durante o shabat; na Itália, destaca

146 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-276.

147 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-276.

148 LEAL, Saul Tourinho. A Nova Face da Jurisdição Constitucional Brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 445-446.

o uso de sentenças de delegação ou de habilitação, em que a Corte Constitucional determina a necessidade de se fazer uma lei cujas diretivas são traçadas por ela própria, como no caso da declaração de inconstitucionalidade do monopólio público da rádio e da televisão, cuja lei foi elaborada atendendo aos preceitos constitucionais determinados pela Corte Constitucional.

O Ativismo Judicial está presente também na Índia, onde conforme informa Tourinho¹⁴⁹, a Suprema Corte daquele país edita “diretivas”, que são mandamentos voltados à concretização da Constituição. Exemplifica situações em que a Corte em forte grau de Ativismo determinou a forma de financiamento dos puxadores de riquixás (Rikschaw Pullers); a forma de coleta, doação e armazenamento de sangue; o modo de realização da educação ambiental; a educação que filhos de prostitutas devem ter além de outras questões envolvendo a condução das políticas públicas.

Com base nas experiências mundiais retratadas, pode-se concluir que o Ativismo Judicial não se trata de um fenômeno restrito a certos países, mas de uma tendência global rumo ao avanço do Judiciário na política e nas relações social, o que contudo deve encontrar limites na própria Constituição como garantia do princípio democrático e da harmonização das relações entre os Poderes.

1.2.4 As Bases do Ativismo Judicial no Brasil

Segundo Elival da Silva Ramos¹⁵⁰, “o primeiro elemento de impulsão do ativismo judiciário está relacionado ao modelo de Estado que o constitucionalismo

149 LEAL, Saul Tourinho. A Nova Face da Jurisdição Constitucional Brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 445-446.

150 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 268.

pátrio vem prestigiando desde a Carta de 1934: o Estado democrático-social¹⁵¹, de perfil intervencionista”.

Contudo, as bases do Ativismo Judicial no Brasil remontam basicamente ao período pós-ditadura e à promulgação da Constituição de 1988, ocasião em que uma série de direitos individuais e sociais foram incorporados ao texto constitucional conferindo aos cidadãos amplo acesso à justiça, notabilizando-se desta forma a expansão do Poder Judiciário para a resolução dos conflitos, que anteriormente ao regime democrático exercia na maioria das vezes uma papel de passividade próprio dos regimes autoritários.

Conforme relata Barroso¹⁵²:

Nos últimos vinte anos, o Judiciário ingressou na paisagem institucional brasileira. Já não passa despercebido nem é visto como indiferença ou distanciamento. Há mais uma razão para esse fenômeno. A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses. Além disso, o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo.

Ressalta Clarice Tassinari¹⁵³ que os primeiros debates sobre Ativismo Judicial iniciaram no Brasil com a redemocratização e conseqüente promulgação da Constituição de 1988, a qual foi contou com uma numerosa série de direitos sociais,

151 “O Estado social-democrático, em contraposição ao Estado absenteísta do liberalismo, é um Estado atuante, que a tudo provê e que em tudo intervém. Esse intervencionismo estatal se verifica, especialmente, por meio das funções de governo, legislativa e administrativa.” RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 270.

152 BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 373.

153 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23.

a possibilidade do controle de constitucionalidade difuso e concentrado, assumindo o Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo cumprimento da Constituição.

Ao traçar um paralelo entre Brasil e Estados Unidos, destaca Tassinari¹⁵⁴ que:

[...], nos Estados Unidos, país onde surgiram as primeiras reflexões sobre este tema, a discussão a respeito do ativismo judicial é realizada desde 1803, ou seja, há pelo menos dois séculos que a doutrina norte-americana vem enfrentando tal problemática. O contexto brasileiro, todavia, apresenta um diferencial a respeito disso, pois o crescimento e a intensidade da participação do Judiciário no Brasil, apenas ocorreu a partir da Constituição de 1988, quando, rompido com a ditadura, criou-se um ambiente propício – democrático, portanto, ao desenvolvimento da ideia de concretização de direitos aos cidadãos. Em outras palavras, foi somente com a noção de *constitucionalismo democrático* – e justamente em razão disso – que se começou a pensar a atuação do Judiciário a partir de uma perspectiva ativista.

A partir da Constituição de 1988, pela redemocratização alargaram-se os horizontes de acesso ao Judiciário, considerando sobretudo a ampliação dos legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, a possibilidade de associações ajuizarem demandas em nome de seus associados, a redefinição do papel do Ministério Público e o desenvolvimento de um novo conceito de assistência judiciária e de acesso à justiça. No período autoritário da história brasileira as ações populares e civis públicas, embora presentes, não eram exercitadas com tamanha frequência como após o período de 1988¹⁵⁵.

Dessa retrospectiva histórica decorre que o Ativismo Judicial no Brasil está diretamente relacionado com o fenômeno da Judicialização da Política, constituindo o período pós 88 o ambiente propício para o desenvolvimento de ambos.

154 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

155 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 25.

Na oportuna lição de Pedro M. Abreu¹⁵⁶:

O Judiciário, com a consolidação política da democracia no Brasil, tem sido exigido cada vez mais não só por uma estonteante explosão de conflitos individuais, de molde a expor dramaticamente sua ineficiência funcional numa sociedade em profunda transformação, mas principalmente por lhe serem cobrados novos papéis na agenda política, econômica e social do país. Por conta de decisões recentes, que compeliram o Executivo, o Legislativo e a sociedade ao cumprimento da ordem constitucional, o Judiciário saiu do cenário de discrição, que sempre marcou sua atuação política, para uma visibilidade expansiva, decidindo sobre questões cada vez mais graves e de repercussão na vida nacional.

Vislumbra-se assim neste cenário contemporâneo um nova postura do Magistrado comprometida com a efetivação dos direitos e com a realização da justiça na órbita constitucional. Trata-se de um fenômeno global decorrente de Sociedades democráticas exigentes de um Judiciário forte, independente e atuante e amparadas pela força normativa da Constituição.

¹⁵⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 318.

CAPÍTULO 2

O PERFIL DO JUIZ ATIVISTA E SUAS CRÍTICAS

2.1 O PERFIL CONTEMPORÂNEO DO JUIZ ATIVISTA

A complexidade do mundo atual com a diversidade de interesses, pensamentos e tendências exige do Juiz uma postura ativista na interpretação do direito desenhado sob um Estado Democrático de Direito Social.

A antiga concepção mecanicista do Magistrado “boca da lei”¹⁵⁷ encontra-se superada na medida em que a atuação de um Judiciário forte e independente é pressuposto para a realização da Justiça, a qual não raro não se enquadra na moldura da lei.

Nas palavras de Antonio Carlos Wolkmer¹⁵⁸:

O juiz é plenamente soberano na esfera de ação em que atua, podendo, por si mesmo, determinar as normas e as regras de aplicação necessárias. A atitude do juiz em relação à lei não se caracteriza jamais pela passividade nem tampouco será a lei considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos; a lei se constitui em um outro elemento entre tantos que intervêm no exercício da função jurisprudencial.

As transformações sociais e políticas vivenciadas sobretudo a partir do pós-guerra, a queda de regimes autoritários em todos os continentes, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, acompanhada da constitucionalização de direitos, contribuíram em conjunto para a transformação de um Judiciário atrelado ao

157 “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175.

158 WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 145.

Positivismo Legalista para um verdadeiro Poder garantidor de direitos individuais e sociais através de seus agentes político-jurídicos.

Nos dicção de Regis Fernandes de Oliveira¹⁵⁹:

Que o juiz se conscientize dos valores da democracia e seja autor da grande peça que se chama vida, lutando pelo efetivo asseguramento dos direitos do homem; que o juiz aplique os princípios do direito para interpretar a norma; que haja compromisso de fé na luta pelos direitos de todos e que deixe o magistrado de ser um mero assistente dos problemas sociais e torne-se agente de transformação.

O juiz do século XXI, na visão de Nalini¹⁶⁰, é aquele aberto à inovação e pronto para os desafios sem preconceitos e bloqueios de conservadorismos, “de um estrita visão da realidade, de uma calcificação conceitual que impede o progresso.”

2.1.1 O Juiz como Agente Político-Jurídico

O homem na concepção aristotélica¹⁶¹ é indissociável da política¹⁶², pois na medida em que vive em sociedade deve se conformar às regras de convivência que garantem o bem comum.

O juiz, a par de sua natureza humana inerente, por ser um agente de transformação social exerce um papel político destacado.

159 OLIVEIRA, Regis de. **O Juiz na Sociedade Moderna**. Coordenação de Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997. p. 80.

160 NALINI, José Renato. **Ética para um Judiciário Transformador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

161 “É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem”. ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. Bauru: Edipro, 2009. p. 16.

162 “Corpo de doutrinas, indispensáveis ao bom governo de um povo, dentro das quais devem ser estabelecidas as normas jurídicas necessárias ao bom funcionamento das instituições administrativas do Estado, para que assegure a realização de seus fundamentais objetivos, e para que traga a tranquilidade e o bem-estar a todos quantos nele se integrem.” SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 617.

Para Garapon e Allard¹⁶³, “os juízes são investidos de uma função que os obriga a prever e a ponderar as conseqüências das suas decisões, o que constitui uma virtude política”.

A atuação do juiz agente político, preconiza Heliana Maria de Azevedo Coutinho¹⁶⁴, constitui um vetor de transformação e de ordenação social, um instrumento formador de opinião pública, com capacidade de intervenção no tecido social, no sentido de explicitar, por meio do processo, os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Aponta Dallari, por sua vez, que é preciso reconhecer que o papel político do juiz não se subsume a opções partidárias, tampouco lhe tira a autenticidade e a legitimidade de suas decisões, na medida em que o juiz consciente dessa politicidade interpretará o direito na conformidade do contexto social em que se insere visando a diminuir a desigualdade social¹⁶⁵.

É preciso ter em mente, por outro lado, que o juiz além de ser integrante de um Poder político e aplicador das normas jurídicas, que também são políticas, exerce sua cidadania política pelo voto, sendo então inconcebível que na sua escolha política fique indiferente ao resultado político de uma eleição. Assim, “ele deve querer, como é óbvio, que sejam vencedores o candidato e o partido de sua preferência, aqueles que, segundo sua avaliação política, são os mais convenientes para representar o povo, por defenderem, quanto aos direitos fundamentais, as ideias mais compatíveis com a justiça”¹⁶⁶.

Esta complexidade política da figura do juiz torna igualmente a realização do direito uma tarefa complexa porquanto pressupõe o exercício subjetivo do intérprete e do aplicador da lei.

163 GARAPON, Antoine et al. **Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito**. Tradução de Rogério Alves. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2005. p. 85.

164 COUTINHO, Heliana M. de A. **O Juiz Agente Político**. São Paulo: Copola, 1998. p. 144.

165 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 96.

166 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87.

No entender de Carlos Maximiliano¹⁶⁷, “interpretar não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.”

Cappelletti¹⁶⁸ enuncia que “interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar.”

Assim, o juiz na acepção político-jurídica é caracterizado como um ser pensante e agente de transformação social inserido numa sociedade complexa e por demais litigiosa dado o progressivo conflito de interesses e a criação de novos direitos, sendo por isso chamado a exercer um papel institucional político e pró-ativo visando à concretização de tais direitos.

Neste contexto, destaca João Maurício Adeodato¹⁶⁹:

[...] o juiz deixa de ser considerado neutro, pois, na sociedade complexa, espera-se dele (e do Estado em geral) uma concretização de sucessivas gerações de direitos, que não têm mais caráter meramente declaratório e de respeito passivo, como os direitos fundamentais individuais, mas exigem intervenção para serem realizados, como é o caso dos direitos à saúde e ao meio ambiente. Isso faz o judiciário assumir também um papel político, como se percebe da superexposição de juízes nos meios de comunicação, outro fator que não tem apenas interesse sociológico, mas também diz respeito ao tema dos papéis dos poderes.

Neste compasso político-jurídico, o Ativismo Judicial revela-se um instrumento indispensável para a jurisdição, porquanto permite ao juiz pautar suas decisões numa dimensão principiológica, moral e política que não se limita à literalidade de um texto legal.

167 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 8.

168 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. p. 21.

169 ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 164.

É pois o juiz agente político-jurídico um criador do direito e elemento indispensável à integração da norma para solucionar o caso concreto, ocasião em que faz “um juízo político social de escolha de valores e premissas dos Princípios do Direito e da interpretação da lei”¹⁷⁰.

Em última análise, Pedro M. Abreu¹⁷¹ em destacada síntese do papel político jurídico do juiz ensina que o dever fundamental do juiz é fazer justiça, devendo pois se afastar dos legalismos inócuos que bloqueiam o processo de criação do direito no caso concreto expresso na sentença, conferindo “o caráter injuntivo que lhe permite impender, na sentença, seu papel institucional de construtor de uma ordem jurídica justa, comprometida com os valores e os princípios ético-sociais que a sociedade pretende observar”.

2.1.2 Fundamentos da Política Jurídica

A Política Jurídica se assenta na ideia de proporcionar meios racionais para a convivência pacífica dos seres humanos em harmonia com os demais, integrando ao direito valores como ética e justiça.

Para Maria da Graça dos Santos Dias¹⁷²:

O Direito somente quando fecundado pela Política Jurídica avaliará seus fundamentos, comprometer-se-á com as mudanças sócio-econômicas e utilizará os meios oferecidos pela técnica legislativa e judiciária e pelas práticas sociais para a construção de territórios éticos comprometidos com o atendimento das necessidades sociais e com a consecução de seu objetivo último: o bem comum.

Osvaldo Ferreira de Melo¹⁷³ qualifica a Política Jurídica como sendo o estudo do direito que deve ser ou que deva ser feito ao invés do direito que é, razão

170 COUTINHO, Heliana M. de A. **O Juiz Agente Político**. São Paulo: Copola, 1998. p. 73.

171 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 313.

172 DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 86.

173 MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. p. 35.

pela qual se diferencia da Ciência Jurídica, considerando esta um sistema fechado de normas positivas.

A realidade jurídica compreende um universo maior que o das normas positivadas, explica Maria da Graça dos Santos Dias, sendo papel da Política Jurídica, na compreensão do fenômeno jurídico-social, realizar a avaliação crítica do direito – dever ser – considerando a conformidade da norma jurídica às exigências da vida em Sociedade¹⁷⁴.

Enfatiza ainda Ferreira de Melo¹⁷⁵ que a Política Jurídica, numa dimensão de práxis, necessita “alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro, pelo útil, sem descuidar da necessária segurança jurídica e sem por em risco o Estado de Direito”.

Neste contexto, a produção da norma justa não se enquadra apenas nos limites dos ditames da lei, mas considera em conjunto a realidade dos fatos e o valores de uma Sociedade no tempo presente de forma a atender aos interesses e às necessidades da comunidade em que está inserida.

Acerca da relação dos valores de uma Sociedade com o Direito, sustenta Moacyr Motta da Silva¹⁷⁶ que o Direito visto como um meio de regular as relações humanas em Sociedade possui também valores éticos e culturais criados pela própria Sociedade de forma a explicá-lo como um fenômeno social e cultural.

Miguel Reale¹⁷⁷, ao abordar a Teoria Tridimensional do Direito¹⁷⁸, pondera com razoabilidade que:

174 DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 83.

175 MELO, Osvaldo Ferreira. **Temas Atuais da Política Jurídica**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 19-20.

176 SILVA, Moacyr Motta da. **Reflexões sobre Política e Direito**: Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 12 dez. 2012. p. 357.

177 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 96.

Na realidade, não nos é possível enunciar uma norma jurídica obedecendo a conexões lógicas *a priori* do pensamento *in abstracto*, ainda quando nos propomos atingir hipoteticamente um resultado; nem podemos conceber a norma jurídica como uma relação neutra e objetiva, como se fosse simples cópia ou retrato de conexões de natureza factual. Toda norma jurídica assinala uma tomada de posição perante os fatos em função tensional de valores.

De outro lado, a tradicional dogmática jurídica se ocupa de decifrar o justo nos parâmetros estritos da legalidade fundando-se na Teoria Pura do Direito, como bem enuncia Luiz Alberto Warat¹⁷⁹:

[...] a Teoria Pura do Direito limita-se ao conhecimento normativo do Direito e exclui deste conhecimento qualquer contribuição proveniente da filosofia da justiça e das ciências causais (da natureza e da sociedade), sua orientação é bastante semelhante à chamada Ciência Dogmática do Direito. Ambas procuram alcançar seu resultado exclusivamente através das normas jurídico-positivas.

É assim missão do político do direito lidar com os fatos sociais, os valores e normas no decorrer de sua experiência jurídica e se afastar dos denominados legalismos estéreis, vazios de conteúdo e de utilidade, buscando “um direito que reflita a realidade e a esperança social de um novo devir; um direito comprometido com o justo, o ético, o legítimo e o necessário”, na exata reflexão de Artemio A. Miola¹⁸⁰.

Luís Roberto Barroso¹⁸¹, numa visão crítica do Direito, aponta que:

178 “[...] , o termo ‘tridimensional’ só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático-axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77.

179 WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. v. 2. p. 157.

180 MIOLA, Artemio A. **O Papel da Política Jurídica na Construção de um Novo Paradigma para o Direito**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica)—Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2006. p. 73.

181 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316.

Uma das teses fundamentais de pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à ideia de completude, de auto-suficiência e de pureza, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito).

Para tanto, a Política e o Direito devem andar juntos, pois o Direito necessita da Política para renovar-se continuamente na fonte das mediações, e esta necessita daquele para objetivar em realidades e em valores a sua atividade quase sempre dispersiva e pragmática, ou seja, objetivá-la em sistemas de princípios e normas, formal e materialmente válidos¹⁸².

O Direito precisa ser autônomo à Política, para a subsistência do Estado de Direito e para garantir a confiança da Sociedade nas instituições judiciais; todavia, haverá que ser uma autonomia relativa, para que não haja a prevalência nem de um nem de outro. “A razão pública e a vontade popular – o direito e a política , se possível com maiúscula – são os dois pólos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação.”¹⁸³

A Política Jurídica representa pois um binômio indissociável sem o qual a realização do Direito não se completa. Ela deve ser construída a cada dia na sistematização complexa da dinâmica social, na integração dos valores, na visão do justo, do útil e do ético, buscando num constante agir a quebra de paradigmas que impedem a criação e a renovação do Direito e em última análise a valorização da dignidade do ser humano e a sua relação com o mundo que o cerca.

182 MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. p. 21.

183 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 270.

