CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES FRENTE AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO COM BASE NO PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Rafael Augusto de Azevedo Volken

Lajeado, novembro de 2016

Rafael Augusto de Azevedo Volken

**ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES FRENTE AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO COM BASE NO PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II – Monografia, do Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre André Eduardo Schröder Prediger

Lajeado, novembro de 2016

RESUMO

Em meio a descrença de população com os Poderes Executivo e Judiciário graças aos diversos escândalos de corrupção da atualizada somados a sua ineficácia, cada dia mais o Poder Judiciário se infla, alavancado por uma postura ativista e perigosa frente ao Estado Democrático de Direito. Assim, essa monografia tem como objetivo geral analisar o que é o ativismo judicial, suas consequências, e os motivos pelo qual ele afronta o estado democrático de direito e deve ser combatido/limitado. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Portanto, o trabalho evolui por meio de reflexões e análises históricas e conceituais principalmente da origem do Estado Democrático de Direito e democracia, origem do ativismo judicial, criação dos tribunais constitucionais e importância do princípio da separação dos poderes. Em seguida, foi trazida a diferenciação entre o ativismo substancialista e procedimentalista, fechando o segundo capítulo com os argumentos trazidos pela doutrina pró ativismo. Finalmente, foi apresentado os malefícios da proatividade judicial, para então trazer o afastamento necessário entre direito e política, para então finalizar com a demonstração da necessidade de coibição/limitação do ativismo judicial diante de três pontos principais de argumentação apresentados. Nesse sentido, conclui-se que deve haver um mecanismo de limitação ao ativismo judicial pelo fato dele afrontar e trazer riscos ao Estado Democrático de Direito e a democracia.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito. Democracia. Separação dos Poderes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SOBERANIA DOS TRÊS PODERES	7
2.1 Origem histórica do Estado Democrático de Direito.....	7
2.2 Conceituação de democracia.....	10
2.3 A criação dos Tribunais Constitucionais	13
2.4 Princípio da Separação dos Poderes e origem histórica.....	16
2.5 A necessidade de independência e soberania dos três poderes	18
3 ATIVISMO JUDICIAL	22
3.1 Evolução histórica e origem do ativismo judicial	22
3.2 Ativismo Judicial: <i>Procedimentalista e Substancialista</i>.....	25
3.3 O controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial	27
3.4 Argumentos pró ativismo judicial.....	30
4 A COIBIÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL.....	34
4.1 O conceito de julgamento.....	34
4.2 Os malefícios do ativismo judicial	36
4.3 Binômio ativismo-autocontenção judicial.....	39
4.4 Separação entre Direito e Política	41
4.5 Consequências da não intervenção no ativismo judicial	44
5 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

Em virtude da descrença da população com os Poderes Executivo e Legislativo, por aclamação popular e sobrepondo-se a lei positivada, o Poder Judiciário está se inflando e ultrapassando os limites de sua competência originária para tentar sanar as deficiências dos demais Poderes.

A divisão e soberania dos três poderes, por ser princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, estando positivado no artigo 2º caput da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve ser respeitada sempre a fim de coibir qualquer tipo de afronta aos direitos humanos e fundamentais garantidos por nossa Carta Magna.

Com base na premissa anterior é que se baseia a justificativa para todo estudo, onde é analisado os riscos do instituto ativismo judicial e a necessidade de limitação dessa prática sob o foco da afronta que ela faz ao Estado Democrático de Direito.

A importância da discussão sobre o assunto não teria hora mais pertinente a ser feita, isso pelo fato de após diversos escândalos de corrupção terem sido descobertos no país, até mesmo com um impeachment da Presidente da República, o Poder Judiciário está tomando as rédeas da busca pela justiça a todo custo, com uma postura totalmente ativista, ensejando o que diversos doutrinadores chamam de “Ditadora do Judiciário”, quando diversos direitos constitucionalmente previstos estão sendo desrespeitados em nome da “justiça”.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar o que é o ativismo judicial, suas consequências, e os motivos pelo qual ele afronta o estado democrático de direito e deve ser limitado. O estudo discute como problema: qual seria o limite entre a necessidade interpretativa/criativa e politização do direito que o judiciário deve ter para suprir as lacunas legais e manter-se atualizado, frente a ofensa à soberania dos demais Poderes e ao Estado Democrático de Direito? Como hipótese para tal questionamento, temos que o princípio da separação dos poderes, expresso no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é uma das primordiais bases do estado democrático de direito em que vivemos. A prática do ativismo judicial, que atualmente tem crescido e ganhado força, alguma legitimação e prestígio por algumas correntes doutrinárias, se não muito bem limitado, afronta diretamente a soberania dos Poderes Legislativo e Executivo. É fundamental haver um controle e limitação da prática, que deixou de ser utilizada somente pelo Supremo Tribunal Federal (órgão responsável por fazer o controle constitucional), e passou a ser também usada por magistrados de primeiro grau, afrontando ainda mais a soberania dos Poderes e pondo em risco o estado democrático de direito.

A pesquisa, quanto à abordagem, será qualitativa, que tem como característica o aprofundamento no contexto estudado e a perspectiva interpretativa desses possíveis dados para a realidade, conforme esclarecem Mezzaroba e Monteiro (2014). O método a ser utilizado para o desenvolvimento do trabalho monográfico será o dedutivo. A futura pesquisa utilizará técnicas bibliográficas (fundadas em referencial teórico que envolve doutrina, artigos de periódicos e materiais de estudiosos da área encontrados em sites especializados) e documentais (com o uso de legislação, principalmente a Constituição Federal de 1988, e jurisprudência de Tribunais Superiores).

Desta forma, no primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo serão abordados aspectos conceituais e históricos do Estado Democrático de Direito e Democracia, a importância do controle de constitucionalidade nas constituições pelo mundo bem como seu surgimento, além de um estudo mais aprofundado quanto ao surgimento e conceito do Princípio da Separação dos Poderes e a necessidade de independência e soberania deles que a Constituição da República traz.

No segundo capítulo será descrito o surgimento e evolução histórica do ativismo judicial, que não tem conceituação pacificada na doutrina, sendo trazidas mais de uma vertente ao estudo. Após, será feita uma análise do ativismo substancialista, que é uma vertente mais radical do ativismo, e o ativismo procedimentalista. Além desses pontos já apresentados, o capítulo trará uma análise entre a relação do Supremo Tribunal Federal em seu controle de constitucionalidade e o ativismo judicial. Como fechamento do capítulo, serão apresentados os argumentos da doutrina que entendem que o instituto é importante e indispensável para o Estado.

Adiante, no terceiro capítulo, far-se-á um estudo quanto a necessidade de coibição/limitação que deve haver a postura ativista do Poder Judiciário. Inicialmente conceituando o que de fato é um julgamento e como ele deve ser feito e valorado, passando então para a apresentação dos malefícios da prática do ativismo judicial, para então serem trazidas duas análises, primeiro quanto ao binômio ativismo-autocontenção judicial, e então a necessidade de separação entre direito e política. Como fechamento para o estudo, serão explanadas as consequências da não intervenção e limitação do ativismo judicial.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SOBERANIA DOS TRÊS PODERES

2.1 Origem histórica do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito não surgiu de forma autônoma. Ele é precedido por dois conceitos e entendimentos, que são o *Estado Liberal de Direito* e o *Estado Social de Direito*, para somente após evoluir ao que é hoje.

O Estado Liberal de Direito surgiu após o fim do século XVIII com a queda dos Estados Absolutistas. Com a ascensão da burguesia ocorreu a revolução burguesa, que acabou com o absolutismo monárquico e o sistema mercantilista de mercado. A partir deste ponto que iniciou-se o Estado Liberal de Direito, que teve como objetivo assegurar principalmente o princípio da legalidade, obrigando o Estado a não se sobrepor as leis, limitando assim seu poder (RANIERI, 2013, p. 190).

O estado liberal veio como uma limitação do estado. Conforme traz Nina Ranieri (2013, p. 236), enquanto antes o poder absolutista não precisava respeitar os direitos do homem, agora passaram a existir regras o obrigando a tal. Tais regras sobrevieram do jusnaturalismo, sendo criados alguns direitos fundamentais do homem perante o Estado, sendo eles o direito à vida, à liberdade, à segurança e a felicidade.

A atribuição desses direitos fundamentais trazidos com o estado liberal não significa a obrigação de garantia dos mesmos pelo estado, e sim a oportunidade e

faculdade ao povo de fazer ou não fazer uso desses direitos, podendo o cidadão lutar por eles, não podendo o Estado intervir de maneira contrária.

A doutrina liberal entende que o estado de direito é limitado e regulado por normas gerais e positivas, conhecidas como fundamentais ou constitucionais, estando não só o povo subordinado a tais leis, mas também o próprio Estado, o que acaba por coibir diversos abusos e excessos, sendo portando garantias de liberdade. Norberto Bobbio (1988, p. 19) coloca muito bem essa ideia no trecho que segue:

[...] na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio invioláveis.

Para que houvesse a evolução do estado liberal de direito para o estado social de direito, teve que haver uma quebra do direito formal, neutro e individualista a que se apoiava. Nesses moldes liberais, os maiores beneficiários de tal sistema era a minoria da população, mais especificadamente a burguesia, parcela mais abastada financeiramente, por isso a necessidade de mudança e evolução para o estado social.

Ainda segundo as ideias de Bobbio (1988, p. 19), o principal dogma do estado social de direito é fazer buscar o bem social por meio de mecanismos de justiça social. Deixou nesse período de ser observado somente o individualismo do cidadão para ver então a sociedade como grupos sociais.

Na transição do estado liberal de direitos para o estado social de direitos, não foram perdidas as garantias antes conquistadas, e sim aprimoradas e acrescentadas diversas outras, com um foco mais social e menos individualista. Nessa nova forma de organização estatal, passou a haver intervenção econômica direta e indiretamente na produção, circulação e distribuição das riquezas e rendas geradas, e a partir daí iniciar a parte da justiça social, concretizando assim os direitos individuais, mas principalmente os sociais da população (RENIERI, 2013, p. 283).

Ocorre que o estado social de direitos não é perfeito. Continuando a explanação de Nina Ranieri (2013, p. 283), foram nesses moldes, pensando em uma

justiça social e bem maior da sociedade que movimentos como o nazismo foram criados, embasado em uma ideia de bem maior da sociedade. O fato é que para que se instale o estado de direito, não é condição o estado ser democrático.

A mudança do estado liberal para estado social, e após de estado social para estado democrático de direitos foi uma evolução gradual e necessária de adequação da postura do estado para com o seu povo.

Como traz o jurista José Afonso da Silva (1988, p. 21), podemos dizer que há uma equivalência entre os termos estado democrático de direitos com a junção dos termos e significação de estado de direito à justiça social. O estado democrático de direito se funda no princípio da soberania popular, com real participação da população nas decisões populares, primando sempre os direitos fundamentais individuais e coletivos.