A vida do Direito – na concepção de Maria da Graça dos Santos Dias¹⁸⁴ – dever ser animada pelo dinamismo próprio da vida da Sociedade, e à Política Jurídica impõe garantir a satisfação de demandas e os anseios de Justiça, tendo em conta o respeito à dignidade humana e o exercício pleno da cidadania.

Na visão crítica de Warat¹⁸⁵, a Política Jurídica se situaria como “uma forma de emergência do utópico, entendido como aposta do improvável”, uma ética do improvável, ou uma prática política da esperança.

É bem verdade que a Política Jurídica guarda uma natureza utópica na medida em que o ideal de justo com o seu componente filosófico não traduz o vivenciado na vida concreta inserida num mundo de explosões de conflitos e de ideologias diametralmente opostas e inconciliáveis. Nada obstante, serve a Política Jurídica como norte para a construção de um ideal de esperança para um futuro melhor e de transformação, servindo pois como um paradigma a ser seguido e observado por um juiz de perfil ativista.

2.1.3 A Formação do Juiz Contemporâneo

O complexo papel institucional desempenhado pelo juiz na Sociedade contemporânea exige deste profissional político do direito uma sólida formação científica de conhecimentos interdisciplinares conjugada sobretudo com um embasamento ético-filosófico voltado para o humanismo.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁸⁶:

O mundo contemporâneo necessita do juiz-jurista (o técnico com boa formação profissional, capaz de resolver a causa com propriedade e adequação), do juiz-cidadão (com percepção do mundo que o circunda,

184 DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 87.

185 185 MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. p. 13.

186 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A Função Jurisdicional no Mundo Contemporâneo e o Papel das Escolas Judiciais**. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07 dez. 2012. p. 8.

de onde veio a causa que vai julgar e para onde retornarão os efeitos da sua decisão), do juiz moral (com a ideia de que a preservação dos valores éticos é indispensável para a legitimidade de sua ação), do juiz-administrador (que deve dar efetividade aos procedimentos em que está envolvido, com supervisão escalonada sobre os assuntos da sua vara, do foro, do tribunal, dos serviços judiciários como um todo).

A visão simplista de mundo desenhada nos séculos passados marcada pelo individualismo, não se encontra mais presente. Eram tempos em que comunidades viviam isoladas em seus compartimentos, a ciência não evoluira e os movimentos democráticos ainda estavam represados por mãos de ferro.

No mundo atual, massificado pela globalização e a diáspora de ideias conflitantes convivendo em ambientes democráticos, o direito passou a ser analisado sob diferentes ângulos com subjetividades acentuadas culminando num Estado Democrático constitucionalizado em direitos.

Assinala Abreu¹⁸⁷ que “esse mundo novo globalizado em que vivemos, em profunda transformação, prenuncia uma nova relação entre o homem e o seu mundo, nas relações individuais e coletivas, tecendo novos rumos para a civilização e para a ciência jurídica”.

É nesta complexidade e intrincada Sociedade contemporânea que se insere o juiz do século XXI, cuja missão de agente político-jurídico e intérprete da transformação social não poderá prescindir de uma formação voltada a esta realidade.

Exige-se numa visão futurista interdisciplinar, “um profissional versátil, de formação humanista e teórica sólida, apto a entender as mudanças sociais, políticas e econômicas, para que o estrito conhecimento do direito é insuficiente”.¹⁸⁸

187 ABREU, Pedro Manoel. A Formação, os Desafios e o Perfil do Jurista Orgânico no Novo Milênio. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 100. p. 17.

188 ABREU, Pedro Manoel. A Formação, os Desafios e o Perfil do Jurista Orgânico no Novo Milênio. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 100. p. 19.

Boaventura de Souza Santos¹⁸⁹ assinala que “a interdisciplinariedade é importante para que o juiz possa decidir adequadamente as novas questões complexas, que exigem mais conhecimentos de outras áreas do que jurídicos.”

Por sua vez, Volnei Ivo Carlin¹⁹⁰ retrata a ética¹⁹¹ judiciária como o ingrediente fundamental desta formação, na medida em que “exterioriza uma qualidade pessoal e indispensável do juiz, de quem se deve exigir um nível de conduta superior, com o intuito de melhor orientá-lo no controle da aplicação do direito.”

Considera ainda Carlin¹⁹² que:

A atividade jurisdicional impõe uma deontologia indispensável e internamente ligada à noção do juiz, pois se é grande a responsabilidade ética de quem elabora a lei, não é menor a daqueles que têm de apreciá-las. A lei, em sua generalidade, difere do ato jurisdicional, que se aplica ao caso concreto e pressupõe a realização da Justiça que, com certos caracteres, torna-se imutável.

Há que se considerar que um dos entraves à boa formação não somente do magistrado, mas como de todo profissional do direito, está na má qualidade do ensino jurídico, em que as disciplinas dos cursos de direito são ministradas do ponto de vista estritamente legal-positivo, com a leitura de códigos e legislações, sem que haja uma visão crítica e sistêmica do ordenamento jurídico em interação com outros ramos do saber e que possa levar a uma reflexão para a realização da justiça.

Neste ponto, assinala Dallari¹⁹³:

189 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 96.

190 CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica: Ética e Justiça**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 53 e 85.

191 “Ética é a atribuição [também subjetiva] de valor ou importância a pessoas, condições e comportamentos e, sob tal dimensão, é estabelecida uma noção específica de Bem a ser alcançado em determinadas realidades concretas, sejam as institucionais ou sejam as históricas” PASOLD, Cesar Luiz. **O advogado e a advocacia**. 3. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC, 2001. p. 141.

192 CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica: Ética e Justiça**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 85.

193 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30.

Na realidade, o que se deve fazer, em primeiro lugar, é reforçar nos cursos de Direito, para todos os alunos, a formação humanística, estimulando a aquisição de conhecimentos sobre história e a realidade das sociedades humanas, para que o profissional do direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais. A par disso, devem ser transmitidas noções básicas de disciplinas relacionadas com os comportamentos humanos, como a antropologia, a sociologia e a psicologia, pois, seja qual for o conflito jurídico, esses aspectos sempre estarão presentes e é importante que o profissional do direito saiba reconhecê-los.

Há que considerar ainda para a formação do magistrado contemporâneo a necessidade de seu acompanhamento e atualização durante toda a sua trajetória na carreira.

O Judiciário já atribuiu à Escola da Magistratura a missão de formar candidatos a magistratura e de fornecer aos tribunais o resultado do aproveitamento e a avaliação da conduta aferida durante a permanência em cursos de aperfeiçoamento, os quais são voltados também para a formação ética do magistrado e ao cumprimento de seus deveres fundamentais, enfatizando o humanismo e a capacidade de gestão judiciária.¹⁹⁴

Torna-se indispensável assim prover a realização periódica de cursos de aperfeiçoamento e de formação pelas Escolas de Magistratura, sob pena de tornar o magistrado um mero tecnocrata aplicador da lei e em desconformidade com a dinâmica do direito assumida nos tempos modernos exigente de uma visão além de jurídica, mas em conformidade com questões éticas e humanísticas.

2.1.4 O Juiz Hércules de Dworkin

Na concepção de Dworkin o juiz nem sempre encontra a resposta correta para o problema que lhe é apresentado com base exclusivamente na aplicação do

194 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008. p. 347.

texto legal, sendo preciso nos denominados “casos difíceis”¹⁹⁵ se recorrer à ponderação dos princípios os quais jamais se anulam na medida em que o direito é visto na integridade e na coerência de um sistema.

Acentua Stanley Botti Fernandes¹⁹⁶:

Dworkin quer afiançar que a lógica de aplicação dos princípios, diferente da das regras, não está vinculada à validade ou invalidade deles, mas ao seu conteúdo. Dependendo de quanto o conteúdo – que geralmente expressa um valor – for importante para o caso, o princípio terá um peso maior ou menor. Os princípios, portanto, enunciam uma razão que conduz o argumento em uma determinada direção. Como um pêndulo, os princípios podem inclinar a decisão judicial numa ou noutra direção, dependendo do peso relativo de cada um dos princípios que eventualmente forem confrontados no caso particular.

O direito para Dworkin¹⁹⁷ deve ser construído pelo intérprete com base em experiências anteriores, como um romance em cadeia, levando adiante uma história para o futuro com base no que faz agora.

Na lição de Fernando Vieira Luiz¹⁹⁸, ao interpretar Dworkin, “a decisão judicial deve ser vista como um romance escrito a várias mãos, no qual cada julgador representa um romancista na corrente. Logo, o juiz deve ler tudo o que foi julgado até então, para entender a história institucional do Direito, ou seja, o que seus antecessores construíram coletivamente, levando adiante esta empresa”.

195 “Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes Editora. 2ª ed. , 2010. p. 306.

196 FERNANDES, Stanley Botti. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 247.

197 DWORKIN, Ronald. **Um questão de princípio**. Trad.: Luis Carlos Borges. Martins Fontes Editora, p. 238.

198 LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 174.

Werneck Vianna¹⁹⁹ por sua vez entende que o chamado romance em cadeia corresponde a um processo não interrompido de criação do direito exigindo uma interpretação construtivista de cada juiz em suas decisões, mormente quando em discussão um *hard case*, partindo de “uma teoria que satisfaça a condição de se apresentar como uma reconstrução racional da ordem jurídica de que ele faz parte”.

Essa interpretação construtivista porém não implica que ao juiz seja dada ampla discricionariedade para decidir, na medida em que nos conflitos de direitos deverá haver apenas uma resposta correta idealizada no modelo de Hércules, o qual para Dworkin seria o juiz ideal, que dotado de sabedoria infinita poderia resolver com coerência e integridade os casos que lhe são submetidos, conhecedor de toda a história das decisões judiciais, os valores políticos da comunidade, sintetizando a sua pessoa numa espécie de super-homem com conhecimento de todo o ordenamento jurídico e capaz de encontrar a única resposta correta para todos os casos²⁰⁰.

O paradigma de Dworkin é o da ação de Hércules, “protetor das minorias contra as injustiças praticadas pelas majorias, e do herói que se afirma no campo dos princípios, intérprete do *law as integrity*, isto é, do direito como um conjunto indivisível dos princípios e valores que, à diferença daqueles do direito natural, se acham sedimentados historicamente e compartilhados socialmente.”²⁰¹

Há que se ponderar contudo que o juiz Hércules é uma abstração idealizada, uma metáfora contextualizada para exemplificar situações que melhor justifiquem o direito como integridade e que sirva de parâmetros para os juízes da realidade.

199 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 36.

200 LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 175.

201 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 35.

Conforme destaca Dworkin²⁰², “servimo-nos de Hércules para fazer uma abstração desses problemas de ordem prática, como deve fazer qualquer análise bem fundada, para assim podermos ver quais soluções de compromisso os juízes reais consideram necessárias enquanto compromissos com o direito”.

No contexto do Ativismo Judicial, vislumbra-se o juiz Hércules de Dworkin como aquele capaz de dar a única resposta correta aos casos difíceis, o que prescindiria qualquer discricionariedade do julgador; todavia, como se trata de um modelo imaginário e utópico, há que se ponderar que a discricionariedade própria dos juízes mortais é inerente ao ato de interpretar e aplicar o direito, o que não implica decisões deliberadas e distanciadas dos referenciais jurídicos próprios de uma ordem constitucional de integridade e coerência.

2.1.5 O Judiciário como Legislador Positivo ou Negativo

A criação do direito não se subsume apenas à atividade legislativa, com a edição do texto legal. A tarefa do legislador ainda que imprescindível para a criação do direito permanece estática e imutável frente à dinâmica dos fatos em Sociedade.

É preciso dar vida ao texto legal e interpretá-lo para a produção da norma jurídica, pois segundo Eros Grau “a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma, a partir do texto e dos fatos”²⁰³.

Para Grau²⁰⁴, discorrendo sobre o dinamismo do direito, “perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em

202 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Martins Fontes Editora. 2ª ed., 2010. p. 455.

203 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66.

204 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 58.

conflito com a realidade, e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais”.

O Judiciário aparece então como o intérprete autêntico do texto legal, aplicando-o em conformidade com os preceitos constitucionais de um ordenamento jurídico.

A ideia de um Judiciário positivo ou negativo revela em ambos os casos o exercício do Ativismo Judicial, na medida em que positivamente estará preenchendo lacunas legislativas e inoperâncias de governo, e negativamente, irá atuar sobretudo no controle de constitucionalidade ao declarar a inconformidade do texto legal com a moldura da Constituição.

Nesse sentido, observa Dimitri Dimoulis²⁰⁵ a ocorrência de uma mudança de equilíbrio entre os poderes estatais, em que o Judiciário atua de forma próxima a um legislador positivo, suprimindo lacunas e decidindo contrariamente aos textos legais, o que pode ser denominado de Ativismo Judicial cuja receptividade se mostra favorável pela crítica.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁰⁶ destaca que o Judiciário ao agir positivamente assume uma função política o que caracteriza a Judicialização da Política, porquanto “conquanto apoiado na lei, não visa a mera adequação formas dos atos governamentais, mas os condiciona no conteúdo e, mais, chega a impor a sua adoção e efetivação. Estende-se, portanto, à área política antes reservada aos demais Poderes, aqui incluído o Legislativo”.

205 DIMOULIS, Dimitri. Além do Ativismo e do Minimalismo Judicial no Campo dos Direitos Fundamentais. Justificação Jurídica de Decisões e Competências. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 262-263.

206 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Papel Político do Judiciário e suas Implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 224.

Na lição de Eduardo Cambi²⁰⁷:

[...], em um Estado Constitucional de Direito, os conflitos insuperáveis devem ser resolvidos, pela via interpretativa, mediante a ab-rogação ou a anulação das normas inválidas ou, em caso de lacuna, pela introdução da norma faltante. Afinal, na ausência de leis, excluir a possibilidade da integração judicial do ordenamento jurídico teria como consequência o esvaziamento dos direitos reconhecidos na Constituição. Logo, o dogma de que o Judiciário deve atuar apenas como legislador negativo pode ser rompido toda vez que, reconhecendo a inefetividade de um direito fundamental, seja assegurada a sua realização concreta.

Este controle positivo do Judiciário se manifesta sobretudo na determinação de políticas públicas comprometidas com a implementação de direitos fundamentais na área da saúde, segurança e educação, cujas decisões se pautam em normas principiológicas e em promessas constitucionais.²⁰⁸

Por certo contudo que referido controle exercido pelo Judiciário não poderá ultrapassar os limites substanciais da Constituição, adentrando indiscriminadamente no mérito das competências legislativas e executivas, conforme adverte José Herval Sampaio Júnior²⁰⁹:

[...] não pode esse Poder realizar políticas públicas, escolhendo quais as prioridades de governo ou, por exemplo, legislando de um modo genérico, daí porque a sua possível interferência nas ações dos outros Poderes, tem como marco inicial o desrespeito à Carta Magna e não se pode permitir ilações que conduzam ao toque meritório nas esferas de atribuições do Executivo e Legislativo, ou seja, a oportunidade e conveniência para a confecção das leis e edição de atos administrativos.

Percebe-se pois que para o exercício do controle judicial diante da inefetividade dos demais Poderes, mostra-se imprescindível que o Judiciário se imponha como um Poder legitimado pela Constituição a agir positivamente e

207 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 295.

208 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Papel Político do Judiciário e suas Implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 225.

209 SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: Autoritarismo ou Cumprimento dos Deveres Constitucionais?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 413.

negativamente dependendo em ambos os casos da natureza da lesão ocasionada ao texto constitucional. Se se tratar de uma edição de lei ou ato normativo violadores dos preceitos constitucionais, caberá apenas o seu expurgo do sistema jurídico; por outro lado, havendo um comportamento omissivo e não condizente com as normas principiológicas da Constituição, deverá o Judiciário agir no sentido de garantir o cumprimento da Constituição suprimindo a inação dos agente públicos eleitos.

Não se trata – diga-se – de uma invasão de competências ou de quebra do princípio da separação dos poderes, mas na aplicação do conjunto de princípios e normas do ordenamento jurídico formadores de um sistema coerente e lógico tendo em vista, como resultado, a justiça da decisão como garantia de um Estado Democrático de Direito.

2.2 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

O Ativismo Judicial decorrente de um Judiciário compromissado em garantir a efetivação dos direitos constitucionais aos cidadãos é tido como salutar num Estado Democrático Direito.

Por outro lado, quando este Ativismo Judicial transborda de seus limites e invade sem razoabilidade a competência dos outros Poderes, assiste-se à chamada “Juristocracia”²¹⁰, expressão cunhada por Ran Hirschl, consubstanciada na progressiva atuação do Judiciário e na consequente restrição dos órgãos político-majoritários numa mudança dos parâmetros político-decisórios da democracia e de desequilíbrio da relação entre os Poderes.

Do debate entre a legitimidade de um maior ou menor grau de Ativismo Judicial é que nascem as críticas sobre a sua validade, limites ou possibilidades, conforme os tópicos a seguir delineados.

210 HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy:** the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University, 2004.

2.2.1 Risco para a Legitimidade Democrática

Os juízes em muitos países, principalmente de tradição romano-germânica, são selecionados para exercerem as suas funções mediante concursos de provas e títulos, em que a aptidão e vocação do candidato é aferida por uma banca examinadora composta em sua grande maioria por membros de tribunais.

Por sua vez, os membros do Parlamento e do Executivo são escolhidos pelo voto popular em regimes democráticos, obedecendo ao princípio de que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, numa autêntica democracia indireta.

Jeremy Waldron²¹¹ assinala que:

A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma assembléia – os muitos, a multidão, o populacho (ou seus representantes). Os juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. Se não estão sozinhos na banca, estão rodeados por um número bem pequeno de íntimos de distinção similar, com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número – talvez até centenas de vezes maior.

Para o jurista e filósofo neozelandês a existência de desacordos morais razoáveis na Sociedade, como por exemplo nas questões envolvendo aborto, eutanásia, uniões homoafetivas, clonagem humana, não autorizariam o Judiciário a tomar decisões cujas razões nem sempre seriam as mais corretas e democraticamente discutidas de forma majoritária.

Como bem salienta Waldron²¹² “é possível que diferentes juízes alcancem diferentes resultados, mesmo quando eles acreditam estarem diante da resposta

211 WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 37.

212 WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University, 1999. p. 187.

correta, e nada sobre a ontologia de respostas corretas dá a nenhum deles razão para pensar que sua visão pessoal é mais correta do que qualquer outra visão”.

Jorge Munhós de Souza²¹³ explica em síntese o pensamento crítico de Waldron com enfoque na obra *Direito e Desacordo*, nos seguintes termos:

No coração do pensamento de Waldron está o desacordo: “Há muitos de nós, e discordamos sobre a justiça”. Com essa frase o jurista neozelandês inicia seu livro “Direito e desacordo”. Ele não busca construir uma teoria da justiça capaz de oferecer uma compatibilização substantiva possível desses desacordos. Sua pauta teórica é diferente. Busca analisar como é exercida a autoridade, mesmo diante do desacordo reinante. Isso seria o foco de uma teoria da autoridade ou da democracia. Tudo isso fica mais claro quando Waldron exemplifica o desacordo diante de casos difíceis como aborto, casamento gay, ações afirmativas e questões distributivas. A grande observação de Waldron é que nesses casos, mesmo permanecendo o desacordo, o que se verifica em um sistema de controle judicial é a superação da vontade manifestada nos ramos majoritários pela vontade da corte. Dessa forma, a associação entre o pluralismo social, as dificuldades de interpretação de cláusulas de textura aberta e a existências de casos difíceis refletiria que no fim das contas um sistema de controle judicial seria indesejável como mecanismo democrático de dissolução de desacordos. Continuar-se-ia a decidir pela contagem de cabeças, mas agora pelas dos integrantes de um tribunal e não pelas do povo. E, ainda assim, o desacordo permaneceria, com o vício de não respeitar mais a igualdade (que se manifesta no direito individual de participar da vida política) e ferir as demandas por legitimidade democrática.

O Judiciário afigura-se assim um Poder atípico dos demais pela forma como são escolhidos seus integrantes, sem a participação popular, o que suscita críticas quanto a possibilidade de haver por parte deste Poder uma intervenção demasiada na interpretação e na aplicação do direito, na medida em que não é escolhido pelo povo e portanto não estaria a representar a sua vontade.

213 SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo Institucional: em algum lugar entre as Teorias da Supremacia*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 318-319.

Assevera Luiz Flávio Gomes²¹⁴ que um dos maiores ataques à magistratura é a do exercício de atividade antidemocrática por não serem sufragados periodicamente pelo voto popular.

Destaca todavia que a legitimidade democrática do Judiciário decorre da própria lei elaborada pelo Poder Político e que difere da legitimidade representativa, decorrente do sistema eleitoral.²¹⁵

Heliana Maria de Azevedo Coutinho²¹⁶ critica ainda a eleição de juízes na medida em que a imparcialidade e a independência dos julgamentos estariam comprometidas, considerando que o juiz eleito estaria atrelado ao partido ou grupo de poder que o apoiou para o cargo público.

Esclarece Dalmo Dallari²¹⁷ - entretanto - que a legitimidade do Judiciário estaria assegurada pela própria Constituição, porquanto:

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.

Luís Roberto Barroso²¹⁸ assinala por sua vez que a interpretação dos juízes acerca sobretudo da Constituição deve corresponder ao sentimento social, sob pena de haver rejeição ao cumprimento das decisões; adverte porém que nem

214 GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 137-120.

215 GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 137-120.

216 COUTINHO, Heliana M. de A. **O Juiz Agente Político**. São Paulo: Copola, 1998. p. 47.

217 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 89.

218 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 266-267.

sempre o Judiciário poderá estar atrelado à opinião popular quando está for injusta ou incorreta, ocasiões em que “juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário”.

Esse papel contramajoritário desempenhado pelo Judiciário é de fundamental importância e reforça ainda mais a sua legitimidade democrática na medida em que as minorias e grupos sociais discriminados não contam com a representação política do Parlamento, tendo que buscar os seus direitos nas vias judiciais.

Há que se referir ainda ao pensamento de Alexy²¹⁹ de que a representatividade do Judiciário decorre de forma argumentativa como instância de reflexão do processo político.

Nesse sentido, destaca o constitucionalista alemão:

[...] quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.

A legitimidade democrática dos juízes, embora não originária do voto popular, encontra fundamento na própria Constituição que elaborada segundo a vontade do povo atribuiu ao Judiciário a tarefa de interpretar as leis e realizar o direito, não se podendo pois falar em riscos à democracia o exercício razoável e ponderável da jurisdição vinculado ao ordenamento jurídico.

Isso não quer dizer que se está postulando uma magistratura irresponsável e sem limites, ou ainda um “Governo de Juízes”, porquanto a premissa

219 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, 1999. p. 55-56.

de que o juiz está vinculado à lei e à Constituição, elaboradas pelo Poder Político, representa por si só o primeiro e fundamental limite judicial.²²⁰

Da mesma forma, a corroborar a legitimidade democrática do Judiciário, deve-se considerar que a sua interpretação constitucional se vale muitas vezes do resultado da integração de uma Sociedade aberta em que diversos setores participam e auxiliam na produção do direito.

Uma Sociedade democrática apresenta uma pluralidade de pensamentos e de interesses muito variados, o que torna o processo de formação da decisão judicial complexo, porquanto o direito deve ser analisado e discutido sob diferentes pontos de vistas de forma a encontrar a solução que melhor atenda ao consenso geral do povo, estabelecendo assim um canal aberto entre o Judiciário e a Sociedade, o que reafirma o seu caráter democrático.

Como assevera Gilmar Ferreira Mendes²²¹, na apresentação da obra de Peter Häberle, “Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição”:

A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesses, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes (Vorinterpreten) do complexo normativo constitucional.

Häberle²²² defende a ampliação do círculo de intérpretes da Constituição como forma de integração à realidade pluralista, pois a norma não é uma decisão

220 GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 137-124.

221 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 9.

222 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 30.

pronta e acabada, e vinculados à Constituição estão também os partidos políticos, os grupos, os cidadãos, ainda que de forma diferenciada.

Para o jurista alemão, “Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de eleição”. Povo também deve ter um sentido pluralista para a interpretação legitimadora do processo constitucional: como partido político, opinião científica, grupo de interesse ou cidadão.²²³

Na visão de Pedro Lenza²²⁴, a ratificar o pensamento de Häberle:

Nesse sentido, propõe Häberle que se supere o modelo de interpretação de uma sociedade fechada (nas mãos de juízes e em procedimentos formalizados) para a ideia de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, vale dizer, uma interpretação pluralista e democrática. Ao afirmar que a interpretação não deve mais ficar confinada dentro de uma sociedade fechada, Häberle propõe a ideia de que a interpretação não pode ficar restrita aos órgãos estatais, mas que deve ser aberta para todos os que vivem a norma (a Constituição), sendo, assim, esses destinatários, legítimos intérpretes, em um interessante processo de revisão da metodologia jurídica tradicional de interpretação.

Esse paradigma democrático de participação popular na interpretação constitucional é determinante da legitimidade dos juízes em proferir decisões condizentes com o exercício do Ativismo Judicial, sem que se possa cogitar de invasão de competências das demais funções estatais ou de monopólio da interpretação constitucional.

Ensina Paulo Bonavides²²⁵ que as influências e pressões sociais impedem a arbitrariedade judicial, “de sorte que a garantia da independência do juiz só se tolera na medida em que as outras funções estatais e o pluralismo público

223 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 37.

224 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

225 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 529.

fornece “material” para a lei”. Nesse raciocínio, depreende-se que todos fazem parte do processo de interpretação da Constituição, ainda que não sejam diretamente atingidos pelo ato interpretativo.

No ideal de Häberle²²⁶, no contexto sistêmico da interpretação constitucional, além das funções estatais típicas, participam ainda as partes envolvidas no processo, os órgãos previstos nas Leis Orgânicas das Cortes Constitucionais, os pareceristas e experts, os representantes de interesses nas audiências públicas, as associações, os partidos políticos, os grupos de pressão organizados, a opinião pública democrática e pluralista, representada pela mídia, leitores, associações, igrejas, teatros e demais integrantes da comunidade.

A Sociedade democrática assim configurada não decorre mais apenas do voto, mas também de uma instância pública de deliberação conformada em uma Corte Constitucional, o que reforça ainda mais o seu papel de guardião e de maior intérprete legitimada da Constituição.

2.2.2 A Judicialização da Vida

A constitucionalização dos direitos ocorrida no pós-guerra com o advento de constituições dirigentes conjuntamente com a inoperância do Estado do Bem Estar Social acarretou ao Judiciário a árdua missão de dirimir os conflitos judicializados, na medida em que a população passou a se socorrer da autoridade dos juízes para a efetivação dos seus direitos.

O Judiciário passou a ser o salvador da pátria, o muro das lamentações aonde todos recorrem em busca da resolução de seus problemas, o que para

226 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 20-23.

Garapon²²⁷ traduz um fenômeno social e não jurídico de desmoronamento do homem democrático.

Conforme explica o estudioso francês²²⁸:

O juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram. Privado das referências que lhe conferem uma identidade e estruturam a sua personalidade, o indivíduo procura, no contacto com a justiça, uma protecção contra o desmoronamento interno. Perante a decomposição do político, é doravante ao juiz que se pode a salvação. Os juizes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada pelo seus antigos titulares.

Essa judicialização exacerbada representou dessa forma uma expansão desmesurada do Judiciário pontencializadora do Ativismo Judicial o que sob um olhar crítico culminou na desmobilização social, na passividade de se entregar ao Judiciário a ingente incumbência de dar uma resposta aos problemas trazidos ao seu conhecimento.

Pelo viés procedimentalista Habermas-Garapon, na dicção de Werneck Vianna²²⁹, “o que há de patológico e de sombrio na vida social moderna, do que a crescente e invasora presença do direito na política seria apenas um indicador, deveria encontrar reparação a partir de uma política democrática que viesse a privilegiar a formação de uma cidadania ativa.”

A invasão da política e da Sociedade pelo direito, aliado ao agigantamento do Poder Judiciário, coincidiram com um enfraquecimento da cidadania, tornando o juiz e a lei a última esperança para um povo isolado e socialmente perdido²³⁰.

227 GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Tradução de Francisco Aragão. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1996. p. 22.

228 GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Tradução de Francisco Aragão. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1996. p. 23.

229 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.

230 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.

Para Juliano Ralo Monteiro²³¹, o Judiciário não pode ser considerado o único lugar para o exercício da democracia, devendo haver um despertar para que os demais membros dos outros Poderes cumpram o seu papel, sob pena de se verem constrangidos a fazê-lo judicialmente.

Todavia, a par desta visão crítica à judicialização da vida decorrente de uma cidadania pacífica contrapõe-se um outro ângulo de percepção condizente com a ideia de que o acesso à justiça e o direito de exigir do Judiciário uma resposta configura um novo locus de cidadania participativa e inclusiva, de modo que este papel ativo dos juízes em prol dos direitos constitucionais seria benéfico à consolidação do Estado Democrático de Direito, mormente em países com baixo índice de desenvolvimento social.

Como observa Pedro Abreu²³²:

A percepção do Estado Democrático de Direito, como afirmação dos direitos da cidadania, pressupõe um Judiciário comprometido com os valores sociais e políticos que a sociedade pretende preservar e garantir. Por outro lado, avulta a questão da democracia na perspectiva da jurisdição e do processo como instrumento de concretização da cidadania. São justamente a democracia como direito de quarta geração e a jurisdição democrática como exigência do Estado contemporâneo que tornam o Judiciário um locus efetivo da concretização da cidadania e da participação, suplantando os entraves do acesso à justiça, especialmente os graves problemas sociais de Estados emergentes como o Brasil, onde a exclusão, mais do que um problema, constitui uma chaga social.

Da mesma forma, a judicialização da vida, embora se cogite de um comodismo social pernicioso, não tem no Judiciário o seu causador, porquanto limita-se este ao seu papel constitucional indeclinável de dizer o direito, e como

231 MONTEIRO, Juliano Rallo. *Ativismo Judicial: Um caminho para Concretização dos Direitos Fundamentais*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 172.

232 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 328..

retrata Inocêncio Mártires Coelho²³³, “as decisões judiciais, sejam elas monocráticas ou emanadas de órgãos colegiados, a rigor não traduzem a vontade daqueles que as proferem – e sequer do Poder Judiciário, em qualquer das suas instâncias -, antes são expressão do Poder Social, nos termos em que está conformado pelas regras e princípios do ordenamento jurídico.”

2.2.3 A Usurpação das Funções Executiva e Legislativa

Na visão de Montesquieu²³⁴, o Poder embora uno e indivisível, não poderá reunir na mesma pessoa as funções executiva, legislativa e judiciária, de sorte a evitar arbitrariedades e supressão da liberdade, “porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente”.

Conforme explica Montesquieu²³⁵:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Assinala Dallari²³⁶ que o antecedente mais remoto da separação dos poderes foi buscado em Aristóteles, “que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira

233 COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 498.

234 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

235 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

236 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.216.217.

referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar”.

Contudo, a concepção moderna da separação dos poderes desenvolveu-se de forma gradual, com o desenvolvimento do Estado e dos conflitos político-sociais, numa época em que se procurava diminuir a interferência dos Príncipes em prol da soberania popular.²³⁷

Destaca Pedro Abreu²³⁸:

A doutrina da separação dos poderes inovou em relação ao pensamento aristotélico ao estabelecer que cada uma das funções estatais devesse corresponder a um órgão próprio, atuando de forma autônoma e independente, justamente para que fosse exercitado um controle recíproco, para que nenhum poder detivesse todo o poder.

Com o surgimento dos Estados Democráticos de Direito e o advento do Neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário passou a desempenhar um papel mais ativo e intervencionista na esfera dos demais Poderes como salvaguarda de direitos e garantias dos cidadãos decorrente da Judicialização da Política.

Este contexto despertou críticas quanto aos limites e possibilidades de o Judiciário exercitar referida intervenção sem que houvesse desrespeito à independência e à harmonia entre os Poderes e a consequente quebra do pacto democrático.

A crítica ao Ativismo Judicial que decorre dos Poderes Executivo e Legislativo se refere à usurpação de suas funções pelo Poder Judiciário, configurando nesta ótica o denominado Governo dos Juízes²³⁹.

237 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.217.

238 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 83.

239 “A expressão governo dos juízes, em sua gênese, refletia uma crítica direcionada à freqüente intervenção da Suprema Corte norte-americana nas opções políticas do Executivo e do Legislativo, que eram confrontadas com a Constituição e, não apenas raras vezes, invalidadas por essa Corte”. GARCIA, Emerson. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no*

Elival da Silva Ramos²⁴⁰ apresenta crítica contundente ao Ativismo Judicial quanto à uma suposta invasão de competências nas esferas executiva e legislativa, nos seguintes termos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. 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.

Observa-se que o núcleo da crítica em questão está na ultrapassagem do Judiciário dos seus limites constitucionalmente instituídos, havendo neste caso perigo à democracia consubstanciado por decisões contrárias à vontade do legislador e do administrador eleitos pelo povo e portanto por ele representados.

Sem embargo da crítica em comento, importa destacar que a legitimidade democrática do Judiciário se faz presente quando a ele é confiada a guarda da Constituição e a revisão judicial das leis, o que traduz o seu dever de fazer valer os valores constitucionais inclusive quando afrontados pelos demais Poderes muitas vezes omissos ou desviantes dos interesses populares.

Com efeito, quando a legitimidade popular do Executivo e do Legislativo deixa de existir como resultado da inércia perante os problemas sociais e a falta de implementação dos mandamentos constitucionais, o Judiciário não está a usurpar qualquer competência, mas tenta preencher a lacuna normativa e oferecer respostas à população.²⁴¹

Controle de Constitucionalidade. **Doutrina Nacional**. Disponível em: <www.aplicação.mp.mg.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

240 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117.

241 DIMOULIS, Dimitri. Além do Ativismo e do Minimalismo Judicial no Campo dos Direitos Fundamentais. Justificação Jurídica de Decisões e Competências. In: FRANCISCO, José Carlos

Nas palavras de José Herval Sampaio Júnior²⁴²:

Para que os comandos da Constituição saiam do papel, torna-se indispensável que seja realizado um amplo controle de constitucionalidade em todos os sentidos, daí porque toda a jurisdição contemporânea é constitucional por excelência e no processo de interpretação dos atos normativos, deve o juiz sempre proceder à devida concatenação desse ato com a Constituição como um antecedente lógico, até mesmo quando dos casos de omissão do legislador ou governante.

Para Streck²⁴³, é próprio de um Estado Democrático de Direito o deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para a Jurisdição Constitucional, o que não ocorria com o Estado Liberal, em que “o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é permitido, direitos negativos)” e no Estado Social, em que “a primazia ficava com o Executivo, em face de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia”.

Esse protagonismo judicial deve-se sobretudo ao descumprimento do Texto Constitucional por parte dos demais Poderes, o que exige do Judiciário uma atuação mais firme em prol da realização das políticas públicas firmadas pelo pacto constituinte²⁴⁴.

O Ativismo Judicial exercido dentro dos parâmetros constitucionais não configura assim usurpação das funções executiva e legislativa, mas uma garantia da sobrevivência de um Estado Democrático de Direito.

Neste cenário, a flexibilização da teoria da separação dos poderes é mais do que uma necessidade, mas um imperativo decorrente da própria Constituição.

(Coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 265.

242 SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: Autoritarismo ou Cumprimento dos Deveres Constitucionais?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 425.

243 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 63.

244 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 64.

2.2.4 Limites ao Ativismo Judicial

O exercício da atividade jurisdicional deve guardar limites no âmbito do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito de modo a preservar o equilíbrio entre os Poderes.

É de se observar que o Ativismo Judicial possui limites dentro do que é razoável e ponderável na órbita da Constituição, cujos dispositivos são traduzidos em grande parte por Princípios que propiciam uma margem ampla de discricionariedade ao julgador, na medida em que possuem conteúdos abertos e indeterminados.

Na lição de Luís Roberto Barroso²⁴⁵:

É indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela dos valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.

Observa Lenio Streck²⁴⁶ que os padrões hermenêuticos fixados pelos princípios devem preservar a autonomia do direito; possibilitar o controle da interpretação constitucional; garantir a coerência e a integridade do direito; estabelecer como dever a fundamentação das decisões judiciais e garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada à luz da Constituição, assim como assegurar condições para que possa ser aferida se o acerto da decisão está em conformidade adequada à Constituição.

245 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo, 2009, p. 392.

246 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 104-105.

O juiz deverá buscar a resposta adequada à Constituição por uma construção histórica do direito fundada em um compromisso pré-compreendido inserindo o caso concreto na cadeia de integridade do direito.²⁴⁷

Assim, a decisão jurídica não se trata de um processo de escolha do julgador entre diversas possibilidades para a solução de uma demanda. A interpretação no caso deverá ser estruturada diante da mais adequada, nos moldes do sentido do direito idealizado pela comunidade política.²⁴⁸

Adverte ainda Streck²⁴⁹:

O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é. E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazidos pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica.