Ainda segundo o autor, tal sistema de estado é o basilar da atual Constituição da República Federativa do Brasil, que traz em seu artigo primeiro que o país será formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios além do Distrito Federal, e irá se constituir em estado democrático de direito, tendo como fundamentos a soberania do Estado, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Para finalizar o artigo inicial, os legisladores colocaram uma afirmativa que quase denomina o estado democrático de direito, dizendo que *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”*

O doutrinador José Afonso da Silva (1992, p. 116) faz uma breve e pontual evolução do Estado Liberal, passando para o Social, chegando então ao Democrático de direito, que como antes já colocado, está recepcionado no artigo primeiro de nossa carta magna, vejamos:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito

Democrático da República Portuguesa (art. 2o) e o de Estado Social e Democrático da Constituição Espanhola (art. 10).

Assim como nas constituições europeias citadas pelo autor, a brasileira seguiu a mesma tendência em recepcionar nos artigos iniciais os direitos fundamentais do povo, bem como positivou o estado democrático de direito como sendo o escolhido para gerir a constituição.

2.2 Conceituação de democracia

Pode-se dizer que a democracia teve seu berço na Grécia Antiga, mais especificadamente em sua principal cidade, Atenas. Sua conceituação vem da união das palavras gregas “*demos*” e “*kracia*”, que significam povo e governo respectivamente.

Como traz Tathiana Chicarino (2014, p.156), com surgimento ocorrido no curso do século IV a.C. após uma revolta da população que culminou com o surgimento de uma nova constituição, o estado grego passou a ser dividido em três grandes regiões, que eram subdivididas em 10 demos, que seriam equivalentes a bairros, e novamente dividida em 10 tribos, formadas de três demos cada, sendo uma em cada região para melhor controle.

Marcelo dos Santos Garcia Santana (2013, p. 05) traz, A democracia grega tinha como principal fundamento a igualdade. Tal princípio se expressava de duas maneiras, isonomia e isegoria. Isonomia etimologicamente significa igualdade de normas, ou seja, que todos os homens estão sujeitos as mesmas normas e leis, não havendo distinções, e nem podendo ser mudadas a mera vontade de um imperador, sendo elas compartilhadas pelo povo. A expressão isegoria deriva dos termos gregos *iso*, que como anteriormente já foi dito significa igual, e *agoreuein*, que tem o sentido de falar, sendo portanto a igualdade de falar. Essa igualdade de fala como segunda expressividade da igualdade nada mais é de que todos do povo tem igual direito de manifestar-se politicamente, com o mesmo peso e valor do discurso entre dois homens .

Conforme Laercio Dias Guimarães e Ana Livia Bomfim Vieira (2012, p. 103), aparentemente fica muito coerente o princípio da igualdade como base para a democracia grega, mas o que não pode ser deixado de levar em conta é de que nem todos indivíduos que ali residiam eram considerados cidadãos gregos, sendo a maior parte da população excluída de tal igualdade.

Seguindo os ensinamentos dos juristas no desenvolvimento dessa parte histórica, para que um indivíduo pudesse ser considerado cidadão grego e protegido por esse princípio de igualdade e democracia, ele deveria obrigatoriamente ser grego, do sexo masculino, maior de 18 anos, livre, e estar quite com as obrigações militares. Ocorre que esses requisitos somente eram preenchidos por uma pequena parcela da real população da Grécia, sendo portanto um direito de igualdade entre poucos.

Esse novo sistema de político-democrático tinha como base a participação de todos cidadãos (preenchidos os requisitos acima listados para ser cidadão), e para isso a nomeação dos cargos para representação popular se dava mediante sorteio.

O historiador Michel Goulart (2013, p. 01) afirma que tal modo de escolha dos representantes era muito criticado pelos filósofos Platão e Sócrates, pois afirmavam eles que isso demonstrava que não havia preocupação com a qualidade e zelo das ações públicas, que estariam sido executadas por pessoas que talvez não fossem capacitadas para o cargo a que foram sorteadas. Ocorre que esse sistema de eleição por sorteio tinha uma razão para existir, que era principalmente a vedação de políticos profissionais, que poderiam atuar de maneira contrária às vontades da população.

Voltando a Guimarães e Vieira (2012 p. 105), foi por volta do século V a.C. que ocorreu a formação da Liga dos Delos, considerado o ápice da democracia ateniense, que foi uma unidade federativa formada entre as pólis gregas com o intuito de proteger as cidades dos ataques inimigos. A criação dessa liga implicou na cobrança de contribuições das pequenas cidades vizinhas com intuito de proteção, que após passou a ser um imposto, que no fim eram investidos na manutenção da democracia e fortalecimento e embelezamento de Atenas.

O declínio da democracia ateniense iniciou com a revolta das cidades menores que não se mostravam satisfeitas com a hegemonia de Atenas, rebelando-se então, iniciando uma guerra e o fim desse pagamento de impostos a capital.

Após a democracia da Grécia antiga, diversas outras vezes ela surgiu na história, porém somente no século XVII com filósofos iluministas como Rousseau é que ela surgiu em sua forma mais moderna, sendo vista então como a forma mais legítima de governo.

É evidente que a percepção e aplicabilidade do termo democracia tiveram diversas modificações no decorrer da história, culminando no atual compreender do termo, porém a base na igualdade (não mais a grega, e sim de modo mais amplo) permanece como pilar essencial. Conforme José Afonso da Silva (1992, p. 112), ela amadureceu e evoluiu da origem histórica e evolução do Estado Liberal de Direito e Estado Democrático de Direito, porém de maneira mais complexa e abrangente.

A democracia está apoiada sobre três pilares principais, que são a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa, pilares muito semelhantes ao da Revolução Francesa (*Liberté, égalité, fraternité*).

Rousseau em seu clássico *O Contrato Social* traz uma análise filosófica e sociológica sobre a vida sociedade do ser humano, defendendo que ela deve ser regida por contratos, sendo a sociedade detentora do poder, e não um monarca. Em sua teoria, o povo passa a ser o poder soberano, estando o Estado como agente desse poder somente.

Contemporaneamente, Bobbio é quem traz uma conceituação mais direta sobre o atual contexto e significado do termo democracia na sociedade moderna.

Na teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou DEMOCRACIA menos amplo, segundo os autores, de regras de jogo, ou, como também se diz, de "procedimentos universais". Entre estas: 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a

própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINI, 1998, p. 327)

Ele apresenta um conjunto de nove características que definiriam o que seria um regime democrático em uma teoria política contemporânea, mas concorda que nenhuma sociedade consegue aplicar todos conceitos em seu sistema.

O conjunto das características definidoras e conceituais de democracia fortalecem a ideia principal e basilar dos pilares democráticos, sendo a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa.

Atualmente, no Brasil figura a democracia semidireta, quando o sistema é representativo e não mais direto. O povo elege representantes para que representem seus interesses em grupos menores. Tal forma não desvirtua o poder do povo, sendo somente uma forma mais prática da aplicação da democracia em um país com uma população tão expressiva.

2.3 A criação dos Tribunais Constitucionais

A criação do sistema de controle de constitucionalidade por meio de tribunais constitucionais é o mais difundido pelo mundo na atualidade. Ele utiliza o modelo jurisdicional, que é o controle de constitucionalidade pelo poder judiciário.

Conforme ensina Nagib Slaibi Filho (2008, p. 02), existem duas modalidades de controle que tiveram vertentes em locais distintos do mundo. A primeira é a que nasceu nos Estados Unidos da América no início do século XIX. Tal instituto de controle surgiu no caso *Marbury v. Madison* onde houve um conflito de uma lei ordinária com um direito fundamental positivado na constituição americana. Na resolução, o magistrado da Suprema Corte Americana decidiu que o direito

fundamental se sobreporia a legislação ordinária. Com isso, foi aberto um precedente que fez com que magistrados de todo país fizessem o mesmo sempre que houvesse conflitos entre normas comuns e constitucionais, decidindo com base na constituição. Por criação jurisprudencial, surgiu então o controle difuso de constitucionalidade americano.

A segunda modalidade de controle de constitucionalidade se deu um século mais tarde, com o surgimento do inovador instituto positivado na constituição austríaca de 1920, a fim de fazer o controle de constitucionalidade do país, tendo como influência o jurista Hans Kelsen. Com a ideia de que a Constituição é o fundamento do Estado que Kelsen apoiou sua ideologia que originou esse sistema de controle.

Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas" (KELSEN, 2003, p. 130-131).

O doutrinador também defendia que, assim como efetivamente foi implementado, o controle constitucional deveria ser feito por um órgão externo ao poder judiciário e também aos outros dois poderes, sendo órgão autônomo.

O sistema austríaco idealizado por Kelsen foi inovador e aparentemente oposto ao americano. Ele era concentrado e não fazia a análise em casos práticos, somente sobre normas e leis a fim de negar a vigência de modo geral a uma norma caso ela afrontasse algum preceito constitucional.

Como maior influenciador desse sistema de controle, é importante falar na teoria de Kelsen (2013) que considerava o direito como sendo uma “pirâmide hierárquica” entre as normas, ficando a Constituição sempre no topo, e descendo gradativamente de acordo com o a classificação da lei. Para ele, a manipulação da legislação ordinária caberia ao poder judiciário, já a legislação constitucional, caberia exclusivamente aos tribunais constitucionais.

O sistema de origem americana e o de origem austríaca para controle de constitucionalidade que aparentemente são opostos, na prática são utilizados de

forma mista por diversos países. Conforme doutrina Stamato (2005, p. 90), cada vez há maior aproximação entre os dois, vejamos:

[...] verifica-se que as bases teóricas que fundamentam a jurisdição constitucional norte-americana e a austríaca são bem diversas. Não obstante, há pontos de aproximação. O primeiro deles é o fato de a noção de Constituição ser restrita às normas de fixação, organização e limitação do poder.

No que toca a aplicação e a criação do direito pelas cortes constitucionais, os sistemas vêm aproximando-se, pois, cada vez mais, as cortes são chamadas a atuar em casos que versam sobre direitos humanos, fixando critérios de interpretação para as cláusulas principiológicas da Constituição. O sistema norte-americano, embora seja difuso e pela via incidental, conta com o instituto do precedente, e o austríaco, embora seja concentrado e pela via principal, possui efeito 'erga omnes'. Desse modo, a interpretação conferida pelo tribunal acaba refletindo sobre toda a sociedade em ambos os modelos.

Esse é o caso do Brasil, que tem o sistema de controle de constitucionalidade misto/híbrido. O STF tem o papel tanto de julgar e aplicar a constituição a casos práticos, que é característica do sistema difuso, quanto para fazer a análise das leis e atos normativos, característica do sistema concentrado.

O órgão responsável por ser o guardião da Constituição da República Federativa do Brasil é o Supremo Tribunal Federal. Ele foi criado pelo Decreto nº 848, de 11.10.1890, e atualmente tem função originária e recursal. Dentre as funções originárias, está o controle de constitucionalidade. Ele é parte integrante do Poder Judiciário, sendo o grau máximo recursal do poder, não sendo portanto órgão autônomo dos demais poderes.

A competência do supremo para resguardar e defender a Constituição está tutelada na carta magna, no artigo 102, afirmando que "*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*", sendo então o órgão responsável para tal.

O STF estabelece-se em Brasília/DF e tem sua composição tutelada no artigo 101 da Constituição Federal. É composto por 11 ministros com notável saber jurídico e conduta ilibada, tendo como requisito ter mais de 35 anos. Diferente dos demais operadores da justiça (advogados, promotores, juízes, desembargadores...), podemos observar que para um cidadão ser nomeado ministro da suprema corte brasileira ele não necessariamente deve ter formação acadêmica específica,

bastando ter o “notável conhecimento jurídico” para que possa ser nomeado para ministro.

2.4 Princípio da Separação dos Poderes e origem histórica

O princípio da separação dos poderes é considerado o ponto principal para manutenção de nosso atual estado democrático de direito a que a constituição federal se apoia.

Antes de podermos traçar sua evolução histórica e significação, é necessário que se faça uma breve definição e conceituação do que seria um princípio, e no que ele se difere de uma mera norma ou regra.

A constituição brasileira teve muita influência nos modelos constitucionais europeus, sobretudo o alemão. O filósofo e jurista alemão Robert Alexy (1997, p. 162), que tem como principal linha de estudos os direitos fundamentais, traz muito bem uma definição do que seria um princípio, vejamos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Os princípios não estão sempre positivados. Eles são conceitos e nortes que devem sempre que possível serem respeitados tanto na criação quanto no respeito as leis, diferente das normas, que podem ser ou satisfeitas, ou não satisfeitas. Além dessa fato, as regras são mais rígidas e fechadas, elas impõem, proíbem ou permitem, necessitando dos princípios para flexibilizar o direito, conforme doutrina Bertoncini (2002, p.78):

Um sistema só de regras geraria um ordenamento rígido e fechado, exigindo uma quantidade absurda de comandos para atender às necessidades naturalmente dinâmicas da sociedade - problema que não passou despercebido a Canotilho. Por sua vez - assevera o mencionado constitucionalista -, um ordenamento jurídico exclusivamente principiológico

produziria insegurança, haja vista o elevado grau de abstração dos princípios, voltados de modo secundário à prescrição de comportamentos.

Conforme a citação, verifica-se que um sistema jurídico baseado somente em princípios é inseguro por ser demasiadamente abstrato, e um sistema exclusivamente feito de regras é excessivamente rígido e impreciso, podendo-se então concluir que é a harmonia entre regras e princípios que traz a melhor composição.

Outra diferença existente é nos momentos de conflito e colisão. Quando há uma colisão entre regras, existem mecanismos legais que determinam qual deve preponderar, um afastando a aplicação do outro (lei especial sobre geral, regra mais nova sobre a mais antiga). No caso dos princípios é diferente, não podendo um se sobrepor ao outro, havendo um conflito, e não uma colisão, podendo mais de um sempre ser aplicado ao caso concreto, pois como doutrina Alexy (1997), os princípios são “mandamentos de otimização” do direito.

Após essa breve explanação sobre regras e princípios, fica mais simples entender o surgimento da separação dos poderes e sua evolução pela história.

Conforme o estudioso António Freire (2016, p. 396), diversos pensadores gregos já defendiam a necessidade de limitação do poder político, mas Platão, ao analisar o que seria a *Polis* perfeita trouxe a ideia de divisão das obrigações e funções na comunidade, podendo ser considerado o precursor da divisão dos poderes.

Ocorre que Platão trouxe somente uma ideia inicial quanto ao tema, sendo muito distante ainda do modelo atual. Coube a Aristóteles aprimorar tal ideia e estudá-la mais a fundo, trazendo pela primeira vez o conceito de divisão tripartite do poder.

Freire ainda traz que o pensamento aristotélico do tema foi aprimorado por John Locke, que afirmava que o Estado teria três funções principais, a federativa, a executiva e a legislativa. Ocorre que o sistema tripartite apresentado por Locke não é totalmente trifásico, pois a função executiva e federativa seriam muito próximas, não havendo a necessidade de serem autônomas. Além desse fato, ele não colocou o judiciário como poder autônomo.

Posteriormente Montesquieu na obra *O Espírito das Leis* trouxe o modelo tripartite atual à que nossa constituição se apoia. Ele determinou a necessidade de haver três poderes, legislativo, executivo e judiciário. Em sua argumentação, ele defende a impossibilidade e riscos caso quem execute as leis possa participar do processo legislativo, pois poderiam haver tiranias por parte do executivo criando suas próprias leis. Quanto ao judiciário, é dito que caso ele pudesse interferir junto ao legislativo, as possibilidades de arbitrariedades dos julgadores que criassem suas próprias leis trariam riscos a sociedade.

Conforme conceitua o doutrinador Dirley da Cunha Junior (2010, p. 514) em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, os três poderes devem ser desempenhados por organizações diferentes, cada qual com suas atribuições e poderes, não devendo um interferir no outro.

[...] os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes.

O respeito ao princípio da separação dos poderes aparentemente é simples e de fácil compreensão e respeito, porém como será melhor abordado no decorrer da monografia, cada vez mais o artigo 2º de nossa Constituição Federal que positiva tal princípio é desrespeitado, principalmente pelo poder judiciário.

2.5 A necessidade de independência e soberania dos três poderes

O princípio da separação dos poderes surgiu principalmente com o intuito de limitar o poder para que ele não ficasse nas mãos de somente uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas. Com receio de haver arbitrariedades e tiranias por parte do Estado, foi por meio da separação dos poderes que se encontrou a maneira de coibir os excessos indiscriminados e controle das ações estatais.

A evolução histórica do sistema tripartite de poderes que foi abordada no subcapítulo anterior, demonstrou o gradual amadurecimento do sistema que teve sempre seu crescimento alavancado por ideias de conceituados filósofos de sua época.

Conforme Julio Cezar da Silveira Couceiro (2012, p. 01), o sistema tripartite, que é o utilizado pela maioria dos países ocidentais modernos, foi implantado da maneira que está após a inserção do poder judiciário por Montesquieu. Ele está recepcionado no artigo 2º da nossa Constituição Federal, que diz que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Como tutela o artigo, os Poderes devem obrigatoriamente ser independentes, não devendo um intervir na soberania do outro. Para que isso fique mais claro, é necessário que se faça uma explanação das responsabilidades e obrigações de cada uma dos Três Poderes.

O Poder Executivo é o responsável pela administração do país. Ele é dividido em três esferas, a federal, regida pelo presidente da república, a esfera estadual, regida pelos governadores de cada estado, e a municipal, que é de responsabilidade dos prefeitos.

Couceiro (2012, p. 01) traz em seu artigo as funções e subdivisões dos Poderes. A função originária do Poder Executivo é a de administração, porém tem a função secundária de, em casos específicos, legislar. O poder secundário de legislar se dá por meio de medidas provisórias (Artigo 62 da Constituição Federal que autoriza em casos de relevância e urgência), bem como propor projetos de lei para serem votados. Ocorre que as medidas provisórias deveriam ser usadas somente em casos excepcionais, algo que não está mais sendo respeitado, banalizando o instituto e agindo em diversos casos para a arbitrariedade do executivo. Outro ponto que o Poder Executivo interfere no poder de legislar é na questão de sancionar ou não as leis aprovadas nas casas. Tais funções originárias e secundárias estão positivadas na constituição.

O Poder Legislativo, que tem previsão legal no artigo 44 e seguintes da Constituição Federal, tem a função originária de legislar. Cabe a ele a elaboração da maioria das leis que regulam a população e governo.

Esse Poder também é dividido em três esferas, sendo a Federal, Estadual e Municipal. A esfera municipal é controlada pelas câmaras municipais, a estadual comandada pelas Assembleias Legislativas, e a federal, com um sistema bicameral, pelo Senado Federal e Câmara de Deputados. No sistema bicameral, o Senado representa por meio dos senadores as unidades da federação, e os deputados federais representam na Câmara o povo.

Além da função originária de legislar, esse poder tem a função secundária de fiscalizar o Poder Executivo e seus atos. Cabe também ao legislativo processar e julgar o Presidente da República e Vice nos casos de processo de impedimento.

O terceiro poder, incluído historicamente por Montesquieu, é o Poder Judiciário. Ele tem a função originária de julgar e assegurar o respeito as leis. Esse poder atua em função do poder legislativo mediante as leis que estão em vigor, buscando a resolução de conflitos para harmonização social.

O Poder Judiciário é subdividido em duas esferas, a Justiça Federal e a Justiça Estadual. A Justiça Federal é composta por juízes federais e tribunais, com a capacidade de julgar processos envolvendo a União, autarquias federais e empresas públicas federais. Além disso, as justiças especializadas do Trabalho e Militar também são de competência federal. A justiça estadual é a responsável por julgar todas as demandas cuja competência não é da justiça federal e nem das especiais.

A separação dos poderes está positivada na constituição e é uma das cláusulas pétreas contidas na carta magna a fim de resguardar a integridade de nosso Estado Democrático de Direito e unidade federativa. A sobreposição de um poder ao outro e o desrespeito a soberania entre si seriam capazes de gerar um colapso de nossa constituição.

Os juristas Guilherme Fortes Monteiro de Castro e Eduardo da Silva Gonçalves (2012 p. 01) trazem em seus ensinamentos que existem dois sistemas de direito no mundo, sendo o direito comum (*common law*) e o direito civil (*civil law*). O

primeiro é de origem anglo-saxônica, adotada por países como os Estados Unidos e Reino Unido. Esse sistema tem como fonte do direito a tradição e as experiências anteriores, sendo portanto basicamente jurisprudencial. Já o sistema civil, é de origem romano-germânica e tem como fonte do direito as leis positivadas.

Como eles afirmam, o Brasil inicialmente adotou a *civil law* como fonte do direito, porém com o passar dos anos e a implementação dos sistemas de precedentes e decisões repetitivas trazidas pelo atual Código de Processo Civil, está havendo uma transformação do sistema para uma modalidade híbrida. Como será demonstrado no decorrer da monografia, deve-se ter muito cuidado com essa modalidade mista, pois ela acaba por fazer o Poder Judiciário se sobrepôr ao Legislativo, legislando por meio de decisões das cortes superiores.

Ocorre que atualmente, com crescimento de ocorrências de maneira gradual e constante, o Poder Judiciário, por meio do instituto do Ativismo Judicial, está ultrapassando suas atribuições legais a agindo arbitrariamente de maneira contrária a lei, ferindo a soberania principalmente do Poder Legislativo.