Dworkin²⁵⁰ esclarece que a “interpretação do Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que for que pensa que deveria estar lá”, pois “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor”.

Na construção do direito em um regime democrático o balizamento do Ativismo Judicial deve se pautar pelo respeito aos demais Poderes Legislativo e Executivo seja na criação de leis seja na administração pública, sem prejuízo do

247 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 106.

248 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 106.

249 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 378-379.

250 DWORKIN, Ronald. **Um questão de princípio**. Trad.: Luis Carlos Borges. Martins Fontes Editora, p. 240.

exercício do controle de constitucionalidade e da garantia efetiva dos direitos fundamentais quando por aqueles violados.

Luiz Flávio Gomes²⁵¹ esclarece que aos juízes cabem afastar toda regra incompatível com a Constituição, e por outro lado, não poderão menosprezar as regras que são adequadas ao referido Texto, tampouco construir o direito fora dos contornos constitucionais, “porque isso violaria o princípio da legitimidade democrática representativa das regras do jogo”.

Em regra, assinala Luís Roberto Barroso²⁵², o Judiciário deverá ser deferente com as posições das instâncias especializadas, desde que tomadas dentro da razoabilidade e com a observância do procedimento adequado e que não vulnerados Direitos Fundamentais.

Destaca Barroso²⁵³:

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

251 GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 65.

252 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 289.

253 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 289-290.

Assim, o Ativismo Judicial deve ser exercido dentro de um equilíbrio entre as posições majoritárias, representadas pelo Parlamento eleito pelo povo, e as contramajoritárias, representadas pelas minorias sem participação política nas esferas legislativas. A busca por esse equilíbrio representa um delicado dilema entre Jurisdição e Democracia que deve ser resolvido com uma resposta adequada à Constituição.

Nestes parâmetros, assevera José Herval Sampaio Júnior²⁵⁴:

A atividade jurisdicional lastreada nos pilares constitucionais se compatibiliza com o princípio democrático, para tanto deve o magistrado sempre ter a preocupação de materializar, em cada caso concreto, o direito material pleiteado em análise contínua com os valores constitucionais, tudo para que os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos sejam respeitados por todas as autoridades públicas e se isso está sendo compreendido como ativismo judicial, temos que ser ativistas na acepção da palavra.

Na realidade brasileira, o Ativismo Judicial se encontra em sua emergência sobretudo na Corte Suprema que ressurgiu em sua potencialidade plena após a abertura do regime democrático e a promulgação da Carta Magna de 1988, titulada de cidadã, por justamente contemplar de forma exaustiva os Direitos Fundamentais dos cidadãos em seu conteúdo e ter como guardião de tais Direitos o Supremo Tribunal Federal, instância máxima da efetivação dos direitos constitucionais no Brasil.

254 SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: Autoritarismo ou Cumprimento dos Deveres Constitucionais?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 427.

CAPÍTULO 3

ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

3.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

A ideia de controle da constitucionalidade por um órgão judicial remonta ao debate travado entre Karl Schmitt²⁵⁵ e Hans Kelsen, em que o primeiro defendia que o controle da Constituição deveria ser exercido pelo Chefe do Poder Executivo, enquanto que para o segundo tal controle seria muito mais apropriado de ser exercido por uma Corte Constitucional.

Se bem que para Kelsen o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa.²⁵⁶

Kelsen²⁵⁷, ao idealizar o controle de constitucionalidade - afirma Mônia Clarissa Hennig Leal – remeteu-o a um exercício de legislação negativa cabendo ao

255 “Para Schmitt, em obra publicada originalmente em 1929 sob o título *"Das Reichsgerichts als Hüter der Verfassung"*, e republicada em uma versão ampliada em 1931, sob o título de *"O Guardião da Constituição"* (*Der Hüter der Verfassung*),^[2] a Guarda da Constituição era uma função de natureza política, e não jurídica, e, portanto, somente o presidente do Reich poderia desempenhar essa função, e, com a rápida ascensão do Partido Nazista, em pouco tempo o presidente do Reich passaria a ser ninguém menos que Adolf Hitler. Ainda no ano de 1931, Kelsen publicou uma reposta com o título *"Quem deve ser o guardião da Constituição?"*.^[3] Em tal obra, refutou o argumento de Schmitt, expressando que, se por "natureza política" Schmitt entendia a solução de controvérsias de grande repercussão social, isso não a diferenciava da "natureza jurídica", pois o Direito, assim como a política, sempre teve a função de solucionar questões sociais controversas de grande repercussão, e defendeu a importância de tal função ser desempenhada por um Tribunal Constitucional em uma democracia moderna, formado por magistrados, profissionais preparados, o que garantiria uma maior imparcialidade nas decisões, especialmente quando se tratasse de minorias ou de questões relacionadas a opositores do governo, sendo a sua inspiração para a redação da Constituição Austríaca de 1920". WIKIPEDIA. Disponível em: <www.wikipedia.org>. Acesso em: 09 jan. 2012.

256 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

257 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ativismo Judicial e Participação Democrática: A Audiência Pública como espécie de Amicus Curiae e de Abertura da Jurisdição Constitucional – a Experiência*

órgão judicial tão-somente analisar a compatibilidade lógica entre a lei e a norma constitucional de forma abstrata, tratando-se pois “de uma atividade que se aproxima da do legislador, porquanto não supõe uma decisão singular e concreta (típica da atividade judicial).”

Salientam Mayra Marinho Miarelli et al²⁵⁸ que a Jurisdição Constitucional traduzida no controle exercido pelo Poder Judiciário da constitucionalidade das leis ocorre na Europa com o fracasso do Parlamento, percebendo-se então que a não vinculação do Poder Estatal a princípios garantidores possibilita o cometimento de atrocidades com o respaldo da lei.

Na América, precisamente nos Estados Unidos, o movimento constitucionalista se consagra com a Constituição de 1787, até hoje em vigor.

Consideram Mayra Marinho Miarelli et al que²⁵⁹:

Ao contrário do europeus, os norte-americanos desconfiavam do Poder Legislativo quando consagraram sua Constituição, de modo que primavam pelo equilíbrio. Igualmente, temiam que o poder das majorias pudesse a qualquer tempo sobrepor-se as minorias, que também haveriam de ter seus direitos fundamentais respeitados, em razão do que o governo deveria ser limitado. Essa limitação estaria contida na Constituição, que teria supremacia sobre as leis. É essa supremacia sobre as leis que viabiliza um controle judicial, que concebe, em suma, a não aplicação de uma lei contrária a Constituição.

O Brasil atribuiu ao Supremo Tribunal Federal precipuamente a guarda da Constituição²⁶⁰, nada obstante haver por parte dos outros órgãos judiciais igualmente o controle de constitucionalidade das leis pela forma difusa, a par do controle político exercido pelo Executivo e Legislativo.

do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Audiência Pública da Saúde. In: LEAL, Rogério Gesta et al. (Org.). **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 226.

258 MIARELLI, Mayra Marinho et al. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 97.

259 MIARELLI, Mayra Marinho et al. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 97.

260 Art. 102, caput, da Constituição Federal do Brasil: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição..”. Fonte www.planalto.gov.br, acessada em 18.01.2013.

Com efeito, afirma Barroso²⁶¹:

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial – isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma -, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo – e.g., o veto de uma lei por inconstitucionalidade – como no do Poder Legislativo – e.g., rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal ao exercer este ingente papel de guardião maior da Constituição Federal é a força motriz que assegura a efetivação dos direitos constitucionais dos cidadãos brasileiros, mormente os que se qualificam como Fundamentais.

É de se registrar que a História brasileira vivenciou momentos em que a presença da Corte Constitucional se mostrou coarctada pela prevalência dos demais Poderes, sobretudo do Executivo, fruto de regimes ditatoriais com total supressão dos direitos elementares da população. A redemocratização do Brasil, entretanto, com a queda do militarismo e o advento da Constituição de 1988, representou um verdadeiro divisor de águas entre uma Corte então desconhecida e ora conhecida do público por seu protagonismo judicial atuante.

3.1.1 O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido²⁶²

O Supremo Tribunal Federal no Brasil no período anterior à Constituição de 1998 exerceu um papel menos proeminente tendo em conta que a democracia ainda não havia se consolidado no país e inexistia uma Constituição de caráter tão aberto e dirigente quanto à atual em que praticamente todos os direitos são previstos bem como assegurado o amplo acesso à justiça.

261 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66.

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

Da mesma forma, a Constituição não era pensada como uma norma jurídica em si, mas como uma norma de estruturação do Estado e dirigida basicamente aos poderes constituídos. Em suma, não havia um Estado Constitucional de Direito, consolidado na Europa apenas após a 2ª Guerra Mundial, vigorando assim em período anterior um Estado Legislativo de Direito, “em que a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador”²⁶³.

No contexto brasileiro, descreve Daniel Sarmento²⁶⁴:

O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituíra o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam as Forças Armadas.

Observa-se dessa forma que no período anterior à Constituição de 1988, a par da parca constitucionalização dos direitos, não havia um comprometimento com a realização dos valores constitucionais existentes, considerando o enfraquecimento do Poder Judiciário em face dos demais Poderes, tornando-o

263 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.

264 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 85-86.

incapaz de garantir a realização da justiça, bem como distanciado e desconhecido do povo brasileiro.

Em 1968, Aliomar Baleeiro²⁶⁵, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, fez a seguinte pergunta: “Conhecerá o povo seu Tribunal mais elevado, supremo por nome e definição?”.

Para Baleeiro, naquele tempo a Suprema Corte era de fato de todo desconhecida do povo brasileiro, desprovida de força política e social, cujo cenário foi descrito por ele nas seguintes palavras²⁶⁶:

Contava-se pelos dedos os acórdãos que logram comentários. Nas universidades, raríssimas são as teses de concurso ou monografias, que empreendem estudos de críticas da jurisprudência ou da evolução desta. Em geral, a obra do Supremo Tribunal Federal jaz ignorada mesmo nos círculos de alta cultura jurídica. A disseminação dos arestos obedece a critérios puramente pragmáticos e, de ordinário, não vai além das ementas arrumadas para expedita e apressada consulta nas emergências dos causídicos e juízes.

Esse cenário de alienação do Judiciário perante a opinião pública vai ao encontro da realidade política vivida na época pelos Estados latino-americanos com a emergência de regimes autoritários de forte intervenção na esfera pública e privada.

Refere com pertinência Boaventura de Sousa Santos²⁶⁷, que na maior parte do século XX a construção do Estado latino-americano decorreu do crescimento do Poder Executivo em detrimento do Judiciário, convertendo este num órgão de controle do poder político, “uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores”.

265 BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p.11.

266 BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p.20.

267 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 21.

Há que se assinalar também que o golpe militar de 64 implicou um agravamento muito maior na supressão do Supremo Tribunal Federal decorrente como conseqüência lógica da ampliação de poderes do Executivo em detrimento das garantias individuais dos cidadãos.

Conforme explica Emília Viotti da Costa²⁶⁸:

Depois do golpe (1964), o poder foi assumido pelos militares que tentariam resolver os problemas a sua maneira. O Legislativo e o Judiciário sofreram profundas alterações. À semelhança do Estado Novo, os poderes do Executivo foram aumentados. Seus atos escaparam ao controle do Judiciário. O Supremo Tribunal Federal foi atingido por várias medidas que interferiram na sua composição e limitaram seus poderes. Os direitos e garantias dos cidadãos, assim como a liberdade de comunicação, reunião e pensamento ficaram subordinados ao conceito de segurança nacional.

Dentro dessa conjuntura autoritária e repressiva, o Supremo Tribunal Federal conviveu ao longo da História brasileira com o agigantamento dos demais Poderes favorecidos por legislações manipuladas ao contento destes e por Constituições engendradas sem a participação popular, resignando-se dessa forma a uma postura meramente procedimentalista e defensiva.

Como assinala Saul Tourinho Leal²⁶⁹, nos julgamentos em que havia certa polêmica nos meios políticos e que poderiam acarretar desequilíbrio institucional entre os Poderes, o Supremo Tribunal Federal adotava uma jurisprudência defensiva, de contenção, preferindo que os outros Poderes solucionassem a questão, na concepção de que estes é que representavam o interesse do povo.

O Poder Judiciário não ostentava, assim, um papel político de importância, tampouco possuía a independência de agora. Embora houvesse previsão de muitos direitos na Constituição, estes dependiam da boa vontade dos políticos para a sua implementação, o que raramente acontecia. “Em contexto de

268 COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: UNESP, 2006. p. 159.

269 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez?: O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 129.

crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e o quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país”.²⁷⁰

Essa postura passiva da Corte Constitucional perante os demais Poderes políticos representou um verdadeiro retrocesso na vida dos brasileiros, caracterizado por um déficit democrático de acesso à justiça e do exercício pleno dos seus direitos.

A realidade contudo foi transformada num novo cenário político e social caracterizado pelo ressurgimento da democracia representativa, em que o sufrágio universal passou a ser exercido de forma legítima e regular, tendo o povo a oportunidade de escolher o seus verdadeiros representantes para a condução dos destinos da nação.

A convocação da Assembléia Constituinte logo após a queda do regime militar teve como resultado a promulgação de uma Constituição ampla em direitos fundamentais de diversas dimensões ao mesmo tempo em que conferiu ao Poder Judiciário um papel ativo na efetivação de tais direitos, consagrado na inafastabilidade da tutela judicial e no fortalecimento da independência da instituição.

3.1.2 O Supremo Tribunal Federal pós Constituição de 1988

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase na História do Brasil decorrente do fim do regime militar que por mais de vinte anos impôs ao país uma censura desenfreada na liberdade de expressão e uma séria restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos.

A abertura política do regime linha dura tal qual preconizada por Geisel²⁷¹ se deu de forma lenta, gradual e segura com a passagem do governo militar para o

270 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 86.

271 “A **abertura política** é o nome que se dá ao processo de liberalização da ditadura militar que governou o Brasil. Esse processo teve início em 1974 e terminou em 1988, com a promulgação da

civil por meio de eleições indiretas e logo em seguida a convocação de uma Assembléia Constituinte idealizadora da Constituição vigente, denominada de Cidadã²⁷², reforçada em seu núcleo pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Flávia Piovesan aduz que²⁷³:

A Constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós ditadura”. Após vinte e um anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal que até então se mantinha praticamente ausente nas assuntos políticos da nação passou gradualmente a desempenhar um papel ativo de garantidor dos direitos constitucionais inaugurando uma nova fase do Judiciário Brasileiro caracterizada pela Judicialização da Política e das Relações Sociais.

O Supremo Tribunal Federal alcunhado outrora de “esse ilustre desconhecido” ganhou transparência e identidade perante a opinião pública diante não só do julgamento de questões políticas e sociais mas também em razão da

nova Constituição. Tão logo o general Ernesto Geisel assumiu ao poder, e se deparou com a deterioração da economia e o descontentamento da sociedade, propôs mudanças no poder e abrandamento nas formas de repressão, sinalizando com declarações e discursos que iniciaria a **abertura política** de forma *lenta, gradual e segura*.” WIKIPEDIA. Disponível em: <www.wikipedia.org>. Acesso em: 14 jan. 2013.

272 “O então presidente da Câmara dos Deputados, Ulysses Guimarães, declarou em 27 de julho de 1988 (foto) a entrada em vigor da nova Constituição Federal – apropriadamente batizada de Constituição Cidadã porque era o Brasil, nessa época, um país recém-saído da ditadura militar na qual os princípios constitucionais foram trocados por porões de tortura dos oponentes políticos do militarismo”. Fonte: www.istoé.com.br, acessada em 14.01.2013.

273 PIOVESAN, Flávia. Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28.

abertura da Corte Suprema aos meios de comunicação possibilitada com o advento da democracia.

Luís Roberto Barroso demonstra que²⁷⁴:

Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais – que a maioria dos jornais não tem, embora seja uma boa ideia –, mas nas seções de política, economia, ciências, polícia. Bastante na de polícia. Acrescente-se a tudo isso a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça. Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão. Há quem goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.

Salienta Fabiana Luci de Oliveira²⁷⁵ que “a Constituição de 1988 foi um marco na mudança do papel político do Supremo, reforçando sua condição de arena de disputa entre sociedade e Estado e entre órgãos e Poderes do próprio Estado.”

Cabe afirmar que a mudança de postura do Supremo Tribunal Federal decorreu de uma transformação sócio-política ocorrida no país em que os direitos contemplados por uma Constituição dirigente passaram a ser exigidos em larga escala ao mesmo tempo em que reservou ao órgão de cúpula do Judiciário o papel de guardião e intérprete final da norma constitucional.

Cezar Peluso, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, considera que:²⁷⁶

274 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 276.

275 OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **STF do Autoritarismo à Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 42.

No Brasil lidamos com uma Constituição analítica, bem diferente da americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que poderiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: a Constituição de 88 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado com tanta frequência.

Esse protagonismo judicial é para Nalini²⁷⁷ irreversível, sob pena de transformar o Judiciário em um órgão de Estado enfraquecido, “em função burocratizada e de escassa importância”.

O Poder é movido por dois impulsos naturais: o primeiro é o de auto-conservação, em que é intuitivo que “um tribunal, em suas relações com os outros atores políticos, institucionais ou sociais, procure demarcar e preservar seu espaço de atuação e sua autoridade, quer pelo acolhimento de reclamações, quer pela reafirmação de sua jurisprudência.” O segundo impulso, se refere à expansão desse Poder, diante sobretudo no caso brasileiro da retração dos demais Poderes, em que “a Corte Suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas”.²⁷⁸

Acerca dessas decisões ativistas, Barroso exemplifica²⁷⁹:

Exemplos emblemáticos e sempre lembrados são os dos julgamentos da fidelidade partidária – em que o STF criou, por interpretação do princípio democrático, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar - e do nepotismo, em que a Corte, com base na interpretação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, estabeleceu a vedação do nepotismo nos três Poderes. Ações como as que tratam da legitimidade da interrupção da gestação em caso de feto anencéfalo e da extensão do regime da união estável às uniões homoafetivas também envolvem uma atuação quase normativa do Supremo Tribunal Federal. Tudo sem mencionar a mudança jurisprudencial em tema de mandado de injunção e o progressivo questionamento que se vem fazendo, no âmbito da própria Corte, acerca da jurisprudência tradicional de que o STF somente possa funcionar como legislador negativo.

276 Fonte: www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua. Acesso em 15.01.2013.

277 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008. p. 310.

278 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 397-398.

279 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 399.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos²⁸⁰, “o Supremo Tribunal Federal tem maximizado a sua presença na vida pública e privada brasileira através de diferentes manifestações comportamentais, todas girando em torno do núcleo comum de autoexpansão de seus poderes”.

Campos indica as condutas pelas quais o Supremo tem manifestado seu Ativismo Judicial²⁸¹:

(i) uso de métodos interpretativos que conduzem à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal ou comum do dispositivo normativo interpretado, (ii) atuação processual amplificada, (iii) interferência incisiva no comportamento dos demais poderes, inclusive em questões políticas públicas sociais, (iv) ausência de deferência às decisões político-normativas dos demais poderes mesmo nas hipóteses em que não se mostra clara a violação ao Texto Constitucional, (v) redução dos espaços de atuação da Jurisdição ordinária com a conseqüente concentração de poder em seu favor, (vi) avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas tão amplas que, além de o caso julgado às vezes prescindir das mesmas, acabam por “decidir” casos futuros também, e (vii) afirmação de sua posição não apenas como último intérprete da Constituição, mas como o único.

Oportuno registrar que o comportamento da Corte Constitucional brasileira evoluiu de uma posição de auto-contenção durante os primeiros anos da vigência da Constituição de 88, norteadas pelo pensamento conservador do então Ministro Moreira Alves, que procurava limitar o papel da Jurisdição Constitucional ao de legislador negativo, para a atual fase em que o Ativismo Judicial melhor se destaca tendo como paradigma o Ministro Gilmar Mendes, que atribui ao Supremo Tribunal Federal um papel inovador da ordem jurídica de sorte a assegurar a força normativa da Constituição.

280 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 558.

281 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 558.

Conforme assinala Campos acerca da dualidade de visões entre Moreira Alves e Gilmar Mendes²⁸²:

[...] as propostas de Moreira Alves ditaram o ritmo de autorestrição judicial do Supremo durante os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, enquanto no outro extremo, as propostas de Gilmar Mendes, com seu pensamento dirigido à expansão e centralização de poderes da Corte perante as demais instituições que compõem a estrutura judiciária e o arranjo político brasileiro, pretendem a superação total da postura autocontida da Corte em direção a um estágio superavançado de ativismo metodológico e processual.

Essa tendência ativista surge sobretudo da omissão dos demais Poderes em cumprir o seu papel constitucional. No caso do Legislativo, a omissão se dá quando da ausência de criação de norma jurídica para concretização dos direitos constitucionais.

Sem embargo das críticas que possam surgir quanto a esta posição expansiva do Supremo Tribunal Federal, a questão que se apresenta é a de que referida Corte cumpre o seu papel de guardião da Constituição Federal ao garantir a concretização dos direitos nela previstos e que por inércia legislativa ou executiva deixaram de ser implementados.

Nesse sentido, observa Elival da Silva Ramos²⁸³ que uma das principais causas do agravamento do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal é de ordem institucional. No caso, o Poder Judiciário na missão de controlar juridicamente a atividade legislativa e de ver-se compelido a efetivar os direitos constitucionais, ultrapassa por vezes os limites impostos pela própria Constituição, em boa parte por conta da inércia dos Poderes representativos em tomar providências à concretização daqueles direitos.

282 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 591.

283 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288.

Celso de Melo, Ministro do Supremo Tribunal Federal, em defesa do Ativismo Judicial exercido pela referida Corte, manifestou seu pensamento da seguinte forma²⁸⁴:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Com efeito, o comportamento atual do Supremo Tribunal Federal demonstra que cumpre a sua missão de guardião dos valores constitucionais em que pese as críticas de que estaria exercendo um Ativismo Judicial negativo, e “quando o Supremo faz prevalecer a vontade da Constituição, está rendendo homenagens à população, que é autora e destinatária desta mesma Constituição”.²⁸⁵

Uma Corte Constitucional ativa é determinante da consolidação de um Estado Democrático de Direito e passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Cidadã pode-se constatar uma verdadeira mudança paradigmática entre o Supremo procedimentalista de ontem e o substancialista da atualidade, voltado para garantir a eficácia do texto constitucional e o exercício da democracia.

284 Discurso proferido por ocasião da posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência do STF em 23.04.2008. Fonte www.conjur.com.br/2008-abr-23. acessada em 15.01.2013.

285 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?**: O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 164.

3.1.3 Instrumentos de Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis previstos na Constituição Federal de 1988

O controle judicial de constitucionalidade das leis visa preservar a integridade do ordenamento jurídico configurado num sistema em que todas as normas inferiores à Constituição lhe guardam obediência e conformidade.

Asseveram Gilmar Ferreira Mendes et al que²⁸⁶ a solução para o conflito de leis com a Constituição está na prevalência desta, na medida em que é resultado do poder constituinte originário, e na condição de obra suprema, inicia o ordenamento jurídico e portanto deve se impor à norma inferior com ela inconciliável.

Referido ensinamento decorre do Princípio da supremacia da Constituição, o qual estabelece que a integridade de um ordenamento jurídico deve obedecer à edição de leis ou atos normativos que estejam na conformidade da Constituição, surgindo dessa forma a necessidade de criação de instrumentos que controlem a constitucionalidade de tais leis ou atos normativos assim como determinar quem fará esse controle.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que²⁸⁷:

Controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.

No Brasil, a par do controle político exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo, manteve a Constituição de 1988 o controle judicial de

286 MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 202-203.

287 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. Saraiva. 2012. p. 60.

constitucionalidade tanto pela via incidental e difusa (sistema americano) como pela via principal e concentrada (sistema continental europeu).

Paulo Bonavides argumenta que²⁸⁸ o controle jurisdicional é próprio das Constituições rígidas e voltado aos interesses dos cidadãos, inspirando-se primordialmente “na garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis”.

Com efeito, assume relevante missão o controle judicial de constitucionalidade na medida em que é o Judiciário como um todo quem assegura a efetivação dos valores constitucionais, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal.

Luís Roberto Barroso aponta as inovações da Constituição de 1988 quanto ao controle de constitucionalidade²⁸⁹:

a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º); d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

Referentemente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a inovação é justificada de forma a coibir os atos omissivos dos legisladores, “como uma garantia destinada a resolver o problema de eficácia das normas constitucionais programáticas, principalmente em matéria de direitos sociais”.²⁹⁰

288 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 312.

289 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87-88.

290 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 344.

A seu turno, a arguição de descumprimento de preceito fundamental que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público²⁹¹, constitui “uma espécie de garante e guardião da integridade constitucional das políticas públicas, notadamente daquelas voltadas para a efetivação dos direitos”, assevera José Adércio Leite Sampaio²⁹².

Porém, adverte que²⁹³:

É certo que o Supremo Tribunal Federal haverá de adotar um apurado juízo prudencial ou de razoabilidade, de modo a não se imiscuir em searas intrinsecamente políticas ou a impor deveres governamentais que, evidentemente, não encontrem lastro financeiro bastante, nem tampouco deixar de intervir sempre que haja uma orientação ou prioridade que revele ostensivamente um comprometimento das pautas constitucionais do agir estatal na procura existencial de promoção dos direitos e dos objetivos fundamentais da República.

Considera Marcela Giorgi Barroso a importância da ação de descumprimento de preceito fundamental na medida em que²⁹⁴ “completa o sistema de controle de constitucionalidade e é muito inovadora, visto que possibilita ao Supremo cobrir uma lacuna existente nesta seara, que é a análise de leis e atos anteriores à Constituição Federal com eficácia geral e efeito vinculante”.

Assinala-se ainda a remodelação posterior do sistema a partir da criação da ação declaratória de constitucionalidade, resultante da Emenda Constitucional n. 3, de 18 de março de 1993, sendo mantida por sua vez a ação direta interventiva, relacionada a questões de âmbito federativo.²⁹⁵

291 Art. 1º, caput, Lei n. 9.882/99. Fonte www.planalto.gov.br, acessada em 18.01.2103.

292 SAMPAIO, José Adércio Leite. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Entre Ativismo e a Inação Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 667.

293 SAMPAIO, José Adércio Leite. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Entre Ativismo e a Inação Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 667.

294 BARROSO, Marcela Giorgi. O Papel Político do Supremo Tribunal Federal na Efetivação dos Direitos Humanos. In **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. Coordenação: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Quartier Latin. 2010. p. 205.

295 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.

Nalini²⁹⁶ aponta que a Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.04 inovou a ordem jurídica trazendo o efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, assim como introduziu o instrumento da repercussão geral das questões constitucionais discutidas como requisito para a admissão do recurso extraordinário.

Acerca da repercussão geral, informa Arruda Alvim²⁹⁷ que deverá funcionar como um filtro político, permitindo “a admissão de recursos extraordinários com a flexibilidade desejável, descartando a admissibilidade, sob este critério, de recursos que não mais tenham razão alguma de ser, senão uma insistência socialmente não desejável do recorrente, permeada por um *animus* lotérico.”

Por sua vez, a instituição dos efeitos consagrados na denominada súmula vinculante tem para Abreu²⁹⁸ o papel de uniformizar e de validar “a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, acarretando grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

Há que se destacar que um dos grandes avanços da Constituição Federal de 88 em relação ao tema do controle da constitucionalidade foi a extensão dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, retirando o monopólio do Procurador Geral da República, consolidando ainda mais o regime democrático e alargando as vias de acesso ao Judiciário.

Nesse sentido, observa José Herval Sampaio Júnior²⁹⁹:

296 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008. p. 309.

297 ALVIM, Arruda. A EC N. 45 e o Instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional N. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 82.

298 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 306-307.

299 SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: Autoritarismo ou Cumprimento dos Deveres Constitucionais?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 419.

No Brasil, por exemplo, no que tange à legitimidade de proposição das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, houve uma aceitação, de forma ampla, das ideias da Sociedade Aberta, pelo menos, dentro da teoria, já que a Constituição de 1988 tirou a exclusividade de propor tal ação junto a Pretório Excelso, do Procurador Geral da República, que àquela época tinha estreita ligação com o Executivo, e ampliou-se para diversos representantes do povo, o que legitima a diversidade da interpretação em nosso ordenamento.

Com relação ao mandado de injunção, vem-se observando uma mudança mais ativista por parte do Supremo Tribunal Federal que tem suprido diretamente lacunas legislativas com eficácia *erga omnes* ante a inércia abusiva do Congresso, encontrando-se hoje apto a produzir a integralidade dos efeitos aos quais foram preordenado³⁰⁰.

Pertinente, ante a alteração de posicionamentos ora referida, o comentário de Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁰¹, que entende a nova configuração do mandado de injunção como “um marco significativo do crescimento do próprio papel institucional que vem experimentando o Supremo Tribunal Federal nestes últimos anos, e um exemplo destacado da superação de doutrinas de autocontenção institucional preconizadas por Moreira Alves, e de aproximação a um modelo institucionalmente amplificado da Suprema Corte”.

Da mesma forma, na seara dos demais órgãos de jurisdição, há que se registrar que a possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade elevou exponencialmente o grau de Ativismo Judicial em todas as instâncias judiciárias que poderão declarar a nulidade de leis e atos normativos incompatíveis com a Constituição quando em análise um caso concreto.

Nesse sentido, analisa Nalini³⁰²:

300 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008. p. 308.

301 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 590.

302 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008. p. 308.

O mais importante é que o sistema não excluiu o magistrado dessa atribuição de relevo extremo de aferir a compatibilidade de qualquer norma com a ordem constitucional. Enfatize-se: o juiz, singularmente considerado, não perdeu sua competência de exercer o controle difuso de constitucionalidade. Para decidir o caso concreto, pode afastar qualquer lei incompatível com a Constituição. Esta, no ápice da figura piramidal clássica, é o fundamento de validade de toda a infranormatividade. Tudo o que não condiz com a letra e com o espírito da Constituição não chega a existir no plano jurídico. Deve ser repellido do sistema. A tanto, qualquer juiz de direito está legitimado, para afastar a incidência da norma írrita do caso concreto posto à sua apreciação.

Traz-se à tona ainda o conflito entre Jurisdição Constitucional e Democracia, remetendo-se à questão da legitimidade do Judiciário se inserir na esfera política de temas pertinentes àqueles que foram eleitos democraticamente pelo povo.

Em que pesem posicionamentos divergentes, acertado se mostra o entendimento de Eduardo Cambi ao afirmar que tal fato “não retira do Judiciário a sua missão constitucional de guarda da Constituição e de tutela dos direitos fundamentais”³⁰³.

E complementa:

Se, de um lado, quer-se evitar a ditadura dos juízes, de outro, devem ser buscados mecanismos para preservar certos conteúdos democráticos, os quais precisam ser controlados, pelo Judiciário, evitando que os atos legislativos e executivos transbordem a moldura da Constituição³⁰⁴.

Com efeito, a expansão da Jurisdição Constitucional trazida pelos instrumentos de controle de constitucionalidade na Constituição de 1998 aponta o

303 CAMBI, Eduardo. Critério da Transcendência para a Admissibilidade do Recurso Extraordinário (art. 102, §3º, da CF): Entre a Autocontenção e o Ativismo do STF no Contexto da Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional N. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 154.

304 CAMBI, Eduardo. Critério da Transcendência para a Admissibilidade do Recurso Extraordinário (art. 102, §3º, da CF): Entre a Autocontenção e o Ativismo do STF no Contexto da Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional N. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 154.

Poder Judiciário como “o grande garante da Democracia e do Estado de Direito”, legitimado que está pela própria missão constitucional que lhe foi incumbida, tornando-se “a função estatal mais prestigiada pelo elaborador do pacto fundante”, na busca da pacificação dos conflitos, pois ao Judiciário foi entregue “uma parcela enorme de responsabilidade na edificação daquela pátria harmônica e fraterna com que se acenou no preâmbulo e nos princípios fundamentais”³⁰⁵.

3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL

O fenômeno da Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil se tornou muito mais expressivo e crescente após a redemocratização e a entrada em vigor da Constituição de 1988.

O período autoritário marcado pelo cerceamento de direitos e liberdades resultou em uma demanda reprimida que veio a eclodir com o advento da Constituição Cidadã de conteúdo aberto e democrático, permeada por princípios e direitos fundamentais, promotora de um amplo acesso ao Judiciário marcado na atualidade pela judicialização de conflitos de conteúdo político, moral, social e econômico.

Para Barroso a Judicialização de temas políticos e sociais tem três grandes causas, a primeira, foi a redemocratização do país, que³⁰⁶ “fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”. A segunda causa para a referida Judicialização foi a constitucionalização abrangente, “que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”. A terceira e última causa, destaca o autor em questão, é a abrangência

305 NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008. p. 310-311.

306 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 276-278.

do sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro, difuso e concentrado, combinando de forma mista e eclética, o modelo europeu e norte-americano, em que um amplo rol de legitimados podem levar ao conhecimento de todos os Órgãos do Poder Judiciário uma grande variedade de matérias constitucionais.

Na dicção de Luiz Werneck Vianna et al³⁰⁷, “o Judiciário torna-se, nesse sentido, a fronteira avançada onde se consolida não apenas a institucionalidade democrática, mas sobretudo, o largo processo de inclusão de novos seres sociais ao mundo dos direitos e da liberdade, do que resulta a inflação crescente das demandas judiciais, do apelo indiscriminado à atuação do Judiciário, em uma escala que não cessa de ampliar”.

Pedro M. Abreu corrobora o entendimento³⁰⁸:

O Poder Judiciário, embora retardatário, teve redefinido seu papel republicano com o aprofundamento do processo de transição e especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, que o trouxe para o primeiro plano da vida pública nacional. A soma de vários fatores históricos colocou o Judiciário na centralidade política do país. Favorecido pela ambigüidade da Constituição na definição do regime de governo, foi instado a decidir impasses institucionais entre Executivo e Legislativo. Além disso, o intervencionismo estatal sobre a economia, com a edição de vários planos de estabilidade monetária, causou impacto dramático sobre os interesses privados, fato que constituiu o Judiciário em instância única de defesa do cidadão e do setor empresarial.

Destarte, o Poder Judiciário transmutado pelo Ativismo Judicial e impulsionado pela Judicialização da Política e das Relações Sociais destaca-se pelo sua interferência positiva nas mais diferentes questões de âmbito nacional em busca da efetivação dos direitos constitucionais aproximando-se do povo e resgatando a cidadania deste em face sobretudo do descumprimento de deveres por parte dos demais Poderes na condução das Políticas Públicas e na pauta de assuntos

307 VIANNA, Luiz Werneck et al. **O Perfil do Magistrado Brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1996. p. 26.

308 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 316.

econômicos e sociais abrindo um novo espaço de discussão para a solução de problemas.

3.2.1 A crise da democracia representativa e o acesso à justiça

O Estado Democrático de Direito brasileiro baseado na tripartição dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si³⁰⁹, tem como objetivos fundamentais³¹⁰ “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Nada obstante a previsão constitucional dos aludidos objetivos fundamentais, observa-se que os representantes eleitos pelo povo na esfera Executiva e Legislativa não tem obtido êxito na sua consecução o que por conseguinte tem gerado o aumento das desigualdades sociais e o retrocesso no desenvolvimento nacional.

Trata-se da denominada crise da democracia representativa que tem como causas a inoperância e os desmandos dos mandatários eleitos pelo povo, caracterizando um déficit democrático, e como consequência a Judicialização da Política e das Relações Sociais.

Nesse contexto, Franco Aurélio Brito de Souza extrai com acerto³¹¹:

309 Art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

310 Art. 3º, incisos I, II, III, IV da Constituição da República Federativa do Brasil. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

311 SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre Estado, Direito e Política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 91.

Com a edificação do Estado Democrático de Direito, deslocou-se o papel principal para a esfera do Poder Judiciário, o qual trouxe para si o dever (com significativa carga valorativa construtiva) de complementar e adaptar os comandos normativos emanados do Poder Legislativo à realidade socioeconômica da população. E é justamente sob essa perspectiva de considerável expansão do princípio democrático, de posituação de um quadro cada vez mais amplo de direitos fundamentais, de intensa institucionalização do direito na vida social e política e de redefinição das relações entre os Poderes que o Judiciário vem assumindo um protagonismo irrefutável, que se descortina o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais (sobretudo dos conflitos coletivos).

Por sua vez, “a corrupção e o clientelismo (i.e., prática eleitoreira, utilizada por certos políticos, visando troca de favores entre o detentor do poder e o eleitor) trouxeram para a arena político-social a ‘crise de representação’ da ‘política’ e dos ‘políticos’”.³¹²

Pondera Abreu que³¹³:

A consolidação institucional da democracia brasileira, além dos problemas sociais emergentes de uma sociedade profundamente desigual e injusta e de baixo índice de cultura cívica, enfrenta um problema político que se revela particularmente grave, que diz respeito às relações assimétricas entre os três Poderes da República. O atual sistema potencializa o Executivo em desfavor de um Legislativo com baixa legitimidade, e repatria para o Judiciário demandas de caráter político e social que teoricamente estariam na órbita da representação.