Para eles, o desrespeito a soberania dos poderes está cada vez mais alarmante, pois além de haverem julgamentos de maneira contrária às leis ordinárias por parte de juízes de primeiro grau, o Supremo Tribunal Federal, que deveria ser o guardião de nossa Constituição e sempre basear-se no princípio da legalidade para que o que está positivado na lei máxima de nosso país fosse respeitado, também age com arbitrariedade e fere até mesmo cláusulas pétreas para julgar de maneira muitas vezes políticas. Um claro exemplo dessa postura ativista e perigosa por parte de nossa Suprema Corte é a autorização de prisões em segunda instância sem que haja o trânsito em julgado da decisão, o que fere diretamente a cláusula pétrea positivada no artigo 5º, LVII.

A ineficácia de um poder não legitima o desrespeito de sua soberania por outro. Diante dessa afirmativa, devemos analisar a necessidade de limitação dessa postura ativista que o Poder Judiciário está tendo para que não seja posta em risco a soberania dos poderes, e com isso o Estado Democrático de Direito.

3 ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Evolução histórica e origem do ativismo judicial

O ativismo judicial, desconsiderando a comparação e a criação judicial do direito e o controle difuso de constitucionalidade, teve origem no direito estadunidense. Sua primeira aparição de forma clara se deu no caso *Lochner versus New York*, quando a Suprema Corte americana julgou inconstitucional uma lei do estado de Nova Iorque que limitava a carga horária de trabalho dos padeiros a 60 horas semanais, defendendo que de acordo com o princípio da liberdade individual de contratar, a norma estatal que fazia tal limitação era irrazoável e arbitrária. Conforme Teixeira (2012 p. 02), essa decisão contribuiu para o surgimento da “Era Lochner”, quando a Suprema Corte passou a anular as diversas intervenções econômicas que o estado fazia, sendo considerado então o primeiro caso flagrante de ativismo judicial.

O termo ativismo judicial surgiu somente alguns anos após a prática do primeiro ato, mais precisamente no ano de 1947, em uma publicação do historiador Arthur Schlesinger Jr. para a revista *Fortune*. Nessa publicação é que pela primeira vez na história foi-se usado o termo Ativismo Judicial (judicial activism). Na matéria foi listado o nome de quatro juizes da época considerados ativistas, e três que seriam por ele considerados como “campeões do autocomedimento” (champions of self-restraint), postura totalmente contrária ao ativismo judicial. Os supostos *champions of self-restraint* acreditavam que “o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense.”.

Conforme o professor e Doutor Teixeira (2012 p. 02) traz em seu artigo científico, analisando os estudos de Schlesinger, foi determinado um aspecto fundamental do ativismo judicial, como sendo a indissociabilidade entre Direito e Política na postura ativista, vejamos:

Um aspecto fundamental do ativismo judicial que Schlesinger detectou imediatamente foi a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade. Keenan D. Kmiec, ao comentar o artigo de Schlesinger, destaca que este já havia detectado que os judicial activists entendem como indissociáveis Direito e Política, o que impediria existir uma resposta "correta" em definitivo, pois toda decisão judicial importaria uma escolha política do julgador.⁸ Segundo essa perspectiva, o autocomedimento não passaria de um ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhoras sociais que devem nortear o julgador.

Conforme a citação, a impossibilidade de divisão entre direito e política impõem que não há respostas corretas de forma geral, cabendo ao magistrado de maneira política decidir sobre cada caso.

Teixeira (2012 p.02) continua sua análise sobre o historiador Schlesinger afirmando que ele esquecera de considerar dois importantes pontos. Primeiro seria quanto a imprecisão do termo criado, sendo de certa maneira considerada vaga sua significação, e por segundo a falta da indagação quanto a prática ativista ser benéfica ou maléfica à sociedade, restando portanto diversas lacunas a serem exploradas quanto ao tema por outros doutrinadores.

Quanto aos benefícios e malefícios da prática, existem três correntes quanto ao tema, sendo cada qual defendida por diversos doutrinadores. Um dos grupos é favorável a postura ativista de maneira livre por parte do Poder Judiciário, corrente defendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso. A segunda entende que em alguns casos é sim importante essa postura mais proativa dos magistrados, mas que a prática deve ser controlada e só usada em alguns casos, e a corrente, que é defendida por Lenio Streck e objeto do presente trabalho, é contrária a prática do ativismo judicial pela afronta que ela faz a soberania dos poderes.

Em relação a imprecisão terminológica, esse ponto ainda não é pacífico na doutrina. Existe uma variação do conceito de ativismo judicial de acordo com a ideologia de cada autor. A jurista Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 21) lista em seu livro *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* cinco conceitos a fim

de dar significação ao que seria ativismo judicial, bem como analisa a falta de consenso quanto ao termo ativismo, vejamos:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas- de conceituação no Direito norte-americano, Merriam-Webster's Dictionary e Black's Law Dictionary, evidencia que, já de origem o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos. [...]

a) a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar "das salas das sessões"; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultados pré-determinados.

A falta de consenso pode ser facilmente observada ao verificar a análise conceitual que Luis Roberto Barroso (2008, p. 09) faz por um prisma totalmente diferente da autora anterior, trazendo três pontos totalmente diferentes, vejamos:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de 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.

Barroso (2008) ainda afirma haver um termo oposto ao ativismo judicial, que seria a auto-contenção judicial, quando o judiciário reduz sua interferência nos outros poderes e se atém a seu papel expresso previsto na constituição.

Conforme Teixeira (2012, p. 03), no direito brasileiro, o Ativismo Judicial começou a ter maior visibilidade a partir da Constituição Federal de 1988. Com maior liberdade para os magistrados julgarem bem como com o controle de constitucionalidade sendo feito pelo Supremo Tribunal Federal de maneira mista, uma postura cada vez mais proativa do Poder Judiciário apareceu.

Essa proatividade do Poder Judiciário está cada vez mais em voga no direito brasileiro. Com a descrença da política nacional, grande parcela da população dá

maior credibilidade a esse poder, tornando-o um protagonista no cenário nacional, judicializando então a política. Segundo Roberto Basile Leite (2011, p. 179) em sua tese de doutorado, isso é um “processo social por meio do qual o próprio poder constituinte ou parlamentar amplia a área de atuação dos Tribunais, juridicizando setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos à ação judicial”.

3.2 Ativismo Judicial: *Procedimentalista e Substancialista*

Existem duas correntes quanto a conduta dos magistrados dentro da terminologia ativismo judicial, que seriam as teorias procedimentalista e a substancialista.

Na teoria procedimentalista, é defendida a não invasão do direito no campo político. Essa corrente entende que a constituição não tem derivação valorativa, sem qualquer conteúdo ideológico. É dessa maneira que pensa o doutrinador André Ramos Tavares (2007, p. 338-339), expressando em seu artigo “A constituição é um documento valorativo?” publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional no ano de 2007, vejamos:

De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes.

Os procedimentalistas defendem que as decisões jurídicas deveriam ser embasadas principalmente na moral de princípios, sendo portanto uma crítica ao sistema positivista puro. Na mesma linha, é entendido que caso o juiz interpretar ultrapassando o limite do texto legal, estará esse fazendo um papel de legislador, e não mais de julgador. Esse é o entendimento das juristas Marcia Carla Pereira RibeiroI e Vivian Amaro CzelusniakII no artigo “Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista” publicado na revista científica Scielo.

Para Kozicki e Barbosa (2008, p. 17), não cabe ao judiciário fazer a interpretação dicotômica do sentido da norma dando a ela interpretação diversa do

que foi a intenção do legislador, isso pelo fato de que o poder para as decisões políticas e legislativas em um estado democrático de direito cabe aos poderes representativos do povo, sendo eles o Executivo e o Legislativo, não o Judiciário.

Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Segundo John Hart Ely (2010) na obra “Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade”, os juízes não deveriam reconhecer valores substancialistas em suas decisões, atendo-se somente e com possibilidade de interferência na parte processual do direito. Ainda em seu raciocínio, ele crê que a única interferência que o judiciário possa ter além de interpretação processual, seria quanto a busca em torno de correção necessárias ao processo democrático.

A corrente procedimental ainda se intitula como pós-positivista. Tendo como um de seus principais defensores Robert Alexy (1997), é defendida a diferenciação entre normas e princípios, afirmando por fim que deve-se haver um procedimento a fim de determinar a validade de todas as normas, inclusive as constitucionais.

Diferente da anterior, a teoria substancialista entende que o Poder Judiciário tem autonomia, por meio de suas decisões, de criar o direito. Assim entendem os juristas Balestrin e Santos (2011, p. 476) em seu artigo jurídico intitulado de “Ativismo Judicial”, vejamos:

[...] o Poder Judiciário por meio de suas decisões possa criar direito, ou seja, usando-se de uma interpretação construtiva (Dworkin), havendo assim de se analisar que tanto o processo legislativo, quanto ao judiciário detém natureza substancial, onde ambos são legitimados para com a atividade construtivo-criadora de direito, onde a criação de direito por parte do judiciário nasce de suas decisões.

Tendo como base para teoria o filósofo Dworking, é considerado o Poder Judiciário competente para assim como o legislativo, criar e dar uma interpretação construtiva às normas.

Tal teoria, conforme continuam a desenvolver Santos e Balestrin (2011) apoiando-se nas ideias de Kelsen, afirma que a criação do direito pelo judiciário se da por meio de precedentes/jurisprudências, antes não tão relevantes diante do sistema adotado pelo judiciário brasileiro (*civil law*), mas que com a vigência do novo

código de processo civil e seu mecanismo de precedentes acaba por tornar o sistema misto (mistura entre *civil law* e *commom law*), dando poder e vinculação a jurisprudência em casos repetitivos. Vejamos o que diz Hans Kelsen (2000. P. 216) quanto aos precedentes:

A função criadora de Direito dos Tribunais é especificamente manifestada quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os tribunais estão autorizados não apenas em aplicar Direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também a criar Direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo.

Após a análise do trecho trazido por Kelsen, os juristas concluem que na postura proativa judiciária na corrente Substancialista, é admitida a invasão e envolvimento da política no direito, o que contraria diretamente as ideias Procedimentalistas. Diante disso, a os magistrados devem “aplicar a Constituição de forma dinâmica, por meios de argumentos políticos, tratados estes como questões de princípios de moral e de política.”.

3.3 O controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial

Conforme já abordado no primeiro capítulo da presente monografia, no Brasil impera o controle de constitucionalidade difuso, que é feito pelo Supremo Tribunal Federal, órgão integrante e máximo do Poder Judiciário.

Considerado o guardião da constituição, cabe ao STF fazer a análise e interpretação dos preceitos constitucionais para que não haja nenhuma afronta a lei máxima.

Conforme tutela Luís Roberto Barroso (2012, p. 145) na obra “Curso de direitos constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e as construções do novo modelo”, mesmo tendo animus de permanência, o autor sustenta que as constituições devam sim sofrer mutações, o que de fato ocorre, vejamos:

As constituições têm vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposições das maiorias eventuais. Nada obstante, isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos.

Para tais mutações ocorrerem, o autor traz três mecanismos possíveis e então os analisa, sendo a mutação constitucional pela atuação do legislador, a mutação constitucional por meio da interpretação, e a mutação por via dos costumes. A mutação que Barroso (2012) se refere é aquela que altera o significado da norma constitucional sem que se tenha uma modificação do texto legal, e nem se tenha observado os mecanismos constitucionais para emendas ao texto.

O doutrinador Pedro Lenza (2007, p. 110) traz muito bem a explicação do que seria então essa modificação do texto constitucional por uma vertente informal, que é o caso das mutação:

Mutação constitucional é o processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais.

Para melhor entender os mecanismos de mutação, serão abordados os três anteriormente citados para melhor explanação.

O Ministro do STF Luís Roberto Barroso (2012) no livro anteriormente mencionado inicia os tipos de mutação com a que advém da interpretação. Ele afirma que a mutação só ocorre por esse mecanismo quando há uma mudança interpretativa quanto a uma norma constitucional. Em outras palavras, só se considera a ocorrência desse episódio quando o significado de uma norma é alterado em virtude de uma nova interpretação.

De uma maneira simples é que o ministro (BARROSO, 2012) explica o que seria a segunda modalidade de mutação constitucional, que é pela atuação do legislador. Ela se dá “quando, por ato normativo primário, procura-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.” (BARROSO, 2013, p. 155).

O terceiro mecanismo de mutação apresentado é a pela via dos costumes. Essa possibilidade é controvertida entre os autores, pois diante de uma Constituição positivada e rígida, mesmo com práticas reiteradas que posteriormente serão conhecidas como costumes, fica muito difícil a aceitação de que isso venha efetivamente a mudar o entendimento do texto constitucional. Mesmo assim, é uma hipótese que deve ser apresentada junto as outras duas.

O problema dessas mutações apresentadas é quanto a necessidade de suas limitações frente ao ordenamento constitucional. O jurista Lenio Streck (2008, p. 01), citando Eros Grau traz uma pequena análise da necessidade de limitação:

O Ministro Eros Grau se pergunta se o Ministro Gilmar Mendes, ao proceder a 'mutação constitucional', não teria 'excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?'. E ele mesmo responde: 'não houve qualquer anomalia de cunho interpretativo, pois o Ministro Gilmar teria apenas feito uma 'autêntica mutação constitucional': 'Note-se bem que S. Exa. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso, aqui mencionamos a mutação da Constituição.

Diante da análise de Streck (2008), verifica-se então a proximidade da mutação constitucional com o instituto do ativismo judicial. No caso analisado pelo jurista, a mutação pleiteada foi considerada inconstitucional e caso fosse aprovada, seria uma postura ativista por parte do STF.

Essa linha tênue entre mutação e ativismo judicial diversas vezes é ultrapassada por nossa Suprema Corte, que ao invés de julgar o direito, faz política. Um exemplo disso é a decisão do STF de janeiro de 2016 que entendeu a possibilidade do início do cumprimento da prisão de acusados após análise e condenação do caso em segunda instância, mesmo sem o trânsito em julgado da decisão. Tal decisão, que tinha caráter provisório, foi confirmada no dia 05 de outubro de 2016.

Vejamos que tal posicionamento do Supremo não é uma mera mutação constitucional. Tal decisão é um caso típico de desrespeito a letra da lei, que criou o direito de maneira política, afrontando uma cláusula pétrea da Constituição Federal.

Em comentário a revista *Consultou Jurídico*, Lenio Streck (2015, texto digital) assim se posiciona:

A maioria de seis votos fez política jurídica. Não fez Direito. O STF agiu como poder constituinte. Foram pronunciamentos morais sobre como deve ser o direito penal. Mas isso não compete ao STF. Interessante foi a tese da interpretação conforme a Constituição do artigo 283. Só que foi proposta uma interpretação para colocar o artigo 283 contra e não conforme a Constituição. Uma jaboticaba. Criamos uma *Auslegung gegen die Verfassung* (interpretação contra a CF)? Agora o STF está numa sinuca: face aos efeitos cruzados de ADC e ADI (artigo 28 da Lei 9.828), o STF terá que dizer que o artigo 283 é inconstitucional. Mas nenhum dos Ministros disse que o artigo 283 era inconstitucional. Ademais, estão erradas as manchetes que dizem que a decisão vincula. Cautelar indeferida de ADC não vincula.

Como dito pelo jurista, no caso analisado o STF ultrapassou seus limites e teve uma atitude ativista com motivação exclusivamente política.

Da análise da mutação constitucional, controle de constitucionalidade e limites para que o Supremo não tenha uma postura ativista e atenha-se somente a sua função estabelecida pela lei, verifica-se que em diversos momentos a linha entre o controle de constitucionalidade e o ativismo judicial é ultrapassada, gerando os malefícios e riscos que em seguida serão abordados no terceiro capítulo.

3.4 Argumentos pró ativismo judicial

Mesmo que o trabalho tenha um viés legalista e busque demonstrar os riscos e necessidade de limitação e talvez até proibição do ativismo judicial, é necessário fazer uma análise do que a doutrina que defende a prática justifica para enaltecer tal instituto.

Diversos autores aproximam os institutos da judicialização da política com o ativismo judicial, o que tornaria mais plausível os argumentos favoráveis a prática. Assim o faz o Ministro Luís Roberto Barroso (2009, 01), afirmando que:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam 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 deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite

que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Além da ideia de aproximação da judicialização da política e ativismo judicial, a doutrina pró ativismo traz desconstruções de entendimentos e construções muito antigas, como a teoria da separação dos poderes. Mesmo que tal princípio esteja positivado no artigo segundo da Constituição Federal e siga o mesmo modelo de grande parte das constituições modernas europeias, o jurista André Ramos Tavares (2008, p.1027) defende a necessidade de modernização do entendimento quanto ao tema, vejamos:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrário.

A tese defendida por Tavares (2008), afirmando a desnecessidade da independência e até mesmo a soberania dos Poderes faz com que a argumentação quanto a afronta a tal princípio caísse por terra, não havendo então esse risco de quebra da soberania de cada Poder.

Para justificar muitas vezes a impossibilidade de garantir os direitos fundamentais a todos, o executivo invoca o princípio da reserva do possível. A fim de contrariar esse dito princípio pró estado, Andrey Stephano Silva de Arruda (2012, 01) afirma não ser justificativa plausível para o descumprimento de direitos fundamentais a falta de verbas estatais, vejamos:

[...] se tornou uma falácia tal instituto, pois o que encontra-se externado são governantes alegando que não tem os cofres públicos numerários suficientes, ou seja, não há receitas que venham garantir a concretização destes direitos sociais, não existem políticas públicas para tal cumprimento, não existem leis ordinárias ou complementares para impor tal comportamento (cumprir e garantir ao povo, pelo menos o mínimo existencial, como a saúde, educação, moradia, assistência social), mas o que se vê é, políticos gozando do dinheiro público para fazer viagens ao exterior com a família, comprando carros de luxo, castelos, mansões, fazendo conchavos políticos, entre outras formas de ludibriações, enquanto que, milhares de pessoas passam fome, morrem em leitos de hospitais

públicos sem serem atendidos, crianças não tem acesso a uma educação de qualidade, onde que, com isso, observa-se, ou a pessoa tem certa condição financeira, ou vai ficar a mercê destes políticos que se colocam no poder e nada fazem em prol do povo.

Tomando então como verdadeira a premissa que o poder público tem sim condições financeiras de garantir os direitos fundamentais da população mas não o faz por incompetência dos Poderes Legislativo e Executivo, os juristas Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen (2007, p. 52) defendem que cabe então ao poder judiciário, com uma postura ativista, sanar essa incompetência e garantir os direitos básicos ao povo:

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Mesmo que parte da doutrina entenda que modernamente não há mais a necessidade da individualidade de cada Poder, Silva e Weiblen (2007) deixam um pouco tal teoria de lado e afirmam que o fato do Poder Judiciário agir para concretização de direitos fundamentais positivados na carta magna, mesmo que fuja de sua função originária, faz com que as garantias fundamentais deixem de ser diretrizes abstratas e inaplicáveis.

Para finalizar então os pontos positivos do ativismo judicial, nada mais justo que citar o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello (2004) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45:

Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal.

O entendimento dos próprios ministros de que cabe ao STF, mesmo que fora de suas atribuições, de caso o Legislativo e o Executivo deixem de cumprir seus papéis, caberá então aos magistrados de primeiro e segundo grau os garantirem para manutenção dos direitos individuais e coletivos constantes na Constituição Federal, caracterizando então o apoio indiscriminado ao ativismo judicial como meio garantidor dos direitos fundamentais.

4 A COIBIÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

4.1 O conceito de julgamento

Para que seja possível entender de maneira mais clara a postura ativista do poder judiciário por meio de julgamentos sem a fiel observância da lei, devemos deixar bem claro o que de fato significa o termo julgamento.

O termo tem origem do latim, e deriva da palavra *iudicium*, que em termos gerais significa qualquer decisão ou apreciação. Na acepção filosófica de Aristóteles, traz-se a subjetividade de uma decisão em virtude da retórica que defende cada interlocutor.

O discurso aristotélico toma que existem duas acepções do termo, um sentido amplo, e outro em sentido estrito (também podendo ser dividido entre julgamento moral e jurídico). Conforme Maria de Fátima Simões Francisco (2000, p. 94) citando as ideias de Aristóteles:

O discurso retórico se define assim por sua localização num quadro institucional da cidade, em cujo centro encontramos a atividade de julgar. O destinatário desse discurso assume, por sua vez, um papel bem determinado: o de juiz. Julgar, contudo nota o autor, não se diz no contexto da assembleia e do tribunal no mesmo sentido em que se diz em outros contextos em que o termo também é aplicado. Apenas nessas duas instituições se diz em sentido estrito.

O sentido estrito que traz a autora (FRANCISCO, 2000, p. 94) ao analisar as ideias de Aristóteles se refere que o juiz no mundo jurídico não tem o livre e total poder de julgamento com base em suas ideologias e princípios morais, devendo ater-se a legislação, sendo esta portanto a forma estrita trazida.

Quanto ao julgamento em sentido *lato*, temos que esse ocorre no dia a dia, em diversas situações da vida comum, quando se faz necessária a decisão entre assuntos que tenham mais de uma possibilidade. É trazido pela autora (FRANCISCO, 2000, p. 94) que nesse sentido amplo, o ponto determinante para a decisão do juiz (que pode ser qualquer indivíduo que esteja decidindo) é a capacidade retórica do interlocutor e seu poder de convencimento moral sobre o tema perante o julgador, que tem faculdade livre para o discernimento.

O compreender amplo do termo julgamento traz duas dimensões, sendo elas a discriminação entre opostos, e o do não saber. Quanto a discriminação, ela configura-se na decisão entre objetos/coisas conhecidas mas opostas, não havendo melhor e pior de maneira direta, estando a decisão vinculada a livre vontade do julgador. Quanto ao não saber, Francisco (2000, p. 95) traz que só se julga o que não se sabe a resposta, “*pois sobre o que sabemos e já julgamos não há mais necessidade de discurso*”.