Nessas circunstâncias, o Judiciário é lançado ao centro da arena política decisória assumindo a feição de uma representação funcional que o legitima democraticamente³¹⁴ ou ainda nos moldes de Alexy uma representação argumentativa em que o tribunal representa o cidadão argumentativamente.³¹⁵

312 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 186.

313 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 285.

314 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 290.

315 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 292.

A democracia participativa³¹⁶ contribui de igual modo para suprir o déficit democrático gerado pela crise da democracia representativa, estando de forma intrínseca relacionada à Judicialização da Política e das Relações Sociais na medida em que setores diversos da Sociedade se valem dos mecanismos legais de acesso à justiça para veicularem suas pretensões voltadas para a realização dos direitos constitucionais sob a forma da representação funcional.

Não há propriamente uma concorrência entre a representação funcional com a representação política, mas sim uma relação de complementaridade recíproca, “extraída da tradição republicana brasileira” com atuação compensatória “em relação ao deficit democrático, especialmente contra a intervenção legislativa do Executivo”.³¹⁷

Werneck Vianna et al explicam com mais detalhes a conexão existente entre a democracia representativa e a participativa no contexto brasileiro, ocorrida a partir dos anos 90³¹⁸:

Para tanto, concorreu uma série complexa de circunstâncias, principalmente a valorização, por parte das minorias parlamentares e dos interesses atingidos pela agenda neoliberal de reformas do Executivo, dos procedimentos previstos para o controle abstrato de normas, especialmente diante do recurso abusivo às medidas provisórias na iniciativa das leis. Têm sido igualmente relevantes para esse resultado a crescente internalização, pelo Ministério Público, do seu papel nas ações públicas, quando, em muitos casos, atua como instituição que mobiliza a participação de grupos sociais, as mudanças ocorridas no Poder Judiciário, que por influência de pressões democratizadoras externas a ele, quer por movimentos originários da própria corporação e, *last but not least*, as transformações por que tem passado o imaginário da sociedade civil, especialmente dos seus setores mais pobres e desprotegidos que,

316 “A democracia participativa é considerada um modelo ou ideal de justificação do exercício do poder político pautado no debate público entre cidadãos livres e em condições iguais de participação. Advoga que a legitimidade das decisões políticas advém de processos de discussão que, orientados pelos princípios da inclusão, do pluralismo, da igualdade participativa, da autonomia e da justiça social, conferem um reordenamento na lógica de poder político tradicional. WIKIPEDIA. Disponível em: <www.wikipedia.org>. Acessada em: 19 jan. 2013.

317 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 288-289.

318 VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 42.

depois da deslegitimação do Estado como instituição de proteção social, vêm procurando encontrar no Judiciário um lugar substitutivo, como nas ações civis públicas e nos Juizados Especiais, para as suas expectativas de direitos e de aquisição de cidadania.

Destarte, observa-se que a Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil está assentada em dois pilares básicos: a crise da democracia representativa e o acesso à justiça ampliado e constitucionalizado com a toda a sorte de direitos.

Na visão de Cappelletti et al³¹⁹ o acesso à justiça pressupõe não somente um sistema acessível a todos, mas a produção de “resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Há que assinalar que a constitucionalização e a criação dos juizados especiais no Brasil promoveu significativamente o aumento do acesso à justiça, tendo em conta a facilitação proporcionada pela simplicidade e celeridade das vias processuais próprias da natureza das causas de menor complexidade que no Brasil assumem expressivos números.

Como lembra Abreu³²⁰, a constitucionalização dos juizados especiais de pequenas causas e especialmente a edição da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, deram ênfase ao acesso à Justiça de forma democrática permitindo ao Judiciário intervir na busca da realização dos anseios sociais.

Explica o referido autor que³²¹:

A Constituição Federal de 1988 inovou substancialmente em tema de juizados. Primeiro, como já dito, conferiu foro constitucional a esse tipo de jurisdição especial – dantes regulada somente por lei ordinária federal, dando margem a inúmeras discussões acerca da sua constitucionalidade. Num segundo plano, ampliou o conceito de pequenas causas, até então

319 CAPPELLETTI, Mauro et al. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. Reimpressão, 2002. p. 8.

320 ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O Desafio Histórico da Consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 35.

321 ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O Desafio Histórico da Consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 206.

adstrito a um critério meramente valorativo de conteúdo econômico, incluindo, desta feita, as causas cíveis de menor complexidade, agora incorporando na definição da competência um critério qualitativo material, fundado na natureza da lide. A par disso, tornou obrigatória a criação desses juizados pelos Estados, conferindo-lhes competência concorrente para legislar sobre sua criação, funcionamento e processo.

Importante observar ainda que o Judiciário como um Poder contramajoritário representa também o direito das minorias que se encontram à margem do processo político majoritário, sendo este o grande papel de uma Corte Constitucional, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático”, sendo que “eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia”.³²²

Esse desempenho mais ativo do Judiciário, nos dizeres de José Herval Sampaio Júnior³²³, “nada mais é do que um corolário da aplicabilidade imediata que devem ter os direitos e garantias fundamentais em todas as situações fáticas”, constituindo verdadeiro atentado ao sistema democrático brasileiro negar esses direitos aos cidadãos.

Na lição de Barroso³²⁴, contudo, o Ativismo Judicial é até então parte da solução e não do problema, comparando-o a um antibiótico poderoso que deve ser usado quando necessário e desde que controlado, sob “risco de se morrer da cura”. O Ativismo Judicial não pode ser utilizado para desviar os reais problemas que afetam a democracia brasileira: “a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”, que passa obrigatoriamente por uma reforma política, a qual não pode ser feita por juízes.

322 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 238.

323 SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: Autoritarismo ou Cumprimento dos Deveres Constitucionais?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 424.

324 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 290.

É certo que a crise da democracia representativa não será solucionada apenas pela possibilidade de acesso à justiça. É preciso por sua vez ter prudência e equilíbrio na expansão desse comportamento ativista para que não ultrapasse os limites constitucionais com a supressão da vontade política da maioria que pelo poder do voto elegeu seus representantes.

3.2.2 O controle judicial das Políticas Públicas

A questão do controle judicial das Políticas Públicas está diretamente relacionada à efetivação dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal e que via de regra não são cumpridos sobretudo pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Maria Paula Dallari Bucci enuncia o seguinte conceito para política pública³²⁵:

[...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Por políticas públicas, afirma por sua vez Osvaldo Canela Junior³²⁶ que são “todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais. Estabelecido o direito fundamental social, os Poderes Legislativo e Executivo, no âmbito de suas competências constitucionais, têm o dever de promover a sua irradiação formal e material.”

325 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

326 CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147.

A Constituição Federal brasileira que foi pródiga em prever inúmeros Direitos Fundamentais é o alicerce sobre o qual o Judiciário se baseia para determinar a efetivação destes, na medida em que o texto constitucional é dotado de força normativa própria, seguindo o viés contemporâneo do Neoconstitucionalismo.

Assinalam Thays Oliveira et al que³²⁷:

Os direitos fundamentais se configuram como os mais importantes elementos para a configuração do neoconstitucionalismo. Quando o processo de expansão da atuação jurisdicional constitucional se ampara sobre seus fundamentos, até mesmo as decisões que incidem em controversas searas políticas encontram respaldo na sociedade, desempenhando o órgão que exerce a jurisdição constitucional um papel de guardião dos direitos agasalhados pela Constituição.

Os Direitos Fundamentais sociais constituem o núcleo essencial para a garantia da dignidade da pessoa humana porquanto “protegem determinados bens da vida, cuja garantia, segundo o consenso internacional, diminui os níveis de miséria, promovendo a igualdade substancial entre os homens. Estes bens da vida, ou, do ponto de vista ético, bens soberanos, constituem um núcleo irrevogável e complementar, a ser atendido por meio de atos materiais praticados pelo Estado”.³²⁸

Neste contexto, a Constituição de 1988 representou um enorme avanço dada a prioridade com que tratou dos Direitos e Garantias Fundamentais, erigindo-os à condição de cláusula pétrea e de aplicabilidade imediata, cuja abrangência se faz sentir nas mais diversas áreas voltadas ao bem estar social por meio da consecução de políticas públicas de responsabilidade dos Poderes constituídos.

Flávia Piovesan com pertinência destaca e exemplifica³²⁹:

327 BRITTO, Thays Oliveira de et al. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 27-28.

328 CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

329 PIOVESAN, Flávia. Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29-30.

[...] a Constituição de 1988, além de estabelecer no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. A título de exemplo, destacam-se dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixam, como direitos de todos e deveres do Estado, a saúde (artigo 196), a educação (artigo 205), as práticas desportivas (artigo 217), dentre outros. Nos termos do artigo 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. No campo da educação, a Constituição determina que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, acrescentando que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. Para os direitos sociais à saúde e à educação, a Constituição disciplina uma dotação orçamentária específica, adicionando a possibilidade de intervenção federal nos Estados em que não houver a observância da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, e).

Na realidade brasileira é frequente o desacerto em dar cumprimento às políticas públicas estabelecidas na Constituição, deixando o Estado dessa forma de realizar a sua finalidade social básica de garantir aos cidadãos condições de exercerem os Direitos Fundamentais mínimos inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, que na lição de Ingo Sarlet³³⁰ constitui elemento fundante e informador de tais Direitos, porquanto “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.

Esta grave omissão estatal exige o controle das políticas públicas por parte do Poder Judiciário que tem a missão precípua de salvaguardar os direitos constitucionais impedindo dessa forma que os demais Poderes se mantenham

330 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 87.

inertes e relapsos na condução de seus deveres elementares de preservação dos Direitos Fundamentais dos cidadãos.

Não se trata de uma intromissão indevida de competências, mas de um protagonismo necessário e legitimado pela própria Constituição que tem no Judiciário o seu maior intérprete.

Conforme assinala Estefânia Maria de Queiroz Barboza et al³³¹:

[...] a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito.

A Judicialização da Política surge assim no cenário brasileiro ante a inoperância dos demais Poderes em promover as políticas públicas necessárias para assegurar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, incisos I a IV, da Constituição Federal), ao passo que o Judiciário desponta neste contexto com a desenvoltura ativista própria para que tais objetivos sejam implementados por meio do controle constitucional das políticas públicas.

Os Poderes Executivo e Legislativo para justificar a sua inércia no cumprimento das políticas públicas lançam o argumento de falta de recursos orçamentários e que a implementação de determinada ação governamental em prol do coletivo não estaria dentro da reserva do possível³³², e que portanto tais questões de natureza política não poderiam ser avaliadas constitucionalmente pelo Poder

331 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz et al. Judicialização da Política e Controle Judicial das Políticas Públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 15, jan-jun 2012. p. 73.

332 “A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.” BRAUNER, Arcênio. O Ativismo Judicial e sua Relevância na Tutela da Vida. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 605.

Judiciário, mas pelos Poderes eleitos pelo povo, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes.

Todavia, referida argumentação não resiste quando em confronto com o direito fundamental à vida, à saúde, à segurança, ao trabalho, à educação, a uma condição digna de vivência, os quais dentro de uma escala de valores principiológicos devem ter eficácia plena e imediata e preponderância sobre questões de ordem financeira e política.

O Supremo Tribunal Federal³³³ reconheceu limites à teoria da reserva do possível em face da necessidade maior de se garantir um núcleo de eficácia aos Direitos Fundamentais, conforme:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Aponta Sarlet que³³⁴:

No que diz com a eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita, há que ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a qual pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz. Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem

333 Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, decisão monocrática do Ministro Celso de Mello. Fonte: www.stf.gov.br, acessada em 03.02.2013.

334 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 469.

constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.

É certo todavia que ao Poder Judiciário não caberá a interferência indevida no mérito das políticas públicas quando estas estiverem de acordo com os ditames constitucionais. Assim, não poderá haver uma determinação judicial que invada o mérito de uma decisão administrativa e eleja prioridades de governo, por se tratar de ato discricionário do administrador em conformidade com o Princípio da Separação dos Poderes.

Na lição de Osvaldo Canela Junior³³⁵.

É função precípua do Poder Legislativo e do Poder Executivo levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais. Por tal razão, gozam essas formas de expressão do poder estatal de ampla liberdade discricionária, mesmo porque são grandes as variáveis lógicas para a irradiação dos direitos fundamentais sociais. Estas variáveis, entretanto, devem sempre observar os parâmetros dos núcleos de irradiação. O Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Isto significa que a jurisdição não pode intervir indistintamente nas políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas.

Da mesma forma, toda decisão judicial no controle das políticas públicas deverá obedecer ao critério da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma a assegurar a melhor forma de atender aos objetivos estipulados na Constituição Federal e em observância à realização dos Direitos Fundamentais, sem comprometer a implementação de outras políticas públicas igualmente imprescindíveis.

Eduardo Cambi³³⁶ ressalva que a adoção de políticas públicas pelo Judiciário deve observar critérios de razoabilidade sob pena de se transformar num

335 CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

336 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 488.

Ativismo Judicial irresponsável e inviabilizar o orçamento público com despesas extraordinárias, como por exemplo “uma decisão judicial que determinasse a construção de milhões de casas populares imediatamente, tendo como base a implementação do direitos fundamental à moradia, previsto no art. 6º da CF/1988”.

Canela Junior³³⁷ destaca que o princípio da proporcionalidade pressupõe a “eleição de fins e a escolha de meios” e deverá obedecer a critérios de “justiça, igualdade, harmonia, necessidade, equidade, congruência, equivalência, proporção e adequação”, de sorte a atender aos fins primordiais do Estado, “por meio de políticas públicas que efetivamente irradiem os direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais sociais”.

Assim, o controle judicial das políticas públicas somente se legitima se exercido com proporcionalidade e razoabilidade e diante da afronta aos valores constitucionais praticada pelos demais Poderes, mormente quando os Direitos Fundamentais estiverem sendo descumpridos e a garantia de um mínimo existencial inerente a dignidade da pessoa humana deixar de existir. A garantia de um Estado Democrático de Direito se assenta sobretudo no respeito entre os Poderes e nos seus limites formais e substanciais estabelecidos pela Constituição.

3.2.3 O controle judicial da Ordem Econômica e Social

A passagem de um Estado Liberal para um Estado Social caracteriza uma mudança de paradigma expressiva no que tange à intervenção pública na esfera econômica e social.

Enquanto o Estado Liberal prega a ausência de sua intervenção na ordem econômica; o Estado Social filia-se à ideia de que a economia para funcionar precisa da atuação firme do Estado no sentido de buscar o equilíbrio social entre os menos e os mais favorecidos.

337 CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162-163.

A crise capitalista produzida por uma Sociedade Liberal incapaz de atender às demandas sociais contribuiu para a inauguração de um novo paradigma constitucional baseado no Estado Social de Direito ou Welfare State, o qual busca o equilíbrio nas relações econômicas e sociais e a efetividade dos Direitos Fundamentais.

Maurício Mota explica³³⁸ que a noção de Welfare State ou Estado Social de Direito surge com a ideia de que os direitos sociais são inerentes a qualquer cidadão. Decorre então que qualquer indivíduo, desde o seu nascimento, é titular de um conjunto de bens e serviços os quais devem ser fornecidos pelo Estado ou a quem este delegue, compreendendo assim direitos básicos como saúde, educação, auxílio ao desempregado, garantia de renda mínima, apoio à família entre muitos outros.

Contudo, o Estado Social de Direito não conseguiu resolver os problemas da ineficácia dos Direitos Sociais considerando sobretudo a enorme gama de prestações a serem atendidas e o enorme gasto público para a concretização de tais Direitos, juntamente com problemas de ordem econômica como o crescimento inflacionário e a estagnação do setor produtivo, ocasionando assim a denominada crise do Estado do Bem Estar Social³³⁹.

338 MOTTA, Maurício. Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. In: MOTTA, Luiz Eduardo; _____ (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias Críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 7.

339 “No princípio dos anos oitenta, o ciclo de prosperidade econômica iniciado na década de cinquenta chegou ao fim, por conta de dois fatos marcantes. O primeiro deles foi a decisão dos Estados Unidos de não manter a convertibilidade do dólar em ouro, tomada em virtude da quantidade da moeda norte americana em circulação em outros países. As turbulências econômicas causadas por esta decisão se prolongaram desde meados da década de setenta até o início da de oitenta. Diante desta nova realidade econômica, os governos começaram a ter sérias dificuldades para continuar implementando suas políticas econômicas do tipo keynesiano. Mas a crise econômica não foi a única responsável pelo questionamento ao modelo keynesiano. O segundo fato marcante foi o crescimento descontrolado do gasto público. Este problema, vale lembrar, continua sendo um dos grandes problemas de países como o Brasil, que se debatem entre assumir uma Social Democracia tardia ou controlar o déficit público, a carga tributária e a não intervenção do Estado em setores fundamentais, principalmente o social. As disputas eleitorais minaram a base racional sobre a qual se apoiava a proposta de Keynes. Os governos começaram a considerar que estimular a demanda e ampliar os direitos sociais – com o crescimento inevitável dos gastos públicos que isto implicou –

Nesse contexto de crise, o Judiciário é chamado à arena político-decisória e ao debate público, passando a ser visto como a melhor alternativa para a busca da efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, considerando a incapacidade dos demais Poderes em dar conta do desequilíbrio econômico e social instalado, ao mesmo tempo em que é mais cobrado e questionado o seu papel pela Sociedade em geral.

Cambi explica que³⁴⁰:

Se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua *neutralização política*, no Estado de Bem-Estar Social a explosão de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura. Passou a ser cobrada pela concretização dos direitos constitucionais. A luta por saúde, educação, moradia, segurança social, entre outros direitos, instrumentalizada em demandas individuais e sobretudo coletivas, promoveu a *juridificação da justiça distributiva*. O Judiciário foi chamado a enfrentar a gestão das contradições entre igualdade formal e justiça social. O desempenho judicial adquiriu maior relevância social, mas também começou a ser mais questionado pelos meios de controle social (especialmente, pela imprensa), tornando-se objeto de controvérsia pública e política.