Outra diferenciação crucial entre o sentido *strictu e lato* do termo julgamento se dá quanto ao juiz. Em um julgamento moral e cotidiano, o juiz é parte do processo decisório e tem interesse no desenrolar da decisão, diferente do sentido estrito, quando o juiz não é parte interessada na lide, sendo imparcial e sem ter qualquer interferência para si em virtude do resultado. Assim entende Raquel Nigro (2012, p. 01), afirmando a necessidade de um julgamento jurídico ser justo e técnico:

Tendo em vista tal imperativo jurídico e político (visto que se vincula à independência do Judiciário, característica crucial de uma democracia), um julgamento é ‘justo’ ou técnico quando abordado de modo avalorativo, isto é, baseado no conjunto probatório disponível no processo e em métodos de interpretação que se sobrepõem à subjetividade de cada julgador.

Essa necessidade de análise técnica por parte dos magistrados trazidos pela jurista faz com que a possibilidade de arbitrariedades seja diminuída, e a busca pela decisão mais justa (aos olhos da lei) se concretize. Aprofundando a necessidade de obediência técnica nas decisões, ela (NIGRO, 2012, p. 02) explora de maneira mais aprofundada a racionalidade jurídica como esperança pela diminuição das arbitrariedades, vejamos:

Mas a racionalidade jurídica persiste na esperança de reduzir o espaço da arbitrariedade do julgador, ao oferecer critérios objetivos de julgamento. A epistemologia jurídica vem trabalhando com vigor em investigações acerca

dos critérios de prova, ou seja, critérios objetivos de admissão e valoração de provas, regras de ônus da prova, de presunções, regras de inferência diante de um conjunto probatório, regras que oferecem critérios de decisão e demais processos que permitem a aferição da objetividade de uma decisão, ou seja, da independência e imparcialidade de uma decisão que se despreza das preferências, crenças e vinculações políticas de cada juiz.

Diante da análise, é possível concluir que existem dois significados para o termo julgamento, sendo pertinente ao trabalho o que refere-se ao sentido estrito, quando o julgador deve ater-se a justiça e à lei, evitando assim decisões arbitrárias.

4.2 Os malefícios do ativismo judicial

Para que seja possível trazer de uma maneira clara os malefícios do instituto do ativismo judicial, é necessário que antes se faça uma breve explicação da separação que existe dentro do termo, que é o Ativismo inovador e o revelador. A doutrina traz a diferenciação da seguinte forma:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa. (GOMES, 2009, p. 01)

Conforme traz o jurista (GOMES, 2009), existem duas formas distintas de ativismo, e mesmo autores que defendam o instituto tem um certo temor quanto a forma inovadora, que pode ser considerada mais agressiva.

O jurista Atahualpa Fernandez (2009. p. 5) defende que o ativismo judicial inovador deve ser coibido sob todas circunstâncias, afirmando que independente de toda problemática existente em virtude da ineficiência do legislativo, não cabe ao judiciário por meio de seus magistrados interferirem e fazerem o suposto ajuste social necessário, vejamos:

Não obstante, e em que pese todas essas circunstâncias, estou firmemente convencido de que o “ativismo judicial inovador” não deve (o que pressupõe que não pode) ser admitido baixo nenhuma circunstância. Se é certo que a legislação atual tende a ocasionalidade e a confusão, não menos certa é a constatação de que isso não nos permite deduzir que as sociedades modernas pretendam remeter aos magistrados os problemas últimos de

seu livre – e por vezes defeituoso – ajuste social. Por muito que se ressalte a crise da lei nas sociedades atuais, tal crise não chega de modo algum a deslocar a lei do seu papel central e, até o momento, insubstituível.

Na mesma linha de pensamento, porém com análise crítica mais aprofundada, Lenio Streck (2014, p. 03), grande defensor do princípio da legalidade e respeito a constituição, defende a diferenciação o direito e as demais ciências, afirmando que ele não deve emanar da vontade individual do magistrado:

[...] direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito não é filosofia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (mesmo que seja o STF).

A linha hermenêutica de raciocínio de Streck (2014) é visível em todas suas obras, artigos e entrevistas. No Brasil foi criada uma frase que é diversas vezes utilizada em decisões de turmas superiores trazendo que “o direito é aquilo que o judiciário diz que é.”. Tal afirmação é combatida veementemente pelo autor (STRECK, 2014), que sempre sustenta a necessidade de respeito a doutrina e hermenêutica:

De minha parte, não concordo com a tese de que o direito é aquilo que o judiciário diz que é. Fosse isso verdadeiro, não precisaríamos estudar e nem escrever. O direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (e tampouco na vontade coletiva de um tribunal).

Essa postura proativa pregada por diversos autores como positiva, na realidade é muito perigosa. Tornando como verdadeira a premissa da existência de diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, segundo construção abaixo verifica-se o risco de abalo ao Estado Democrático de Direito.

Já o Ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, contribuindo, em seu excesso, decisivamente, na crise de autoridade democrática e para o controle absoluto e sem limites do Poder Judiciário, quando toma decisões políticas, além do determinado pela Constituição, sem que haja mecanismos institucionais para que o responsabilize por arbitrariedades. Desse modo, não apenas os princípios democráticos estão ameaçados, como também o Poder Garantidor. (MELO, 2015, p. 05)

Segundo a explanação da autora (MELO, 2015), esses excessos do poder judiciário podem trazer uma crise de autoridade democrática, além de não haver qualquer limite ao Poder Judiciário, bem como a falta de mecanismos institucionais a fim de responsabilizar as condutas arbitrárias cometidas nessa prática desenfreada.

Néviton Guedes (2012, p. 01) é enfático em suas colocações críticas acerca do instituto do ativismo judicial, vejamos:

Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (equal under the Law). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas ex post facto, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça.

Além dos motivos mais aparentes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p. 70) traz mais um grave problema quanto a postura ativista do judiciário, vejamos:

O ativismo, além disto, se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização dessa atividade. Este ativismo – acaba-se de ver – faculta a ideologização da justiça. Ora, as ideologias são assumidas pelos partidos. Assim, a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível. Pois bem, se durante muito tempo, a luta pelo aprimoramento do Judiciário teve em mira libertá-lo dos condicionamentos partidários – o ativismo apresenta-se, portanto, como um regresso.

Essa ótica da possibilidade de partidarização do direito acabaria com toda base principiológica do direito, que passaria a ser mais um órgão político no Estado, perdendo portanto toda credibilidade para julgar de maneira imparcial e justa.

Após análise dos pontos trazidos, verifica-se que há sim um verdadeiro risco diante da postura ativista do Poder Judiciário, que se não coibida, pode trazer diversas instabilidades, afrontando os ditames do Estado Democrático de Direito que a Constituição da República Federativa do Brasil se apoia.

4.3 Binômio ativismo-autocontenção judicial

A corrente ideológica do ativismo judicial, que está muito na moda e em gradual crescimento no Brasil, tem sua corrente contrária e conservadora, que é a da autocontenção judicial.

Diferente do ativismo, na autocontenção, ou como também foi denominada por James Bradley Thayer, minimalismo judicial (*judicial minimalismo*), nada mais é do que o julgamento baseado estritamente nos ditames da lei, dando a ela a interpretação que os legisladores pretendiam na criação da norma.

Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi, trouxeram que o jurista Thayer criticou a postura ativista dos tribunais americanos se baseando em quatro argumentos principais para sua teoria, sendo *argumento liberal*, *argumento da limitada competência do Judiciário*, *argumento da indeterminação constitucional e da abertura interpretativa*, e por fim o *argumento da deficiência*.

Na primeira base argumentativa ele traz que as constituições estaduais americanas não dão competência aos juízes para fazer o controle de constitucionalidade das leis estaduais. Na segunda, é defendido que os magistrados só poderiam julgar a constitucionalidade em casos concretos, não podendo anular leis simplesmente, sendo isso afronta ao Poder Legislativo. Na terceira, é trazido que não cabe ao judiciário fazer a interpretação da constituição, e sim o legislativo, que é democraticamente eleito, dando a prudente interpretação de acordo com as vontades do povo. Como quarta e última linha argumentativa, é trazida a função essencial de controle de constitucionalidade por parte do judiciário, porém sob rigorosos aspectos para que seja possível uma declaração de inconstitucionalidade.

Esse conceito denominado de autocontenção judicial é explicado pelo professor Luiz Eduardo Gunther (2014, p. 22) da Escola Judicial do TRT 13 como sendo uma conduta que os juízes, desembargadores e ministros adotam procurando reduzir sua interferência nos demais Poderes. Ele descreve as duas linhas seguidas pelos magistrados que tem esse pensamento, como sendo:

- a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;
- b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos;

No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso (2009, p. 6) conceitua a autocontenção judicial em três pontos, conforme segue:

- (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;
- (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos;
- e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Seguindo os ensinamentos trazidos pelo professor Gunther (2014), o binômio ativismo-autocontenção judicial é encontrada na grande parte dos países que adotam o modelo de controle de constitucionalidade por meio de Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes, havendo uma variação cíclica entre a maior incidência de um e outro de acordo com o grau de prestígio dos demais Poderes no país.

Atualmente, no Brasil, em virtude dos diversos escândalos envolvendo corrupção nos poderes Legislativo e Executivo, a prática do ativismo judicial está mais em voga do que nunca. Porém, segundo Streck (2013, p. 04), cabe a doutrina voltar a nortear o direito para rumá-lo, e não o contrário:

Portanto, não dá para dourar a pílula. A doutrina brasileira precisa, urgentemente, voltar a doutrinar. Ela não pode mais ficar caudatária das decisões. Doutrina “doutrina” e não “doutrinada”. Precisa exercer o seu papel de constrangimento epistemológico. E deve se dar o respeito. Não pode ficar silente. Quando, por exemplo, centenas e centenas de decisões – de cariz ativista – dizem que estão aplicando “a tal da ponderação”, quando, de fato, não estão nem perto do que dizia seu idealizador (Alexy), e a doutrina pouco ou nada diz a respeito, é porque corremos o risco de fracassar (aliás, há prova maior de ativismo do que o uso da vulgata da tal da ponderação, pedra filosofal da interpretação?). [...], fôssemos médicos e estaríamos ignorando coisas mínimas da ciência médica e nossos pacientes estariam morrendo. Assim o é com a doutrina. Na aplicação cotidiana do direito usam-se conceitos que deveriam ser contestados pela doutrina. Mas ela se queda silente-conivente. Verbi gratia, o que diz a doutrina sobre o projeto do novo CPC que, sob o pretexto de commonlizar o processo, institucionaliza, de vez, o julgamento sem base concreta, passando o Judiciário a julgar teses ao invés de casos (o que, inclusive, fere toda a tradição do common law)?