Diante dos obstáculos vivenciados pelo Estado Liberal e pelo Estado Social de Direito emerge um novo paradigma de Estado denominado Estado Democrático de Direito, caracterizado como promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir³⁴¹, assinala José Afonso da Silva.

tinha menos custos políticos do que elevar impostos, algo que seria possível numa conjuntura de crescimento econômico elevado e sustentável, mas não numa conjuntura recessiva. A esse fator se uniram aqueles derivados da inércia dos investimentos públicos, que passaram a, no máximo, manter as estruturas já existentes. Qualquer governo recém eleito sofria com a contradição de manter o nível de gastos públicos ou assumir a impopularidade e o possível desgaste eleitoral que representaria a redução dos investimentos públicos que beneficiavam milhões de cidadãos.” CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p. 240-241.

340 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 178-179.

341 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito (art. 1º), que não representa a passagem para o Socialismo mas permite a perspectiva da realização de Direitos Sociais nela inscritos, e o exercício de instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.³⁴²

Assim, o Estado Democrático de Direito deve ser visto dentro de um contexto pós-positivista marcado pela inserção de valores na interpretação jurídica, pela normatização dos princípios com ênfase nos Direitos Fundamentais sob a égide da dignidade da pessoa humana, assinala Maurício Mota³⁴³.

Destaca ainda Mota³⁴⁴:

O Estado Democrático de Direito deve ser aquele capaz de submeter o exercício das funções do Estado ao Direito, limitá-lo, controlá-lo e assegurar valores como a autonomia, a liberdade e a igualdade naquelas circunstâncias onde possam imperar a fome, a insegurança ou a ignorância.

Mas, ao mesmo tempo, deve evitar a intervenção excessiva do Estado, mesmo que com objetivos igualitários, em tudo aquilo que ponha em risco valores como a responsabilidade, o esforço e mérito individuais, o desenvolvimento da autonomia e o talante moral dos cidadãos.

Neste cenário, a Judicialização da Política e das Relações Sociais surge no contexto do Estado Democrático de Direito como uma nova tendência da democracia contemporânea, caracterizada por uma política de direitos, pela

342 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120.

343 MOTTA, Maurício. Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. In: MOTTA, Luiz Eduardo; _____ (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias Críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 20.

344 MOTTA, Maurício. Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. In: MOTTA, Luiz Eduardo; _____ (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias Críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 20-21.

pressão dos grupos de interesses no jogo democrático e, primordialmente, pelo ativismo judicial³⁴⁵.

O Judiciário, pois, ante a ineficácia do Estado Social do Direito em suprir as desigualdades sociais transforma-se no espaço público para a solução dos conflitos e a distribuição da justiça, em que os direitos são reivindicados sob a ótica dos valores constitucionais e dos princípios normatizados.

No novo paradigma do Estado Democrático de Direito e o espaço ocupado pelo Judiciário, aponta Jorge Correa Sutil³⁴⁶:

Uma economia de mercado aberto descentraliza os fóruns de resolução de disputa. Enquanto o governo era o grande investidor nas sociedades latino-americanas, que controlava os preços, os sindicatos e a maioria dos empregos, os partidos políticos e as instituições do Executivo e Legislativo eram os fóruns mais importantes onde se colocavam as expectativas e as soluções dos conflitos entre os grupos sociais. Os conflitos mais importantes que surgem hoje em dia na América Latina normalmente não acabam mais em exigências para o governo mudar o modo como os benefícios sociais são distribuídos. Ao contrário, os agentes privados se confrontam no mercado ou nos tribunais [...] Durante o século XX na América Latina, os governos, os partidos políticos e várias instituições públicas usaram a linguagem da justiça social e da dignidade humana. Os não privilegiados aprenderam por mais de 50 anos como se integrar à sociedade e conseguir os benefícios sociais por meio desses canais políticos. Mas hoje esses canais políticos perderam muito de seu peso. O Judiciário, que com certeza não tem sido na tradição latino-americana um fórum importante para os não privilegiados apresentarem as suas reivindicações, pode tornar-se, finalmente, sob as novas condições, um lugar importante para integrar a justiça social.

A garantia de uma existência digna, segundo os ditames da justiça social, é o fim maior da ordem econômica e social, segundo estabelece o art. 170 c/c art. 193 da Constituição Federal de 1988, o que torna imprescindível o controle judicial da ordem econômica e social, na medida em que a questão afeta diretamente a

345 MOTTA, Maurício. Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. In: MOTTA, Luiz Eduardo; _____ (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias Críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 13.

346 SUTIL, Jorge Correa. Reformas judiciais na América Latina. In: PINHEIRO, Paulo Sergio et al. (Org.). **Democracia, violência e injustiça**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 287-295.

esfera dos Direitos Fundamentais e a sua frequente violação por parte dos Poderes majoritários, cujas políticas econômico-sociais não raramente vão de encontro aos interesses sociais e aos ditames constitucionais.

Na esfera econômica brasileira é comum se observar a adoção de planos e de medidas governamentais, assim como a elaboração de leis, tendentes à elevação da carga tributária e à diminuição das prestações estatais; em contrapartida o poder aquisitivo da população sofre enorme desgaste com a estagnação de salários e o aumento das tarifas públicas em total afronta direta aos princípios constitucionais da ordem econômica e social.

O Judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, intitulado como o guardião da Constituição, no exercício do controle da constitucionalidade, intervém de forma positiva na ordem econômica por meio de decisões que afastam do ordenamento jurídico a edição de leis, medidas provisórias e atos governamentais que ferem os preceitos da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

Importante salientar que essa intervenção judicial vem da própria sociedade civil, das minorias políticas, das organizações sociais e do próprio cidadão que recorrem ao Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar³⁴⁷.

Com efeito, a judicialização desse movimento tem atingido os objetivos de limitar a ação legislativa do Executivo, restringindo a sua intervenção regulatória do mercado aos ditames razoáveis da lei. Ainda, a consagração da ação popular e da ação civil pública, como novos instrumentos processuais, tem franqueado em muito o acesso do cidadão à defesa de seus direitos contra o Estado e o poder econômico, e dada a relevância desse processo afirmativo, pode-se dizer que a Judicialização

347 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 287.

da Política e das Relações Sociais no Brasil já constitui uma dimensão da própria Sociedade.³⁴⁸

Na análise de questões jurídicas de trato econômico o Judiciário exerce intensa atividade de interpretação resultando em decisões cujos efeitos são facilmente perceptíveis, como exemplifica Eugênio Rosa de Araújo³⁴⁹, em relação à concessão de expurgos de correção monetária em contratos de caderneta de poupança, prestações do Sistema Financeiro Nacional, saldos da conta do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e a mudança de padrão monetário operados nos planos econômicos, enfatizando a necessidade da análise econômica do direito, que investiga o impacto dos preceitos legais no comportamento dos agentes econômicos (trabalhadores, consumidores, Estado e empresários) em termos de suas decisões e bem-estar.

Da mesma forma, o controle judicial da ordem social torna-se imprescindível para a efetivação dos Direitos Sociais não assegurados pelas políticas governamentais.

Setores essenciais como a saúde, a segurança e a educação são constantemente negligenciados pela Administração Pública sob a justificativa de ausência de receitas no orçamento em detrimento do bem estar em prol da população objetivado na Carta Magna.

Neste aspecto, a alegação de que o Judiciário não pode conceder direitos por falta de previsão orçamentária não se sustenta, na medida em que o Estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos, de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não como óbice e o controle judicial quando exercido de forma independente contribui para a realização de tais objetivos, abstraindo-se de injunções de ordem econômica,

348 ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 287.

349 ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Ativismo judicial na política monetária**. Niterói: Impetus, 2012. Economia & Justiça. p. 118.

muitas vezes provocadas pela inabilidade administrativa dos demais poderes, quando não pela sua improbidade.³⁵⁰

Enfatiza Fernando Fróes Oliveira³⁵¹ que a par da discricionariedade que deve ter o administrador público na destinação dos recursos à consecução dos objetivos sociais:

Não se pode olvidar, de qualquer forma, que, nas hipóteses em que a Constituição determina diretamente uma destinação específica para o recurso, máxime mediante regras, o administrador aparece inegavelmente vinculado ao que foi prescrito. Se em algum momento histórico for instituído pela União, por exemplo, empréstimo compulsório, o que for daí arrecadado deve, por imposição constitucional específica, ser destinado a resolver os problemas fáticos que levaram à sua instituição. Da mesma forma, em respeito ao preceito da não vinculação da receita advinda dos impostos, será inconstitucional qualquer tentativa de resguardar permanentemente, da arrecadação do IPVA, um montante específico para reforma de estradas, ainda que por lei especial. O raciocínio é o mesmo nas destinações específicas para áreas sociais, como educação e saúde, não cabendo, aqui, qualquer possibilidade de afastamento pelo administrador.

Na conjuntura de um Estado Democrático de Direito semelhante ao preconizado na Constituição Federal de 1998 e diante de uma diversidade de Direitos Fundamentais Sociais ainda a serem implementados pelo Estado brasileiro que convive com problemas sérios de injustiça social e de desigualdade econômica causados pela inaptidão dos canais majoritários de implementar as políticas públicas necessárias ao desenvolvimento nacional, não é descabido afirmar que o Poder Judiciário, como órgão constitucionalmente previsto para fazer valer os direitos e garantias fundamentais, tem o dever de se sobrepôr aos demais Poderes, de estabelecer a correta leitura do texto constitucional e de impor o seu cumprimento.

350 CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102-103.

351 OLIVEIRA, Fernando Fróes. *Finanças Públicas, Economia, e Legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 707.

3.3 CASOS DE ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário Brasileiro e guardião da Constituição Federal, tem desempenhado recentemente um significativo protagonismo judicial na busca da efetivação dos direitos constitucionais.

O quadro da Judicialização da Política e das Relações Sociais, a visão arraigada do Neoconstitucionalismo e do Pós-Positivismo, o amplo acesso à justiça nos moldes de uma Constituição dirigente permeada por princípios normatizados pela supremacia dos Direitos Fundamentais contribuíram sobremaneira para que o Supremo Tribunal Federal tornar-se o centro do debate democrático de questões políticas e morais da mais alta relevância para a Sociedade brasileira.

A seguir são apresentados alguns casos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal que demonstram a sua atual postura ativista no contexto democrático de um Estado de Direito.

3.3.1 Aborto de Anencéfalos³⁵²

No presente caso, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF, decidiu por maioria de votos reconhecer o direito de a gestante recorrer à prática do aborto quando o feto for anencefálico, afastando assim os preceitos dos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal, que criminalizam a prática do aborto.

A decisão em questão tomou em consideração que não configura conduta criminosa a prática de aborto anencefalo por não se tratar de crime contra a vida, na medida em que o feto anencefalo não comporta vida potencial, tratando-se de uma inviabilidade fetal.

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

Luís Roberto Barroso³⁵³ aponta que a arguição de descumprimento de preceito fundamental se faz necessária, haja vista a vulneração de preceitos fundamentais, como dignidade, liberdade e saúde da gestante), a lesão causada pelo Poder Público consistente na incidência inconstitucional de normas do Código Penal, e a ausência de outros meios de sanar a lesividade.

Não se trata na hipótese de criar uma nova hipótese legal de aborto, o que implicaria uma invasão de competência do Legislativo, mas sim de interpretar os dispositivos do Código Penal que criminalizam o aborto conforme a Constituição, tarefa esta do próprio do Poder Judiciário no exercício de controle de constitucionalidade que lhe foi outorgado pela Constituição Federal.

A referida decisão, reputada de conotação ativista; contudo, não extrapola os limites constitucionais do Supremo Tribunal Federal porquanto seus fundamentos são extraídos do próprio ordenamento jurídico tendo em conta os preceitos fundamentais da vida e da dignidade da pessoa humana.

3.3.2 Direito de Greve dos Servidores Públicos e Regulamentação da Aposentadoria Especial³⁵⁴

O direito de greve dos servidores públicos, assim como a aposentadoria especial embora previstos na Constituição Federal, necessitavam de uma lei que os regulamentasse.

O Poder Legislativo no entanto jamais dispôs de tais assuntos numa configurada omissão de sua parte, restando assim ao Judiciário o dever de suprir a lacuna legislativa com vistas a efetivar direitos inscritos na Constituição Federal.

353 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 347.

354 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

No caso da aposentadoria especial, a supressão da lacuna se deu pelo Mandado de Injunção n. 721, em que uma servidora pública da saúde almejava o direito à contagem diferenciada para a sua aposentadoria porquanto trabalhara em local insalubre.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o caso, entendeu que não seria suficiente a mera comunicação da mora legislativa ao Poder Legislativo, revendo assim o seu anterior entendimento de que a ação de mandado de injunção tinha o caráter apenas declaratório.

Nesta hipótese, decidiu o Supremo Tribunal Federal efetivar o direito constitucional de aposentaria especial valendo-se da aplicação analógica da Lei 8.213/91, que versa sobre o regime geral de previdência social que trata da aposentadoria especial na iniciativa privada.

De igual forma, no Mandado de Injunção n. 670, o Supremo Tribunal Federal decidiu por regulamentar o direito de greve dos servidores públicos previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal, e que até então não havia sido objeto de deliberação legislativa.

Ante a inércia recalcitrante do Poder Legislativo, consolidou-se mais uma vez o entendimento de uma intervenção maior do Poder Judiciário no sentido de garantir o direito de greve do servidor público tendo em conta a aplicação da Lei 7.783/89, a qual disciplina o direito greve no setor privado.

Assim, até o advento de uma lei que discipline especificamente a greve no setor público, deverá ser aplicada a referida lei de forma analógica em relação à greve do setor privado, de modo a assegurar o cumprimento de uma norma constitucional até então não regulamentada.

Não se trata nas hipóteses em questão de extrapolação da competência do Judiciário - o que poderia configurar uma espécie de Ativismo Judicial pernicioso, - mas de efetivar um direito constitucional cuja omissão legislativa injustificável

impedia o seu exercício, transformando o Supremo Tribunal em uma corte progressista que produz decisões de perfil aditivo ao invés de se limitar tão-somente ao papel de legislador negativo.

Nesse sentido, corrobora Gilmar Mendes³⁵⁵:

“Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Evidentemente, espera-se que o Poder Legislativo a partir de então cumpra o seu papel de produzir as respectivas leis a fim de regulamentar especificamente os direitos de aposentadoria especial e de greve do setor público em conformidade com a Constituição Federal fazendo-se assim cessar a intervenção do Judiciário.

3.3.3 Demarcação das Terras Indígenas na Raposa Serra do Sol³⁵⁶

No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol no Estado de Roraima (PET 3.388), impondo porém 18 regras procedimentais, conforme voto do então Ministro Menezes Direito.

No caso, tratou-se de uma Ação Popular ajuizada contra a União pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto em que apontados vícios formais no processo de demarcação, além de prejuízos comerciais ao Estado de Roraima,

355 MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**: 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 558.

356 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

afetando também a soberania e segurança nacionais favorecendo-se mais aos interesses dos índios em detrimento do país.

A decisão sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto revelou-se ativista na medida em que reconheceu a constitucionalidade da legislação demarcatória e ao mesmo tempo determinou um conjunto de medidas em conformidade com a interpretação sistêmica dos dispositivos constitucionais, assegurando dessa forma por um lado o direito dos indígenas e de outro lado impondo limites à exploração da área demarcada.

Assinala Gilmar Mendes³⁵⁷ que a referida decisão marcou uma ruptura importante com a ortodoxia do Supremo Tribunal Federal em matéria de técnicas de decisão, tendo em conta as 18 regras procedimentais a serem adotadas em demarcações de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, as fronteiras do usufruto dos indígenas sobre as áreas que lhes são constitucionalmente garantidas.

Admitiu-se ainda no presente caso um grande número de assistentes de diversos interessados, figurando de um lado pessoas físicas e o Estado de Roraima contrários à demarcação das terras indígenas, e de outro lado, a FUNAI e comunidades indígenas, o que demonstra o pensamento atual do STF aceitar na lide todos os possíveis afetados pelo julgamento típico de uma sociedade aberta e democrática.

Cabe destacar ainda que houve a aceitação das medidas impostas pelo Supremo Tribunal Federal por parte do Executivo, que reconheceu a segurança jurídica advinda de tais providências e orientou tanto a FUNAI como o Ministério da Justiça no mesmo sentido³⁵⁸.

357 MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**: 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 140.

358 MIARELLI, Mayra Marinho et al. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 221.

3.3.4 Pesquisas de Células Troncos Embrionárias³⁵⁹

O Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 proposta pelo Procurador Geral de República contra o art. 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/05), julgou por maioria de votos a improcedência do pedido por entender que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana.

O fundamento do pedido estava justamente na violação do direito à vida e à dignidade da pessoa humana por configurar o embrião uma “vida humana”, segundo estudos trazidos à luz pelo autor da ação.

Trata-se de assunto complexo e delicado que envolve questões morais, religiosas e científicas, entendendo o Supremo Tribunal Federal que o embrião humano é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica e portanto tais pesquisas estariam em conformidade com os Direitos Fundamentais da Constituição, na medida em que os estudos de tão importante tema dignificam a vida humana por permitirem a cura de moléstias genéticas.

Conforme informa Gilmar Mendes³⁶⁰:

Chamado a se pronunciar sobre um tema tão delicado, o da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, um assunto que é ético, jurídico e moralmente conflituoso em qualquer sociedade construída culturalmente com lastro nos valores fundamentais da vida e da dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão que demonstra seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Estabeleceu em seu voto o aludido Ministro a obrigatoriedade de se compor um Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da

359 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

360 MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**: 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 544.

Saúde, para prévia autorização e permissão das pesquisas de células troncos de embriões humanos, de forma a reforçar a precaução e a segurança nos estudos realizados, traço indicativo de postura ativista embasado porém na conformidade constitucional de garantia dos Direitos Fundamentais.

Cumprе apontar o viés democrático da decisão tomada, considerando o amplo debate instalado com audiências públicas, ocasião em que peritos no assunto tiveram a oportunidade de externar seus conhecimentos acerca do tema, assim como propiciada a intervenção dos amici curiae, do Ministério Público e das Advocacias Pública e Privada, tornando o Supremo Tribunal Federal um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas³⁶¹.

3.3.5 Direito à Progressão de Regime aos Condenados por Crimes Hediondos³⁶²

O reconhecimento do direito de progressão de regime aos condenados por crimes hediondos foi assegurado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 82.959, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello.

O entendimento anterior da Suprema Corte brasileira admitia a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que previa a hipótese de cumprimento integral da pena em regime fechado aos condenados por crimes hediondos.

Contudo, o entendimento atual levou em conta que o aludido dispositivo legal fere o princípio constitucional de individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, porque retira do condenado a possibilidade de resgatar a sanção

361 MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**: 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 545.

362 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* n. 82.959. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

que lhe foi imposta de forma razoável, dificultando-lhe a reinserção social, fim maior do cumprimento da pena.

O Ministro Gilmar Mendes³⁶³ acompanhou o voto do relator, sustentando:

[...] é certo que o modelo adotado na Lei n. 8.072/90 faz tabula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado. Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a ideia de individualização enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas em maculatura.

Com base nisso, foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, a fim de assegurar a progressão de regime de cumprimento de pena em crimes hediondos com efeitos *ex nunc* e *erga omnes* independente de resolução do Senado Federal, aplicando-se por analogia a Lei 9.868/99 no controle difuso de constitucionalidade.

Apontam Mayra Marinho Miarelli et al³⁶⁴ que houve resistência em reconhecer efeitos gerais a essa decisão do STF, a ponto de ser necessário o ajuizamento de Reclamação, que fora distribuída sob o número 4.335 ao Ministro Gilmar Mendes que deferiu liminar no sentido de se afastar a vedação legal e ser possibilitada a análise dos demais requisitos para a progressão.

O Supremo Tribunal Federal estipulou ainda que até a aprovação de uma futura lei que disciplinasse a progressão deferida deveria ser aplicada a Lei de Execução Penal para aqueles que viessem a cumprir pena pela prática de crimes hediondos, sendo tal entendimento consolidado pela edição da Súmula Vinculante n. 26.

363 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* n. 82.959. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

364 MIARELLI, Mayra Marinho et al. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 227.

Cabe ressaltar que posteriormente foi aprovada a Lei 11.464/07 que disciplinou justamente a possibilidade de progressão de pena em crimes hediondos, o que demonstra que o legislador foi ao encontro do entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, o Judiciário ao tomar a iniciativa de reconhecer a inconstitucionalidade de um dispositivo legal que estava em dissonância com a base constitucional agiu dentro do seu papel de guardião da Constituição e se adiantou ao legislador reconhecendo a falha no texto legal, configurando pois a prática ativista em questão um benefício para a Sociedade.

3.3.6 Reconhecimento das Uniões Homoafetivas³⁶⁵

O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal exigiu dos seus Ministros uma postura pró-ativa porquanto interpretado o art. 1.723 do Código Civil³⁶⁶ em conformidade com a Constituição Federal levando-se em conta os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, intimidade, bem como os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que entre outros está o bem comum, independente de raça ou sexo, inexistindo portanto qualquer vedação por parte da Constituição quanto à formação de família entre pessoas do mesmo sexo.

A questão foi judicializada pela ADPF 132 e pela ADI 4.277, tendo como relator o Ministro Carlos Ayres Brito e como autores o Estado do Rio de Janeiro e o Procurador Geral da República, respectivamente.

365 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

366 Art. 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

No caso, o art. 1.723 do Código Civil não reconhece a união entre pessoas do mesmo sexo, tampouco o art. 226, § 3º, da Constituição Federal³⁶⁷; todavia, entendeu o Supremo Tribunal que a interpretação constitucional não pode ser feita de forma isolada, mas sistêmica e teleológica em consonância com os Direitos Fundamentais e sobretudo levando em conta os direitos das minorias, as quais tem no Poder Judiciário a sua força contra-majoritária e no Poder Legislativo o desinteresse em enfrentar a matéria, porquanto representante da maioria contrária.

O Ministro Celso de Melo acompanhou o relator, asseverando em seu voto³⁶⁸ que o STF deveria cumprir o seu papel de protetor das minorias “contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica”.

Nesse passo, enfatizou o referido Ministro que³⁶⁹:

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

Observa-se assim no presente caso que a atuação do Supremo Tribunal Federal se mostrou imprescindível na efetivação dos Direitos Fundamentais, sobretudo das minorias excluídas, e como assinalou em seu voto o Ministro Marco

367 Art. 226, § 3º, Constituição Federal: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Fonte: www.planalto.gov.br, acessada em 07 de março de 2013.

368 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

369 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

Aurélio³⁷⁰, “de nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante”.

Constata-se que houve a necessidade de uma intervenção maior do Judiciário, caracterizada por uma certa dose de Ativismo, com vistas a implementar um direito constitucional buscado por minorias, caso contrário, “o STF em nome da literalidade do texto, resolveria a questão em simples processo de subsunção e responderia negativamente aos anseios de cidadãos, também submetidos ao Estado Democrático de Direito, mas frustrados por não integrarem uma maioria”³⁷¹.

Em síntese, os casos acima apresentados, tidos como paradigmáticos por tratarem de questões delicadas e de complexa resolução, exigiram do Supremo Tribunal Federal um esforço hermenêutico constitucional para encontrar a melhor resposta que atendesse aos anseios daqueles que se viram frustrados na implementação de seus direitos constitucionais, ainda que não expressamente previstos em legislação ordinária por omissão injustificável dos demais Poderes.

Cumpra assim o Supremo Tribunal Federal a sua nobre missão de interpretar a Constituição com vistas a garantir a efetivação dos Direitos Fundamentais nos limites da sua atuação jurisdicional.

370 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

371 MIARELLI, Mayra Marinho et al. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 224.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa procurou analisar criticamente o tema do “Ativismo Judicial e a Efetivação dos Direitos Constitucionais no Brasil” valendo-se para tanto primeiramente da busca de estudos voltados à conceituação e à evolução do Ativismo Judicial em geral, para então focar-se na temática propriamente dita da efetivação dos direitos constitucionais no Brasil e a intrínseca e necessária relação que guarda com o Ativismo Judicial.

Trata-se de um abordagem inicial cuja pretensão escapa ao esgotamento do tema na medida em que o assunto suscita muitas polêmicas e controvérsias sobre o papel do Poder Judiciário no mundo atual e a delicada questão que envolve a separação dos poderes e os limites da atuação jurisdicional num Estado Democrático de Direito.

Contudo, o objetivo da pesquisa na medida em que colheu elementos identificadores do fenômeno do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política e das Relações Sociais, e em especial no Brasil, procurou desencadear estímulos para o desenvolvimento de futuros estudos a fim de abordar com maior profundidade esta complexa temática que envolve o direito num contexto político, moral, religioso, econômico e filosófico no mundo contemporâneo.

É certo que o Ativismo Judicial remonta ao direito norte americano do século XIX cujos primeiros ensaios apontam para o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte tendo como marco o célebre caso *Madison versus Marbury* e que no decorrer dos tempos ganhou impulsos de contração e de expansão conforme as exigências de uma menor ou maior presença do Estado nas relações políticas, sociais e econômicas.

Nada obstante essa origem remota, a emergência do Ativismo Judicial se deu sobretudo após a Segunda Guerra Mundial com o nascimento de Constituições Dirigentes e com a formação do Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*), o qual

se mostrou incapaz de dar conta da enorme gama de Direitos Fundamentais estabelecidos no texto constitucional com força normativa, configurando dessa forma um contexto de crise marcado pela impotência estatal.

Paralelamente, a visão positivista do direito, alheia à interferência da moral e da política, cede lugar ao Neoconstitucionalismo e ao Pós-Positivismo que conferem ao direito uma dimensão principiológica muito maior e complexa do que a simples subsunção do fato a norma, marcando a mudança de paradigma de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito.

É neste cenário que se intensifica a expansão do Poder Judiciário, preconizada por Tate e Vallinder na sua clássica obra “A Expansão Global do Poder Judicial”³⁷², sobrepondo-se aos demais Poderes seja para suprir as suas omissões seja para anular as suas decisões quando houver colidência com a ordem constitucional.

Não há dúvida de que este novo papel assumido pelo Poder Judiciário assinala um protagonismo sem precedentes ao tempo em que promove uma mudança radical na doutrina de Montesquieu da separação dos poderes, em que o juiz era visto como a boca que pronunciava as palavras da lei para a ascensão de um Poder qualificado por Cappelletti como o “terceiro gigante”.

Diante deste contexto, emerge um juiz forte e operante, agente político e transformador da realidade social que tem na Constituição o farol sinalizador da aplicação do direito aos casos que se lhe apresentam; um juiz que enxerga o direito sob a ótica dos princípios e que exerce o controle de constitucionalidade das leis incompatíveis com o ordenamento jurídico como um todo.

Pensadores e jusfilósofos do mundo moderno se dividem quanto ao grau de intensidade que este Ativismo Judicial deve se manifestar. Há basicamente três correntes principais: os procedimentalistas, os substancialistas e os pragmatistas.

372 TATE, C.N.; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University, 1997.

O eixo procedimentalista tem em Garapon e Habermas os seus maiores expoentes. Defendem um Ativismo Judicial moderado e necessário apenas a garantir um núcleo mínimo de Direitos Fundamentais, sob pena de tornar a Sociedade impotente e dependente do Poder Judiciário. Garapon e Habermas apontam para a necessidade de mobilização dos grupos sociais e a conciliação de suas diferenças sem a interferência direta judicial.

O eixo substancialista por sua vez, representado por Cappelletti e Dworkin, defende uma maior participação do Judiciário na Sociedade como forma de assegurar a efetivação máxima dos direitos constitucionais negligenciados sobretudo pelos Poderes Legislativo e Executivo. Enquanto Cappelletti visualiza o Judiciário como o “terceiro gigante” capaz de deter o avanço incontido dos demais Poderes; Dworkin cria a metáfora do “juiz Hércules” que encontrará no equilíbrio dos princípios a resposta única e mais justa para os casos difíceis.

Por fim, os pragmatistas representam a terceira corrente mais radical do Ativismo Judicial, e têm em Richard Posner o seu defensor mais ferrenho. Para Posner a solução mais justa de um caso concreto depende muitas vezes de fatores extrajurídicos voltados para o antifundacionalismo e para o consequencialismo, o que poderá levar a uma perniciosa discricionariedade fora dos limites do razoável.

Neste sentido, há que se ter cautela no uso desmesurado do Ativismo Judicial sob pena de se instalar uma Juristocracia na visão de Hirschl³⁷³ ou no denominado “governo dos juízes”, quando o grau de subjetividade das decisões extrapola a razoabilidade e os limites constitucionais, advertindo-se para o “solipsismo”, conforme Streck, o qual afirma a necessidade premente da construção de uma “teoria da decisão” como forma de se encontrar uma resposta adequada à Constituição, sob pena de se tornar o Judiciário um palco de decisionismos arbitrários.

373 HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy:** the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University, 2004.

O contraponto do Ativismo Judicial está naqueles que defendem a dignidade do Parlamento para criar o direito, na medida em que representa democraticamente os interesses daqueles que o elegeram, o que não ocorreria com o Poder Judiciário.

Jeremy Waldron sustenta neste aspecto que os chamados “desacordos morais razoáveis” envolvendo questões complexas não deveriam ser respondidos pelo Poder Judiciário, por não estar legitimado para tal incumbência, mas sim a própria Sociedade pelo Parlamento.

A despeito desta linha de pensamento, há que se ponderar que o Parlamento, sobretudo em países subdesenvolvidos, encontra-se omissos e inerte frente aos inúmeros problemas sociais que não encontram solução na legislação produzida.

Da mesma forma, há que se apontar a força contra-majoritária exercida pelo Poder Judiciário em favor dos interesses das minorias que se vêm desrespeitadas pela maioria representada no Parlamento.

Surge então a necessidade de recorrer ao Estado Juiz para a concretização dos direitos constitucionais negligenciados, de sorte que não cabe o argumento de falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário que tem como uma das suas nobres missões a defesa intransigente da Constituição, valendo a máxima da representação argumentativa de Alexy em que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”.

Neste sentido, o Ativismo Judicial se justifica para garantir o respeito à Constituição e a sua supremacia, na medida em que admite o Poder Judiciário o debate público e democrático das questões que lhe são trazidas ao conhecimento, mormente valendo-se da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, preconizada por Peter Häberle nas figuras das audiências públicas e do *amicus curiae*.

No contexto específico do Brasil, o Ativismo Judicial, conjugado com a Judicialização da Política e das Relações Sociais, tem tomado um rumo promissor, máxime após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988 que possibilitou o amplo acesso à justiça e consagrou em seu texto uma extensa pauta de Direitos Fundamentais Sociais dotados de força normativa e ainda uma ampliação dos instrumentos de controle judicial de constitucionalidade das leis, reservando ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição e ao Ministério Público um papel redimensionado de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Aliado a isso, observa-se no Brasil um intenso déficit de representatividade democrática pelos Poderes eleitos quer seja pela inércia do Legislativo em produzir as leis de interesse da nação, que seja pela inoperância do Executivo em implementar as políticas públicas necessárias ao desenvolvimento socioeconômico.

Neste contexto, os estudos encetados por Luiz Werneck Vianna revelaram uma enorme procura pelo Poder Judiciário nos últimos anos, com um aumento considerável de ações civis públicas e aquelas inerentes ao controle de constitucionalidade das leis ajuizadas pelo Ministério Público e pelos demais legitimados.

A seu turno, a mudança paradigmática de postura do Supremo Tribunal Federal de uma auto-contenção imposta pelo militarismo ao Ativismo Judicial propiciada pela abertura democrática mostra-se cada vez mais nítida pelos recentes julgados envolvendo a concretização de Direitos Fundamentais e sobretudo na defesa das minorias não representadas pelo Parlamento.

Diante dessas considerações, a presente dissertação pretendeu trazer à luz reflexões sobre o novo papel reservado ao Poder Judiciário e as suas relações com os demais Poderes no contexto atual neoconstitucionalista e pós-positivista.

A realidade brasileira vem demonstrando que esse atuar judicial vem atingindo os objetivos de efetivação dos direitos constitucionais, em que pesem os riscos de uma extrapolação dos limites da jurisdição constitucional.

Espera-se num futuro não tão distante que os Poderes Executivo e Legislativo cumpram as suas atribuições constitucionais e que a Sociedade assistida em seus Direitos Fundamentais não precise mais recorrer ao Judiciário, mas enquanto este ideal não se tornar realidade a alternativa da tutela judicial é a que se mostra mais razoável e eficaz.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. A Formação, os Desafios e o Perfil do Jurista Orgânico no Novo Milênio. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 100.

_____. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O Desafio Histórico da Consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. **Processo e Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. v. 3.

ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A Função Jurisdicional no Mundo Contemporâneo e o Papel das Escolas Judiciais**. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 07 dez. 2012.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, 1999.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVIM, Arruda. A EC N. 45 e o Instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional N. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Ativismo judicial na política monetária**. Niterói: Impetus, 2012. Economia & Justiça.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. Bauru: Edipro, 2009.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?: A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. 2011. 287f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <www.teses.usp.br>. Acesso em: 12 nov. 2012.

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

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz et al. Judicialização da Política e Controle Judicial das Políticas Públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 15, jan-jun 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em Busca de um Conceito Fugidio: o Ativismo Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* n. 82.959. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2013.

BRAUNER, Arcênio. O Ativismo Judicial e sua Relevância na Tutela da Vida. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

BRITTO, Thays Oliveira de et al. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas. Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: Uma Nota sobre a Superabilidade da Regras Jurídicas. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

CAMBI, Eduardo. Critério da Transcendência para a Admissibilidade do Recurso Extraordinário (art. 102, §3º, da CF): Entre a Autocontenção e o Ativismo do STF no Contexto da Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional N. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti

de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

_____. et al. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. Reimpressão, 2002.

CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica: Ética e Justiça**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

COELHO, Inocêncio Martirés. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

_____. Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

COSTA, Andréa Elias. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: UNESP, 2006.

COUTINHO, Heliana M. de A. **O Juiz Agente Político**. São Paulo: Copola, 1998.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. Além do Ativismo e do Minimalismo Judicial no Campo dos Direitos Fundamentais. Justificação Jurídica de Decisões e Competências. In:

FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____.; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Um questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; IUPERJ/FAPERJ, 2002.

FERNANDES, Stanley Botti. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O Papel Político do Judiciário e suas Implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FINE, Toni M. **An Introduction to the Anglo-American Legal System**. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

FREITAS, Ligia Barros de. “Desjudicialização” da política ou a insuficiência dos conceitos de judicialização da política/politização da justiça para análise da Justiça do Trabalho brasileira. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTTA, Maurício (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão**: Teorias Críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Tradução de Francisco Aragão. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1996.

_____. **O juiz e a democracia**: O guardião de promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. et al. **Os Juízes na Mundialização**: A Nova Revolução do Direito. Tradução de Rogério Alves. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2005.

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática: Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade. **Doutrina Nacional**. Disponível em: <www.aplicação.mp.mg.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008. v. 1.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University, 2004.

JORNAL GAZETA DO POVO. Curitiba. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br>. Acessada em: 28 nov. 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KOERNER, Andrei et al. Sobre o Judiciário e a Judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTTA, Maurício (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias Críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Ativismo Judicial e Participação Democrática: A Audiência Pública como espécie de Amicus Curiae e de Abertura da Jurisdição Constitucional – a Experiência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Audiência Pública da Saúde. In: LEAL, Rogério Gesta et al. (Org.). **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Ativez?: O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Ativismo ou Altivez?: o outro lado do STF. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. A Nova Face da Jurisdição Constitucional Brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial**: Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. As Novas Faces do Ativismo Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Interferências Extrajurídicas sobre o Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994.

_____. **Temas Atuais da Política Jurídica**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIARELLI, Mayra Marinho et al. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012.

MIOLA, Artemio A. **O Papel da Política Jurídica na Construção de um Novo Paradigma para o Direito**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica)—Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2006.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTEIRO, Juliano Rallo. Ativismo Judicial: Um caminho para Concretização dos Direitos Fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro et al. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTTA, Maurício. Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. In: MOTTA, Luiz Eduardo; _____ (Org.). **O Estado Democrático de Direito em Questão**: Teorias Críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008.

_____. **Ética para um Judiciário Transformador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **STF do Autoritarismo à Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. Finanças Públicas, Economia, e Legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

OLIVEIRA, Regis de. **O Juiz na Sociedade Moderna**. Coordenação de Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. **O advogado e a advocacia**. 3. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

_____. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12. ed. rev. Florianópolis: Conceito, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem Trauma: O possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

POSNER, Richard A., **Para além do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Entre Ativismo e a Inação Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: Autoritarismo ou Cumprimento dos Deveres Constitucionais?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANCHÍS PRIETO, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Moacyr Motta da. **Reflexões sobre Política e Direito**: Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre Estado, Direito e Política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as Teorias da Supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podium, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUTIL, Jorge Correa. Reformas judiciárias na América Latina. In: PINHEIRO, Paulo Sergio et al. (Org.). **Democracia, violência e injustiça**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C.N.; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University, 1997.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **O Perfil do Magistrado Brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1996.

_____ et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University, 1999.

_____. **A Dignidade da Legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. v. 2.

WIKIPEDIA. Disponível em: <www.wikipedia.org>. Acesso em: 20 dez. 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.