Para tanto, percebe-se que há sim uma necessidade de autocontenção judicial, pois a hermenêutica deveria ser feita pelos doutrinadores. Dimoulis e

Lunardi (2011, p. 469) dissertam sobre como que funcionaria a autocontenção, e as dificuldades existentes para que ela impere sobre a postura ativista do judiciário:

A despeito dessa argumentação, deve-se ter em mente duas dificuldades práticas acerca da doutrina da autocontenção: 1) o limite imposto ao Judiciário é interno e depende de cooperação do próprio juiz para ter operacionalidade, razão pela qual não se prestaria a controlar eventuais desvios ou abusos de poder; 2) a teoria não oferece critérios claros para encontrar o equilíbrio desejável, permitindo divergência judicial sobre as possibilidades de atuação – o que é ativista para um julgador pode não o ser para outro.

O fato de as limitações a serem impostas deverem partir diretamente do próprio Poder Judiciário, torna-se praticamente inviável tal controle, pois resta a colegas magistrados fazer o devido acompanhamento e julgar desvios e abusos de colegas. Além desse ponto, existe a grande variação de conceito e interpretação do que seria uma postura e o que não seria, o que traria divergência de entendimentos.

4.4 Separação entre Direito e Política

Assim como há uma diferenciação teórica entre ativismo judicial e judicialização da política, existe no direito e política. Para que se possa ter um entendimento mais claro do tema e diferenciação, é válido retomar as funções típicas e atípicas de cada poder, conforme já explorado no primeiro capítulo.

O jurista Cunha Junior (2015, p. 05) de maneira clara e direta o que seriam então as funções típicas e atípicas de cada poder, afirmando que o caráter atípico se dá comente em caráter excepcional, que demonstra o respeito à soberania e harmonia dos Poderes, vejamos:

Entretanto, importa deixar bem claro que o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas, sim, a predominância no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, mas sim subsidiariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência. Ora, não seria tolerável, por exemplo, que os Poderes Legislativo e Judiciário, para admitirem seus servidores e administrarem seus próprios serviços e órgãos, devessem esmolar ao Executivo. Demais disso, há casos em que, para o integral desempenho de suas próprias

funções típicas, necessite um Poder valer-se, em caráter excepcional e provisório, da função típica de outro Poder.

A previsão e tolerância das funções atípicas se dá para que um Poder possa principalmente se gerir sem necessitar dos demais, o que consolida a ideia de independência de cada um deles.

Superada a matéria quanto as funções típicas e atípicas de cada Poder, devemos analisar o instituto da judicialização da política, que segundo Peixinho (2008, p. 14), significa uma maior intervenção do Poder Judiciário a fim de garantir direitos fundamentais que deveriam em tese ser garantidos pelos demais Poderes.

O tema judicialização da política ou politização da justiça denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do Poder Judicial em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria do checks and balances.

A teoria do check and balances que ele se refere é de Montesquieu, e significa a construção de “freios e contrapesos” por meio da separação dos poderes em uma época de transição da transição da monarquia para democracia.

Tal função política com caráter garantidor de direitos que o Poder Judiciário faz não significa diretamente uma postura ativista. Essa postura só denota uma não omissão quando requisitado a garantir um direito previsto constitucionalmente, e não cumprido pelos demais Poderes. Quando ao tema, vejamos Campilongo (2002, p. 61):

A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável.

O autor (CAMPILONGO, 2002) é pontual, porém deve-se fazer uma ressalva a seu apontamento. Ele prega que a função política não deve desrespeitar a lei, porém, com uma vertente ideológica ativista, julga que cabe ao Judiciário “formular novas regras”, o que caracteriza a vertente do ativismo judicial substancialista, que como já abordado nos capítulos anteriores, traz muitos riscos à nosso sistema político.

Embasando-se nos pensamentos do jurista Fachin (2008), podemos concluir que a judicialização da política nada mais é do que o instrumento capaz e garantidor dos direitos constitucionais fundamentais que são desrespeitados pelos Poderes Executivo e Legislativo, muitas vezes por incapacidade de gestão.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário – por meio da atuação de seus juízes, desembargadores e ministros – vem se tornando, em boa medida, o garante da efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os juízes têm decidido sobre inúmeras questões, tais como o fornecimento de remédios à pessoa portadora [de] enfermidades, o direito de acesso de criança à sala de aula; o direito de o deficiente ter acesso a prédios públicos. O guardião das promessas passa a desempenhar, assim, outra função, qual seja, a de concretizar direitos fundamentais (FACHIN, 2008, p. 11).

A concretização desses direitos fundamentais que o autor (FACHIN, 2008) traz nada mais é do que a determinação de cumprimento de direitos já previstos e positivados. Isso significa que não estamos falando de uma postura ativista do Judiciário na determinação de cumprimento de uma garantia individual (como é o caso do direito a saúde, que o Estado diversas vezes é condenado a entregar medicamentos que administrativamente foram negados a um paciente), e sim, da garantia a um direito fundamental quando há a busca pela via jurisdicional após a negativa dos demais Poderes.

Faustino da Rosa Júnior (2013, p. 01) ao afirmar que a finalidade do direito constitucional nada mais é do que a realização e garantia dos direitos fundamentais a população. Ocorre que conforme os meios de concretização desses direitos são muito variáveis, existindo um grande viés político no *modus operandi* no que diz respeito a políticas públicas. Essa carga ideológica política quando buscado o cumprimento pela via jurisdicional, significa a judicialização da política, vejamos:

Realizar concretamente direitos fundamentais é a grande finalidade do direito constitucional brasileiro. Entretanto, aplicar um direito fundamental significa eleger um meio de efetivação concreta deste respectivo direito, ou seja, implica em uma opção política que tende a levar em consideração a relevância, o interesse, a conveniência e a oportunidade de uma determinada medida. Esta espécie de opção sempre é determinada por uma ideologia política, cujo produto assume a forma de política pública. Se as políticas públicas são fruto de opções ideológicas tomadas por representantes da comunidade, no âmbito de um Parlamento, o seu produto é executado, no âmbito imparcial, legal e burocrático pela Administração. Este contexto, levado ao Judiciário, leva a uma judicialização da política no sistema brasileiro.

A judicialização que os autores trazidos para explicar o tema defendem é muito importante para a garantia dos direitos fundamentais, porém as autoras Taís

Caroline Pintol e Mariana Lobo Zanata (2011, p. 11) fazem uma ressalva, trazendo que a aplicabilidade da judicialização da política é reservada principalmente aos casos envolvendo direitos fundamentais.

A maior aplicabilidade, todavia, é reservada aos casos em que direitos fundamentais estão em jogo, principalmente em razão da relevância dos bens discutidos. Não é qualquer direito que enseja uma decisão que, de alguma forma, destoa dos parâmetros da função jurisdicional clássica, mas somente aqueles que refletem impactos políticos, sociais ou econômicos relevantes. (PINTOL; ZANATA, 2011, p. 11)

Após análise do tema, pode-se concluir que o direito diverge da política, porém por meio da judicialização na busca por direitos fundamentais, ele é o meio garantidor na busca de sua efetivação.

4.5 Consequências da não intervenção no ativismo judicial

Como já muito bem explanado no decorrer da monografia, é possível constatar que a prática do ativismo judicial, que atualmente está muito em voga no sistema brasileiro, deve ser controlada para evitar excessos e arbitrariedades pelo Poder Judiciário.

Conforme Lenio Streck (2007) tutela, o Judiciário traz dessa maneira uma tensão ao Estado Democrático de Direito, pois da inércia e inefetividade do Executivo e Legislativo que descumprem a Constituição, o Judiciário se infla para garantir e resgatar os direitos não realizados.

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados (STRECK, 2007, p. 54-55)

Ocorre que essas interferências entre os Poderes para concretização de direitos e suprir ineficiências não podem extravasar os limites legais e entrar no campo da criação legislativa, conforme tutela Arthur Bezerra de Souza Junior e

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2016, p. 02) no artigo intitulado de “O Ativismo Judicial No Supremo Tribunal Federal”.

As omissões dos Poderes Legislativo e Executivo no que tange às suas funções constitucionalmente previstas acabam por suscitar uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário. Nesse particular, ao suprir tais omissões, as decisões do Poder Judiciário acabam, em alguns casos, por extravazar seus limites e ingressar no campo da criação legislativa e da realização de políticas públicas. (2016, p. 02)

Essa invasão no campo legislativo por parte do Poder Judiciário que deve ser limitado. A transposição de suas atribuições e interferência em outro Poder sem a devida prerrogativa constitucional gera riscos e instabilidades na a harmonia entre os Poderes, e por conseguinte na soberania da Democracia, que elege seus representantes para compor o Legislativo e Executivo a fim de lutar por seus interesses.

Essas interferências entre Poderes não pode ser regra, e sim, quando existirem, serem medidas excepcionais. Teixeira (1992, p. 584) traz a necessidade de excepcionalidade dessas intervenções de competência entre os Podes:

Órgãos legislativos deverão participar, muitas vezes, de funções e atos executivos, e reciprocamente; e atos de natureza judiciária serão, excepcionalmente, distribuídos à competência de órgãos legislativos e executivos; e, reciprocamente, atos e funções de natureza legislativa e executiva poderão, excepcionalmente, ser atribuídos ao Poder Judiciário.

Ocorre que essa excepcionalidade é de difícil controle, pois atualmente ela somente se dá por meio da autocontenção como já explicado anteriormente em capítulos passados, que é feita pelos próprios integrantes do Poder Judiciário.

Outro ponto chave que demonstra a necessidade de limitação do ativismo judicial é a forma de entrada em cada um dos Poderes. Enquanto no Legislativo e Executivo os integrantes são eleitos por voto popular, o que significa que os integrantes emanam do povo, no Judiciário não. Conforme artigo jurídico escrito por Fernanda Cimbra Santiago (2016), pelo fato do Poder Judiciário não emanar do povo, esse excesso ao limites legais afronta a Democracia.

Diversamente, o ativismo judicial, usualmente, em que pese possa a origem do termo não ter essa característica, denomina situações em o julgador excede os limites da razoabilidade ao exercer a jurisdição, indicando caráter pejorativo, crítico a essa atitude indesejável. Não é oportuno que o Poder Judiciário ocupe, sem critérios, o espaço reservado aos mandatários povo,

devido ser excepcionalíssimas as causas que podem ensejar tal propósito.

Isso porque a democracia é um instituto a ser preservado, uma vez que se trata de escolha popular legítima para regime de governo, o que consta da Constituição da República, no seu primeiro artigo. Some-se, ainda, o fato da última carta constitucional brasileira ter tido como escopo a oposição ao regime anterior que era ditatorial, logo, nada mais evidente que a valorização do princípio democrático. (SANTIAGO, 2016)

Diante das colocações da autora (SANTIAGO, 2016), conclui-se que o simples fato de o Poder Judiciário não ser democraticamente eleito pelo povo já é motivo suficiente para tornar ilegítimos e afrontosos os atos de ativismo, que deve sim ser limitado.

Fazendo então uma análise de toda bibliografia coletada para confecção da presente monografia, é possível destacar três pontos que levam a crer sim a necessidade de limitação do ativismo judicial, que como já explicado, difere da judicialização da política.

O primeiro ponto que destaco é o que se refere ao modo de ingresso ao Poder. Pelo fato do Judiciário não eleger democraticamente seus membros, carece de legitimidade suas modificações legislativas.

O segundo ponto a ser destacado é quanto a ultrapassagem dos limites legais de sua função originária. Esse desrespeito aos limites impostos pela constituição tornam a postura ativista, que por diversas vezes decide de maneira contrária a legislação, ilegal.

Por fim, como terceiro ponto central que demonstra a necessidade de limitação da prática do ativismo judicial, é quanto a impossibilidade de controle e responsabilização pela prática, que atualmente se dá de maneira interna pelo próprio Judiciário, que dificilmente irá contra tais posições, pois elas supostamente inflam tal Poder sobre os demais.

Diante desses três pontos deduzidos a partir de toda fundamentação do trabalho, verifica-se que há sim uma necessidade de limitação ao ativismo judicial, pois ele afronta o Estado Democrático de Direito e desrespeita a Soberania dos Poderes.

5 CONCLUSÃO

O atual cenário jurídico do país traz inúmeras preocupações a doutrinadores considerados legalistas e defensores da Constituição Federal. Com um dos Poderes inflado em relação aos demais, com práticas ativistas que muitas vezes ignoram o devido processo legal e até mesmo cláusulas pétreas constitucionais, devemos observar a ultrapassagem do limite razoável que deveria existir quanto a soberania dos demais Poderes.

Com o estudo, pode-se concluir que a hipótese inicial estava correta e foi capaz de responder a pergunta problema proposta. Efetivamente, em virtude principalmente do desprestígio dos Poderes Legislativo e Executivo, está havendo uma afronta desenfreada ao princípio da soberania e separação dos poderes. Tal afronta acaba por colocar em risco o Estado Democrático de Direito e democracia, pelo fato de que o ativismo judicial, da maneira que está inserido, está passando a legislar discricionariamente sem qualquer legitimidade, pois é o único dos Poderes que não tem seus representantes eleitos democraticamente, com a função de representar a população.

Assim, a presente monografia ocupou-se em apresentar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, a conceituação e evolução histórica do Estado Democrático de Direito e a indispensável soberania dos três Poderes.

Para tal, foram descritas além da conceituação do que seria o Estado Democrático de Direito e democracia, como se deu a criação dos tribunais constitucionais, que tem o papel de guardiões das constituições em cada país.

No segundo capítulo da monografia é que iniciou-se um maior aprofundamento ao assunto específico do tema, o ativismo judicial. Sem deixar de

traçar evoluções históricas sobre o assunto, foi a conceituação que trouxe diversos desdobres. Mesmo após diversos anos de estudo em diversos países do mundo, nunca foi pacífico tal conceito, sendo então desenvolvidos os variados posicionamentos doutrinários quanto ao tema.

Ainda nesse capítulo, foi traçada uma relação entre o controle de constitucionalidade brasileiro exercido pelo Supremo Tribunal Federal e a prática do ativismo judicial pela Suprema Corte. Concluiu-se que existe sim uma linha muito tênue entre o que seria e o que não seria ativismo, ainda mais pelo fato do Brasil possuir controle de constitucionalidade difuso.

Finalizando tal capítulo, para fins de retórica e maior análise do assunto, foram apresentados os argumentos que a doutrina defensora do ativismo judicial traz para defender a prática.

O capítulo final do trabalho, que foi baseado na necessidade de coibição/limitação da atitude proativa do Poder Judiciário, partiu de uma análise conceitual do que seria um julgamento e seus efeitos, para só após efetivamente passar a combater com uma forte base doutrinária a postura desenfreada ativista do Poder Judiciário.

Com a apresentação de argumentos que a doutrina traz para refutar a base pró ativista anteriormente demonstrada, pode-se concluir os riscos que o instituto traz para nosso Estado Democrático de Direito e democracia.

Para melhor compreensão desses riscos, foi explanado sobre a relação entre os opostos ativismo-autocontenção judicial, para então fazer a devida separação entre direito e política, com a demonstração da diferenciação conceitual e prática da judicialização da política e o ativismo judicial.

Como o objetivo geral do trabalho estava na análise do instituto ativismo judicial para então demonstrar a necessidade de limitação da prática, a monografia encerra-se com a demonstração das consequências de uma não intervenção no ativismo judicial. Nessa demonstração, após explanação doutrinária sobre o tema, pode-se concluir três principais pontos que comprovam a necessidade de limitação dessa atitude proativa do judiciário, sendo elas a ultrapassagem dos limites de sua

função dados pela constituição, demonstrando afronta a lei maior, o modo não democrático de ingresso a esse Poder, não sendo ele considerado portanto como legítimo para legislar pois não tem membros democraticamente eleitos, e por fim, como terceiro ponto apresentado, a dificuldade de controle e responsabilização pelas práticas ativistas, que tem o controle dado internamente pelo Poder Judiciário.

Diante da análise do problema proposto para este estudo – Qual é o limite entre a necessidade interpretativa/criativa e politização do direito que o judiciário deve ter para suprir as lacunas legais e manter-se atualizado, frente a ofensa à soberania dos demais Poderes e ao Estado Democrático de Direito? – pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para tal questionamento é verdadeira, pois é fundamental haver um controle e limitação da prática proativa do Judiciário, que deixou de ser utilizada somente pelo Supremo Tribunal Federal (órgão responsável por fazer o controle constitucional), e passou a ser também usada por magistrados de primeiro grau, afrontando ainda mais a soberania dos Poderes e pondo em risco o Estado Democrático de Direito pelos motivos acima já expostos.

Portanto, entende-se que deve haver sim uma limitação do ativismo judicial por parte dos outros Poderes, pois caso não o fazendo, cria-se um grande risco de instabilidade ao Estado Democrático de Direito e a democracia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Ativismo judicial**: Um meio para concretizar direitos fundamentais sociais ou uma violação ao princípio da Separação dos Poderes? Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468>. Acesso em: 25/10/2016.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de. **O Ativismo Judicial No Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>> Acesso em: 01/11/2016.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátia. **Democracia procedimental e jurisdição constitucional**. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte. Florianópolis: Boiteux, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: . Acesso em: 11 de novembro de 2016

BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008**: Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Revista Consultor Jurídico, 2009, p. 91.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p.19.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João

Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998. Vol I.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10/10/2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades**. 2012. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11647&revista_caderno=9>. Acesso em 05/09/2016.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015. Controle Difuso: Mutaço constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdiço Constitucional.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princpio da Separaço de Poderes em corrente tripartite**. 2012. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 20/09/2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4^o ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

CUNHA JUNIOR. Dirley da. **A judicializaço da poltica, a politizaço da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrtico de direito**. 2015. Disponível em <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-judicializacao-da-politica--a-politizacao-da-justica-e-o-papel-do-juiz-no-estado-constitucional-social-e-democratico-de-direito.-por-dirley-da-cunha-junior>>. Acesso em: 03/11/2016

CZELUSNIAKLL, Vivian Amaro; RIBEIROL, Marcia Carla Pereira. **Constitucionalismo e democracia nas anlises procedimentalista e substancialista**. 2012, Scielo, On-line version ISSN 2177-7055.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto, **Ativismo e autocontenço judicial no Controle de constitucionalidade**. Disponivel em <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/2_ativismo%20sol-tas.pdf>

DWORKIN, Ronald. **O imprio do direito**. Traduço Jefferson Luiz Camargo. So Paulo: Martins Fontes, 1999. - Ttulo original: Law's empire.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Ativismo judicial**, 2009. Artigo disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/ativismo_judicial_atahualpa_fernandez.pdf> Fontes, 2000.

FRANCISCO, Maria de Fátima Simões. **Caráter, emoção e julgamento na Retórica de Aristóteles**. Revista Letras Clássicas. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/letrasclassicas/article/viewFile/73782/77448>> Acesso em: 30/10/2016.

FREIRE, António. **A Pólis ideal segundo Platão**. Revista Portuguesa de Filosofia. 2016.

GOULART, Michel. **Sócrates e a democracia grega**. Texto digital disponível in: <<http://www.historiadigital.org/artigos/socrates-na-construcao-da-democracia-grega/>>. Acesso em 07/11/2016.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009.

GUEDES, Néviton. **O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção**. ConJur, Brasília, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em: 06/11/2016.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **O Problema Do Ativismo Judicial**: Significados, Causas E Consequências. Escola Judicial do TRT 13. 2014. Disponível em <<https://www.trt13.jus.br/institucional/ejud/material-dos-cursos-e-eventos/cursos-de-2014/11-2014-ativismo-judicial-18-de-setembro/0000042745-apresentacao-o-problema-do-ativismo-judicial-significados-causas-e-consequencias.pdf>> Acesso em: 08/11/2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins.

LEITE, Roberto Basilone. Déficit político do poder judiciário brasileiro: A falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11ª ed. São Paulo: Método. 2007.

MELLO, Celso de. **Defende ativismo judicial do STF**. Direito do Estado. 24/04/2008.

MELO, Paula. **A democracia em perigo ante o ativismo judicial**. Artigo Científico publicado em <<http://www.webartigos.com/artigos/a-democracia-em-perigo-ante-o-ativismo-judicial/132406/>>. Acesso em: 03/11/2016.

NIGRO, Raquel. **Julgamento moral e julgamento jurídico**. 2012. Disponível em <<http://era.org.br/2012/10/julgamento-moral-e-julgamento-juridico/>> Acesso em: 30/10/2016.

PINTO; Taís Caroline; ZANATA, Mariana Lobo. **Ativismo Judicial: Uma Análise Crítica Da Judicialização Da Política Como Instrumento Democrático De Concretização Dos Direitos Fundamentais**.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 1 ed. São Paulo: Manoele, 2013.

ROSA JÚNIOR, Faustino da. **O problema da judicialização da política e da politização do Judiciário no sistema brasileiro**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3164> Acesso em: 15/11/2016.

SANTANA, Marcelo dos Santos Garcia. **A significação original de democracia e a isegoria como pressuposto da deliberação na modernidade**. Artigo digital disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=17170f265eb26e87> >. 2013.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; BALESTRIN, Thelleen Aparecida. **Ativismo Judicial**. Revista da ESMESC, v. 18, n. 24, 2011.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 1988. artigo disponível in: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em 03/11/2016.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 90. (Col. Direito, Política e Democracia).

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo, o justo, o legal e a lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo**. Consultor Jurídico-Conjur, São Leopoldo/RS, 2014. artigo disponível in: <<http://http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legallesao-esforco-pistemico-repetitivo>>. Acesso em: 05/06/2015.

TAVARES, André Ramos. **A constituição é um documento valorativo?** In: Revista brasileira de direito constitucional. n. 09 – jan./jun. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHICARIO, Tathiana. **Teorias políticas, estado e sociedade**. 1 Ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, *On-line version* ISSN 2317-6172.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p. 21.